



HAL
open science

L'interprétation juridique des états d'urgence (France - Espagne)

Alexis Lecatelier

► **To cite this version:**

Alexis Lecatelier. L'interprétation juridique des états d'urgence (France - Espagne). Droit. Université de Lille; Universidad pública de Navarra, 2022. Français. NNT : 2022ULILD020 . tel-04042887

HAL Id: tel-04042887

<https://theses.hal.science/tel-04042887v1>

Submitted on 23 Mar 2023

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.

Cette thèse a bénéficié du soutien financier de la Région Hauts-de-France.

**Thèse délivrée par
L'Université de Lille et l'Universidad Pública de Navarra**

N° attribué par la bibliothèque

THÈSE

**Pour obtenir les grades de
Docteur en droit et de « Doctor Mención Internacional »**

Présentée et soutenue publiquement par

Alexis LECATELIER

Le 13 décembre 2022

**L'interprétation juridique des états d'urgence
(France – Espagne)**

JURY

Emmanuel CARTIER, *co-directeur de thèse*
Professeur de droit public, Université de Lille

Jean-Philippe DEROSIER, *président*
Professeur de droit public, Université de Lille – Membre de l'Institut universitaire de France

Mathieu DISANT, *rapporteur*
Professeur de droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Carlos ORTEGA SANTIAGO
Professeur de droit constitutionnel, Universidad de Valladolid

Didier RIBES
Membre du Conseil d'État

Alejandro TORRES GUTIÉRREZ, *co-directeur de thèse*
Professeur de droit constitutionnel, Universidad Pública de Navarra

Guillaume TUSSEAU, *rapporteur*
Professeur de droit public, Sciences Po Paris – Membre de l'Institut universitaire de France

L'Université de Lille et l'Université publique de Navarre (*Universidad Pública de Navarra*) n'entendent donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Cette version tient compte des suggestions formulées par le jury lors de la soutenance :

- *les fautes de frappe ont été corrigées ;*
- *les références bibliographiques ont été complétées ;*
- *la progression a été facilitée par l'ajout de conclusions intermédiaires ;*
- *la conclusion générale a été étoffée.*

REMERCIEMENTS

J'exprime mes plus sincères remerciements au professeur Emmanuel Cartier. Des premiers projets menés à bien au sein du laboratoire à l'aboutissement du présent travail, il a su, par un encadrement responsabilisant, non directif et propice à l'affirmation d'approches singulières, satisfaire avec une grande intelligence à la fonction paternelle du directeur de thèse. Il est, sans l'ombre d'un doute, pour beaucoup dans le goût pour la recherche qui m'anime aujourd'hui.

C'est avec une même émotion que je remercie le professeur Alejandro Torres Gutiérrez. Depuis la spontanéité de nos premiers échanges à l'occasion d'une université d'été, il a, avec passion et implication, guidé ma découverte du droit d'exception espagnol. Au-delà du seul apport scientifique de sa codirection, son grand sens de l'hospitalité et la bonté de sa nature ont fait de chaque séjour d'étude à Pampelune une expérience inoubliable.

Que le président, les rapporteurs et les membres du jury de cette thèse, Messieurs les professeurs Jean-Philippe Derosier, Mathieu Disant, Carlos Ortega Santiago, Didier Ribes et Guillaume Tusseau soient infiniment remerciés de m'avoir fait, en dépit de leurs nombreuses obligations professionnelles et scientifiques, l'honneur d'évaluer ce travail.

J'adresse mes remerciements à la région Hauts-de-France et à l'université de Lille pour le financement de mon contrat doctoral, ainsi qu'au personnel des Universités de France et de Navarre et de leurs écoles doctorales pour avoir facilité le sacerdoce administratif d'une thèse en cotutelle. Je salue affectueusement mes collègues, avec une pensée particulière pour Beverley et Alexandre, dont l'écoute et les conseils avisés m'ont été d'un soutien précieux.

Madame Jeannette Féménia, vice-présidente de la troisième chambre du tribunal administratif de Lille m'a, dans la plus juste mesure de ce qu'exigeait l'intérêt du service, permis d'appréhender le plus sereinement possible la dernière ligne droite de cette thèse. Qu'elle en soit sincèrement remerciée.

La vie monacale du doctorant engageant des sacrifices allant bien au-delà de sa seule personne, qu'il me soit ultimement permis de remercier, de tout cœur et au-delà des mots, celle qui partage ma vie, ma famille et mes amis pour leurs relectures, leur patience, leur amour et leur soutien de chaque instant.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AJ	L'Actualité juridique
AJDA	L'Actualité juridique : droit administratif
al.	alinéa
art.	article
art. cit.	article cité
Ass.	Assemblée du contentieux
Ass. gén.	Assemblée générale
Ass. nat.	Assemblée nationale
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BO	Bulletin officiel
BOE	Boletín Oficial del Estado
C. défense	code de la défense
C1958	Constitution française de 1958
C1978	Constitution espagnole de 1978
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	confer
coll.	collection
concl.	conclusions
cons.	considérant
Const.	Constitution
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CSP	code de la santé publique
D.	décret

DC	décision du Conseil constitutionnel (contrôle a priori)
déc.	décision
dir.	direction
DPEJ	Diccionario panhispánico del español jurídico
éd.	édition
et al.	et alii
et s.	et suivantes
etc.	et cætera
FJ	fundamento jurídico
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
ibid.	ibidem
id.	idem
JO	Journal officiel
L.	loi
Lebon	Recueil des arrêts du Conseil d'État
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LO	Ley orgánica
LOAES	LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio
LOP	Ley de Orden Publico
LOPSC	LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
no	numéro
not.	notamment
op. cit.	opere citato
ord.	ordonnance
p.	page(s)
par ex.	par exemple
plén.	plénière
préc.	précité(es)
PUF	Presses universitaires de France
RAP	Revista de administración pública

RC	Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982
RD	Real Decreto
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État – Recueil Lebon
Rec. D.	Recueil Dalloz
Rec. T.	Tables du Recueil Lebon
réed.	réédition
Réf.	ordonnance de référé
Règl.	règlement
req.	requête
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
Sect.	Section
spéc.	spécialement
STC	sentencia del Tribunal Constitucional
t.	Tome
TC	Tribunal Constitucional
trad.	Traduction
TS	Tribunal Supremo
V.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
----------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE :

L'ÉTAT D'URGENCE, PHÉNOMÈNE JURIDIQUE

TITRE I – LA NOTION JURIDIQUE D'ÉTAT D'URGENCE	57
Chapitre I – Une approche fonctionnelle.....	59
Chapitre II – Une approche sémantique	111
TITRE II – LA RÉALITÉ POSITIVE DES ÉTATS D'URGENCE	159
Chapitre I – À la recherche des états d'urgence français et espagnols	161
Chapitre II – Pour une mise en perspective critique des états d'urgence	209

SECONDE PARTIE :

L'ÉTAT D'URGENCE, OBJET D'INTERPRÉTATION

TITRE I – LA PRATIQUE INTERPRÉTATIVE DES ÉTATS D'URGENCE	279
Chapitre I – Du péril à la nécessité d'y répondre	281
Chapitre II – De la procédure aux mesures d'application	345
TITRE II – LE PRISME DE LA THÉORIE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE.....	417
Chapitre I – La concurrence des intérêts et des interprètes	419
Chapitre II – Pour une théorie de l'interprétation juridique utile à la science du droit	491
CONCLUSION GÉNÉRALE	551
BIBLIOGRAPHIE	561
INDEX JURIDIQUE ET JURISPRUDENTIEL	577
ANNEXES.....	589
TABLE DES MATIÈRES.....	615

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Quand on lutte contre des monstres, il faut prendre garde de ne pas devenir monstre soi-même. Si tu regardes longtemps dans l'abîme, l'abîme regarde aussi en toi ».

NIETZSCHE W. F., *Par-delà le bien et le mal*, 1886, aphorisme n° 146.

1. Sous les fards de la légalité républicaine, la société libérale frémit à chaque état d'urgence. Choisir de combattre l'exceptionnel, c'est courir le risque de corrompre les valeurs fondamentales de l'État ; s'en abstenir, c'est laisser l'État périr. Ce dilemme éternel se pose avec une particulière vigueur aux sociétés contemporaines, en proie à de nouveaux « monstres ». Le 11 septembre 2001, l'Occident apprend qu'il vit sous la menace diffuse d'un terrorisme aussi global qu'imprévisible, pouvant frapper partout et tout le temps. Le 11 mars 2020, l'épidémie de la Covid-19 est déclarée « pandémie » par l'Organisation mondiale de la santé, entraînant une période de mesures sanitaires sans précédent et, à l'heure où ces lignes sont écrites, toujours d'actualité. Le 9 août 2021, le rapport du groupe de travail I du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) érige en fait scientifique le constat alarmant selon lequel le rythme effréné des catastrophes naturelles d'aujourd'hui ne représente qu'un avant-goût modeste de l'avenir. La crise s'étend, progressivement, à tous les horizons de la conscience humaine¹.

2. Les périls exceptionnels qui irriguent le monde moderne ont cela de commun qu'ils nécessitent, pour être combattus, d'affecter temporairement la règle de droit. Juridiquement, la globalisation et la complexification des risques s'accompagnent d'une multiplication, d'une aggravation et d'une pérennisation des recours aux états d'urgence. Longtemps marginale dans les discours juridiques, la notion juridique d'état d'urgence – et la réalité positive qu'elle recouvre – est en phase de devenir l'un des phénomènes juridiques majeurs de notre temps. Le Conseil constitutionnel² et le Conseil d'État³ français ont consacré à l'état d'urgence leurs

¹ MORIN E., *Pour une crisologie*, Paris, L'Herne, Carnets, 2016, 72 p., p. 21.

² Pour la nuit du droit organisée en octobre 2021, le Conseil constitutionnel a choisi la thématique de « l'État de droit face aux crises » (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, communiqué, « La Nuit du droit au Conseil constitutionnel le 4 octobre 2021 : "L'État de droit face aux crises" », 8 septembre 2021, en ligne).

³ Le Conseil d'État a consacré son étude annuelle pour 2021 aux états d'urgence (CE, Étude annuelle, Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes, *La Documentation française*, 2021, 222 p.).

événements scientifiques annuels pour 2021, la littérature juridique et politique s'empare toujours plus de la thématique des régimes d'exception⁴ et le citoyen s'informe sur ces dispositifs juridiques qui menacent, comme le relayent les médias et une partie de la doctrine, les libertés publiques. En effet, si la déclaration d'un état d'urgence porte comme finalité difficilement contestable de conférer à l'État les moyens d'agir contre un péril qui menace sa population ou l'ordre public qu'il lui appartient d'assurer, ce gain d'efficacité s'opère au prix de concessions importantes – et théoriquement, temporaires – aux idéaux de démocratie, d'État de droit et de garantie effective des droits et libertés fondamentaux.

3. C'est pourquoi la connaissance positive de ce phénomène juridique représente, à l'image de son objet, une nécessité urgente. L'état d'urgence, cas-limite d'un agir juridique à la frontière entre le droit et le fait, bouclier de l'État libéral menaçant à tout instant de se retourner contre lui, est un puissant « révélateur des maux ordinaires »⁵, un « *stress-test* » pour apprécier la maturité d'un système juridique⁶. À l'image de la course à l'espace durant la Guerre froide, les obstacles théorico-pratiques qu'il fait naître sont vecteurs de progrès scientifique. Ils rejaillissent sur l'ensemble du droit public, en éclairant le fonctionnement effectif des institutions, l'office du juge et les limites des droits et libertés fondamentaux. En particulier, l'étude scientifique des interprétations authentiques des états d'urgence, comme de la nature et des modalités du processus par lequel des acteurs habilités en droit – le Conseil des ministres ou le juge – produisent des normes contraignantes sur la base d'énoncés juridiques, présente des enjeux majeurs lorsqu'il s'agit de décisions impactant la vie quotidienne de millions d'individus, le destin d'un État et l'avenir de sa démocratie. Le processus de production des

⁴ V. **GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, Paris, CNRS Éditions, CNRS, 2016, 342 p., p. 8.

⁵ C'est un thème récurrent de l'étude 2021 du Conseil d'État (CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., spéc. p. 16, 25, 140-141 et 184).

⁶ Rap. Ass. nat. no 4616, 28 octobre 2021, p. 8 : « la crise sanitaire n'a pas créé de situations inédites en ce qui concerne le respect de l'État de droit. Celle-ci a plutôt fait l'effet d'un "stress test" pour l'État de droit en Europe » ; **ADAM A.**, *La lutte contre le terrorisme. Étude comparative Union européenne – États-Unis*, Mémoire, Préf. Y. Gauthier, L'Harmattan, Inter-Nationale, 2005, 136 p., p. 102 : « L'état d'exception est un danger, mais il est aussi le révélateur de la maturité d'une démocratie, de sa capacité à utiliser tous les éléments de ce système politique pour répondre aux situations de crise » ; **DOMINO X.**, « Assignations à résidence en état d'urgence (note sous CE, 11 décembre 2015, n° 394990, L. Gauthier) », *RFDA*, n° 1, janvier-février 2016, p. 106 et s., p. 106 : « Un État de droit révèle sa force, éprouve la profondeur des mécanismes de contrôle qui sont les siens ou qu'il dévoile au contraire ses faiblesses, et les lacunes révélatrices dont il peut souffrir » ; **KLIBI S.**, « Droit constitutionnel d'exception et risque », in **MABAKA P. M.** (dir.), *Constitution et risque(s)*, L'Harmattan, Droit, Société et Risque, 2010, 356 p., p. 111 : « La question du statut juridique des pouvoirs de crise ne se pose que dans les États (...) où l'État de droit est bien ancré ».

décisions de crise et le degré de liberté qu'il octroie n'intéressent donc pas seulement les théoriciens du droit, mais bien les sciences humaines et sociales dans leur ensemble.

4. Partant de ce constat, la présente étude propose de substituer à l'opposition cristallisée entre interprétation-connaissance et interprétation-volonté, qui paralyse la connaissance des régimes d'exception, une approche itérative, pragmatique, « impure » au sens kelsénien⁷, mais résolument positiviste. Une théorie de l'interprétation faisant de la description scientifique le moyen d'un renouveau théorique profitable à la science du droit, que l'actualité du sujet rend particulièrement pressant. Relever ce défi implique, au préalable, de définir et de délimiter l'objet de l'étude (§1), d'établir un état (critique) de la littérature (§2), de définir précisément les objectifs poursuivis (§3), de guider la réflexion par une approche théorique (stipulative) et épistémologique adaptée (§4), d'explicitier les méthodes et les matériaux de l'étude (§5), ainsi que de présenter la problématique, la thèse principale et le plan de restitution de l'étude (§6).

§1 – Objet de l'étude

5. L'intitulé de l'étude mobilise un ensemble de notions, dont nul ne peut donner une définition univoque *a priori*. Pour saisir cet objet et, par extension, les thèses défendues à son propos, il convient d'entreprendre la réflexion par une série contenue de définitions stipulatives⁸ (a). L'austérité de cette indispensable clarification du langage employé laisse immédiatement place à un éclairage empirique de l'objet d'étude, visant à présenter la généalogie de la création et de l'application des états d'urgence du droit positif et de délimiter précisément les champs matériels, spatiaux et temporels de l'analyse empirique (b).

a – Définition de l'objet conceptuel

6. La notion juridique « d'état d'urgence » renvoie à une catégorie spécifique de régime d'exception, issue et matérialisée par un ensemble normatif relevant du discours prescriptif du droit et appréhendée par un ensemble d'assertions scientifiques et dogmatiques relevant du discours sur le droit.

⁷ La théorie du droit de Hans Kelsen (KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Bruylant LGDJ, 1999 [1962], 384 p.) place l'objectif de « pureté » théorique de la science du droit, c'est-à-dire de son autonomie disciplinaire, de ses méthodes et de la spécificité de son objet, devant son utilité pratique pour produire une connaissance utile.

⁸ Au vu du travail définitionnel approfondi qui sera mené ultérieurement, comme de la multiplicité de notions spécifiques qui seront introduites, comme celles « d'interprétation-création », de « contrainte » ou de « félicité juridictionnelle », les définitions de l'introduction sont limitées en nombre et en contenu.

6.1. La réponse à la question « qu'est-ce que le droit ? » dépend directement du champ disciplinaire du répondant⁹. Pour le juriste et dans une première acception, la notion de droit renvoie avant tout à un discours prescriptif, constitué de normes contraignantes et organisé selon une chaîne de validité. Pour la science du droit moderne, de Hans Kelsen aux auteurs de l'école réaliste, il faut distinguer le texte de sa signification¹⁰. Ainsi, si tout « énoncé juridique » – au sens d'un acte juridique, comme la loi – est susceptible de produire plusieurs significations, toutes ne sont pas des « normes juridiques », soit l'application du texte par une interprétation contraignante. Cet objet positif peut, au-delà de sa dimension prescriptive, être appréhendé comme un fait en interaction causale avec d'autres faits¹¹. Dans une seconde acception, la notion de droit renvoie à un méta-discours, prenant pour objet le droit positif et ayant pour finalité soit d'en proposer une description aspirant à la neutralité (science du droit), soit d'en prescrire une certaine lecture et d'en suggérer des évolutions tenues pour souhaitables (dogmatique juridique). Ces deux acceptions sont classiquement appréhendées à travers la distinction entre le « discours du droit » et le « discours sur le droit »¹².

6.2. La « notion juridique » est la signification d'une expression linguistique dans le langage technique employé par le droit et par les juristes. Elle est l'une des composantes essentielles du discours juridique, qui consiste à articuler, à travers le médium du langage, des notions héritées du langage courant et des notions d'origine juridique¹³. La notion juridique de « régime d'exception », plus technique que celle majoritairement employée par la doctrine « d'état d'exception »¹⁴, renvoie à un énoncé, de niveau constitutionnel ou législatif ayant pour

⁹ À titre purement illustratif, le linguiste pourra y voir un ensemble de faits de langage portant un contenu sémantique plus ou moins bien déterminé, l'anthropologue, un moyen que la société s'est donnée pour régler les relations entre les individus et le sociologue, un ensemble d'obligations reposant sur la croyance partagée en leur caractère contraignant qui structure la société.

¹⁰ Se référer not. à **MILLARD É.**, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 21 (dossier : « La normativité »), 2007, en ligne ; **TUSSEAU GU.**, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 813 p ; **BÉCHILLON (DE) D.**, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, 302 p.

¹¹ La question de l'ontologie du droit et de ses sources sera développée ultérieurement dans l'introduction (cf. *infra*, n° 31 et s.).

¹² Sur cette distinction, se référer à **WROBLEWSKI J.**, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société*, 1988, n° 8, p. 13-27 ; Pour une critique de celle-ci dans le champ du droit administratif, V. **GLINIASTY (DE) J.**, « La force du discours en droit administratif », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2 (Volume 79), p. 77-92.

¹³ Pour une présentation plus précise de la notion juridique, de ses tensions et de ses enjeux, cf. *infra*, n° 201 et s.

¹⁴ Le vocable « d'état d'exception » est majoritaire dans la doctrine française. Pour autant, il pose deux problèmes : d'une part, il est employé dans certaines typologies des pouvoirs de crise, notamment en Espagne, sous un sens plus technique. D'autre part, il est mobilisé dans les droits positifs de plusieurs États européens, dont l'Espagne, selon des modalités propres à chaque dispositif. Pour ces raisons, l'expression plus neutre de « régime d'exception » est préférée. Elle a aussi l'avantage d'être d'usage plus ancien que la notion d'état d'exception, qui remonte seulement à la publication de *La Dictature* de Carl Schmitt (V. à ce sujet **CE**, Étude annuelle, « Les états

finalité de permettre aux autorités publiques d'affronter un péril majeur pour l'État, sa population, son territoire ou son ordre juridique. Il confère, à ce dessein, des moyens exceptionnels et – le plus souvent – limités dans le temps et dans l'espace, tels que la suspension temporaire d'une ou plusieurs normes juridiques, la concentration de certains pouvoirs dans les mains d'une ou plusieurs autorités, ou encore l'accélération de certaines procédures. Au-delà d'un dispositif nominal particulier du droit positif¹⁵, la notion juridique « d'état d'urgence » se présente comme une catégorie spécifique de régime d'exception¹⁶, qui en partage les caractéristiques communes, tout en se distinguant par un faisceau de propriétés dont l'identification constitue l'un des enjeux premiers de cette étude.

7. « L'interprétation juridique » fait l'objet, en théorie du droit, de définitions concurrentes et irréconciliables¹⁷. *A minima*, elle désigne soit un processus, actif et/ou passif, ayant pour objet d'attribuer une signification à un énoncé juridique, soit le produit de cette activité¹⁸. Dans l'intitulé de cette thèse, le recours à la notion d'interprétation fait référence à trois objets distincts, relevant respectivement du droit positif, de la science du droit et de la théorie du droit : l'interprétation authentique, l'interprétation scientifique et la théorie de l'interprétation juridique.

7.1. Selon la célèbre dichotomie kelsénienne¹⁹, « l'interprétation authentique » est le processus ou, par extension, le résultat du processus par lequel est donnée une signification contraignante à un énoncé. Elle est nécessairement le fait d'une autorité habilitée soit à créer

d'urgence... », préc., p. 31 et 40). Une alternative tout aussi viable serait la notion de « législation d'exception », employée par plusieurs auteurs espagnols et portée en France par des auteurs comme Sébastien le Gal (« Réformer les législations d'exception. Étude d'un projet de l'État-Major des armées (1968-1971) », *Champ pénal/ Penal field*, 17/2019, 2019, en ligne).

¹⁵ Il y a encore quelques années, l'idée même d'une notion juridique spécifique d'état d'urgence était rejetée par de nombreux juristes français, qui n'y voyaient qu'un régime d'exception du droit positif : l'état d'urgence sécuritaire hérité de la loi du 3 avril 1955.

¹⁶ Situer l'état d'urgence comme une sous-catégorie spécifique de régimes d'exception est une tendance plus récente qu'il n'y paraît, accélérée par la création de l'état d'urgence sanitaire. En atteste, par exemple, l'étude 2021 du Conseil d'État. Selon celle-ci, « d'un point de vue juridique, les états d'urgence entrent dans le champ des régimes dérogatoires au droit commun, fréquemment regroupés sous l'appellation d'états d'exception ou de pouvoirs de crise » (CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., p. 23).

¹⁷ Pour une lecture critique du concept d'interprétation dans la théorie réaliste de Michel Troper, V. **PICARD É.**, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in **SÉNAT**, *L'office du juge*, Actes de colloque, 2006, p. 42-115, en ligne ; Sur les six acceptions du terme interprétation chez Otto Pfersmann, V. **PFRSMANN O.**, « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître. L'interprétation de la Constitution », in **MELIN-SOUCRAMANIEN F.** (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Actes, 2005, 248 p, p. 35.

¹⁸ Sur l'interprétation en tant que processus et l'interprétation en tant que résultat, V. **BRUNET P.**, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », in *Revue générale de droit international public*, n° 2/2011, 2011, p. 311-327.

¹⁹ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, op. cit. Si cette distinction constitue un point de départ utile, elle sera ultimement relativisée (cf. *infra*, n° 758 et s.).

un énoncé ou à prendre une décision d'application (interprétation d'application), soit à contrôler cet énoncé ou cette norme (interprétation de contrôle).

7.2. « L'interprétation scientifique » peut être définie comme l'acte de connaissance ayant pour objet d'identifier les significations possibles d'un énoncé sans la perspective d'en choisir une. Le produit de l'interprétation scientifique sera nommé pour la suite de cette étude le « cadre interprétatif »²⁰. Au contraire de l'interprétation authentique, l'interprétation scientifique n'est pas productrice de norme, c'est-à-dire d'un effet juridique contraignant.

8. Une « théorie de l'interprétation juridique » est un ensemble articulé d'assertions visant à apporter des réponses aux questions de la nature de l'opération d'interprétation, de la liberté des interprètes authentiques et de la capacité de la science du droit à produire une connaissance scientifique du cadre des énoncés juridiques. Le questionnement de la théorie du droit sur la nature de l'interprétation porte indifféremment sur toutes les interprétations juridiques. Ainsi, s'il existe bien des traits communs aux interprétations juridiques des régimes d'exception²¹, il n'existe pas, à proprement parler, de théorie de l'interprétation juridique des régimes d'exception.

9. Ces définitions initiales font de « l'interprétation des états d'urgence » un objet d'étude à trois niveaux de lecture : l'interprétation authentique des états d'urgence dans le droit positif, l'interprétation scientifique et les assertions sur les états d'urgence dans le discours sur le droit et, finalement, la théorie de l'interprétation juridique dans le méta-discours sur le droit.

b – Délimitation de l'objet empirique

10. L'histoire des régimes politiques est – et a toujours été – celle d'une succession de crises. Internes ou externes, les menaces parfois fatales qui pèsent sur la sauvegarde de l'État et de ses composantes – son territoire, sa population et ses institutions – doivent être prévues en amont pour maximiser ses chances d'outrepasser les crises. Perçu, malgré les dangers qu'il

²⁰ L'idée selon laquelle il existe un cadre des significations de l'énoncé est proposée par Hans Kelsen à la fin de sa *Théorie pure du droit* (Bruylant LGDJ, 1999 [1962], 384 p.) et reprise, puis approfondie par Riccardo Guastini, un théoricien du droit italien issu de l'école de Gênes (*Leçons de théorie constitutionnelle, op. cit.*). Elle part du présupposé que les énoncés juridiques sont en partie indéterminés et équivoques. Partant de là, chaque énoncé contient un ensemble de significations potentielles, pouvant être identifiées par l'interprétation scientifique. Cette notion d'apparence simple pose de nombreux problèmes théoriques et pratiques, que nous approfondirons et auxquels nous proposerons des solutions dans la dernière partie de cette thèse.

²¹ En tant qu'objets de la science du droit, les interprétations authentiques et scientifiques produites sur une catégorie spécifique d'énoncés (les régimes d'exception ou, avec une granularité plus fine, les états d'urgence) partagent des caractéristiques communes, inhérentes aux traits partagés par ces énoncés (l'indétermination textuelle et la finalité de flexibilité de l'action face à l'imprévisibilité pour les régimes d'exception).

fait lui-même courir, comme une réponse pragmatique aux crises susceptible de permettre à l'État d'assurer l'équilibre entre les multiples impératifs qu'il doit garantir, le modèle du régime d'exception a progressivement creusé son sillon dans l'histoire et dans la culture politico-juridique à travers le monde.

10.1. Dans la République romaine²², de 509 à 27 avant J.-C., le *tumultus*, puis le *senatus-consultum ultimum* sont les traductions juridiques du principe aristotélicien selon lequel le désordre (le *chaos*) doit être discipliné par la loi (*nomos*)²³. Le modèle de la dictature romaine consistait, en substance, à « mandater des consuls pour désigner pour une période déterminée, une personne, le dictateur, concentrant en ses mains tous les pouvoirs habituellement partagés, afin d'accomplir une tâche spécifique »²⁴. Ce modèle s'est ensuite répandu dans un nombre croissant de régimes à travers le monde, sous des formes diverses, mais avec cette caractéristique commune de prévoir, par le droit, la possibilité de substituer temporairement au droit commun un droit de crise, plus adapté aux périls graves que l'État est un jour ou l'autre susceptible de connaître.

10.2. Si les régimes d'exception jouissent d'un enracinement profond et d'une histoire plus de deux fois millénaire, durant laquelle, tout en se réinventant, ils ont apporté leur marque sur le droit, la concurrence de nouveaux modèles interroge sur leur place et sur leur usage. L'état d'exception est aujourd'hui encore, à travers le monde, la réponse étatique privilégiée face aux crises. Néanmoins, son quasi-monopole est directement remis en cause par le développement du « modèle législatif », selon lequel seul l'organe législatif peut concéder des pouvoirs de crise, en votant, au cas par cas, des habilitations *ad hoc*²⁵.

11. La France et l'Espagne appartiennent à ces nombreux États d'Europe de l'Ouest contemporains qui disposent et font usage de régimes d'exception, mais pour lesquels l'actualité n'a pas manqué de raviver l'historique débat d'idées sur leur légitimité et de questionner le rapport contemporain à l'exception. Pour comprendre la situation juridique et politique des arsenaux d'exception français et espagnols contemporains, il nous faut remonter

²² Il ne s'agit pas, au sens juridique, d'un « État » (V. par ex. **MOATTI C.**, « La République romaine, un modèle ? », in **HOLEINDRE J.-V.**, **RICHARD B.** (dir.), *La Démocratie. Histoire, théories, pratiques*, Éditions Sciences Humaines, Synthèse, 2010, p. 23-34, en ligne, p. 23).

²³ V. **PIERRÉ-CAPS A.**, « L'état d'exception dans la Rome antique », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, p. 339-349.

²⁴ **CE**, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., p. 35.

²⁵ V. **FEREJOHN J.**, **PASQUINO P.**, « The law of the exception : A typology of emergency powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2, avril 2004, p. 210-239.

le fil rouge du rapport de force entre nécessité absolue de se prémunir par le droit des périls qui menacent l'État et hostilité envers l'idée d'intégrer du non-droit.

11.1. Au XIX^e siècle, les états d'exception font l'objet d'une condamnation quasi unanime, qui trouve certaines de ses racines dans la pensée révolutionnaire française et, tout particulièrement, dans l'idéal qu'elle porte d'un droit intemporel, applicable à tous et dans toute situation de fait. Si des mécanismes d'exception existent dans le droit positif, la véritable résistance qui s'exerce à l'encontre de ce modèle légitime, à plusieurs reprises, une action de crise exercée hors de tout cadre juridique, perçue comme préférable à la suspension – si ce n'est à la transgression – du droit par le droit.

11.2. La première moitié du XX^e siècle renverse la tendance : les pouvoirs d'exception s'inscrivent durablement dans les ordres juridiques de nombreux États européens, à l'image du tristement célèbre article 48 de la Constitution de Weimar. En France, durant la Première Guerre mondiale, le Conseil d'État mobilise la théorie des pouvoirs de guerre. Surtout, il consacre dans le célèbre arrêt *Heyriès* de 1918²⁶ la « théorie des circonstances exceptionnelles », qui ne manqua pas d'agiter la doctrine de l'entre-deux-guerres. Durant la Seconde Guerre mondiale, Philippe Pétain obtient les "pleins pouvoirs" (loi constitutionnelle du 10 juillet 1940) et fait usage des régimes d'exception pour faciliter la collaboration avec l'occupant, posant les fondements d'un nouvel ordre politico-social, en phase avec le « nouvel ordre » fantasmé par l'Allemagne nazi, et avant elle, par l'Italie fasciste. En Espagne, Franco, investi des pleins pouvoirs dès le 1^{er} octobre 1936, s'appuie sur la loi martiale de juillet 1936 et sur les tribunaux militaires d'exception pour assurer son maintien au pouvoir et vaincre la guérilla antifranquiste.

11.3. La seconde moitié du XX^e siècle voit la naissance de la quasi-totalité des législations d'exceptions contemporaines. Elles témoignent d'un rapport différencié à l'exception dans ces deux États. En France, la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence²⁷ est votée dans l'empressement généré par le contexte de la guerre d'Algérie. La Constitution du 3 octobre 1958, elle-même adoptée selon une procédure d'exception, prévoit en son article 16, sous l'impulsion du Général de Gaulle, la clause générale des pouvoirs exceptionnels du Président de la République et, en son article 36, l'état de siège. Ces régimes montrent une acceptation pleine et entière du principe de l'état d'exception. En Espagne, l'arsenal d'exception franquiste se développa et fut largement employé à l'encontre de la population

²⁶ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412, rec.

²⁷ L. n° 55-385, 3 avril 1955, relative à l'état d'urgence.

civile jusqu'à la chute du régime. La Constitution du 27 décembre 1978 porte les stigmates de cet usage dévoyé de l'état d'exception. Son article 116 consacre bien trois régimes d'exception – l'état d'alerte (« *estado de alarma* »), l'état d'exception (« *estado de excepción* ») et l'état de siège (« *estado de sitio* ») –, mais affiche une méfiance marquée envers ce modèle et ses dérives potentielles. Précis, doté de nombreux garde-fous et dénué de toute « clause générale », le droit constitutionnel d'exception espagnol est, à l'image de sa Constitution, une œuvre de compromis.

11.4. Enfin, le XXI^e siècle est celui d'un renouvellement profond du questionnement sur les états d'exception, à l'aune de nouvelles menaces, mais surtout des réponses vigoureuses qui leur sont apportées. Depuis le tournant du 11 septembre 2001, les régimes d'exception occupent, dans une grande diversité de formes, le devant de la scène occidentale. En France, les attentats terroristes du 13 novembre 2015 ont été suivis de deux ans d'application continue d'un état d'urgence renforcé. Bien que l'Espagne ait renoncé à faire usage de l'article 116 après les attentats terroristes de Madrid du 11 mars 2004, elle connut une application surprenante – et éminemment politique – de l'état d'alerte lors de la crise des contrôleurs aériens de décembre 2010. Plus récemment, la crise sanitaire de la Covid-19 a conduit de nombreux États membres de l'Union européenne à recourir à des régimes d'exception, occasionnant, sur le seul début d'année 2020, 6 notifications de dérogation à certains droits fondamentaux en application de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme et 13 en vertu de l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁸. Elle a été appréhendée, en France, à travers plusieurs applications du régime *ad hoc* de l'état d'urgence sanitaire, créée en considération des spécificités de cette épidémie et abrogé à compter du 1^{er} août 2022, ainsi que par les « régimes de sortie » de l'état d'urgence. En Espagne, la crise sanitaire a entraîné des applications intransigeantes l'état d'alerte. Cette intensification du recours aux états d'exception a ranimé, puis vivifié le débat autour de la légitimité de ces dispositifs dans un État de droit. Si ces applications multiples ont donné lieu à plusieurs abus de la part des autorités chargées de les appliquer, elles ont aussi catalysé de véritables bouleversements jurisprudentiels.

12. Sur la base de cet état de fait, la délimitation du champ spatial, temporel et matériel de l'analyse empirique a pour enjeu principal d'identifier un ensemble de données cohérent,

²⁸ V. not. Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 10.

permettant la production de connaissances scientifiques ciblées et aisément exploitables. Son ampleur doit concilier la faisabilité pratique – le temps d’une thèse, s’il est long, n’est pas infiniment extensible – avec une suffisante représentativité de l’échantillon.

13. Sur le plan spatial, cette étude empirique se limite à deux États : la France et l’Espagne. Sur le fond, ce choix se justifie par la proximité de ces deux ordres juridiques²⁹, qui rend possible la comparaison et suscite l’intérêt du fait des chemins différenciés empruntés par ces deux États sur la question des législations d’exception, au moins depuis la Seconde Guerre mondiale. Il permet d’interroger les divergences qui caractérisent leurs droits positifs contemporains, leurs causes et leurs conséquences. Sur la portée de ce choix, il faut apporter deux précisions. D’une part, le critère spatial adopté est celui des frontières étatiques. L’étude ne porte pas sur l’ensemble des ordres juridiques de la francophonie et de l’hispanophonie, mais inclut les territoires ultramarins français et espagnols, qui jouent un rôle structurant dans l’histoire récente des états d’urgence dans ces deux États. D’autre part, cette délimitation spatiale s’applique au seul droit positif faisant l’objet d’une analyse empirique systématique. Elle n’interdit pas les exemples illustratifs tirés des droits positifs étrangers utiles et, *a fortiori*, la mobilisation de ressources doctrinales et littéraires de langue ou d’origine étrangère.

14. Sur le plan temporel, l’analyse empirique commence à la date du 1^{er} novembre 1954 en France, celle de la « Toussaint rouge »³⁰ ; et à la date du 30 juillet 1959 en Espagne, qui correspond à la publication de l’emblématique loi d’ordre public franquiste³¹. Elle s’étend jusqu’au 1^{er} octobre 2022, soit une dizaine de jours avant le dépôt de cette thèse. Il est justifié de mettre ainsi l’accent sur des matériaux récents. Premièrement, si l’histoire des régimes d’exception dans ces deux États avant la seconde moitié du XX^e siècle est aussi riche

²⁹ Il faut, à ce titre, noter que ces deux ordres juridiques sont issus d’une culture juridique largement partagée et, qu’ils se sont influencés mutuellement dans leur construction, spécifiquement sur la question des régimes d’exception. L’article 116 de la Constitution espagnole de 1978 est ainsi librement inspiré des états d’urgence et de siège français et, en creux, le choix de ne pas inclure un mécanisme de dictature constitutionnelle en Espagne s’est notamment fondé sur l’expérience française de l’article 16.

³⁰ Cette étude aurait pu, de manière tout à fait justifiée, commencer à l’emblématique date du 3 avril 1955, celle du vote de la loi sur l’état d’urgence sécuritaire. Toutefois, au vu de l’importance toute particulière du contexte et des débats qui ont précédé le vote de ce dispositif, il apparaît pertinent d’inclure la période qui a suivi cet événement de fait, indétachable de la création de la loi sur l’état d’urgence.

³¹ Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, BOE, Núm. 175 de 23 de julio de 1971, p. 12092 a 12094. « l’état d’exception » qu’elle prévoit constitue un point de rupture dans la pratique franquiste des dispositifs d’exception. Si, jusqu’alors, la répression s’opérait au moyen de la loi martiale de 1936 et des lois instituant des tribunaux d’exception, la victoire militaire sur la guérilla antifranquiste et ce nouveau dispositif ont initié une phase de répression tournée vers la population civile.

qu'intéressante d'un point de vue scientifique, beaucoup a déjà été dit³². Deuxièmement, cette étude ne peut adopter un cadre d'analyse empirique plus étendu sans devoir revoir à la baisse ses ambitions théoriques et méthodologiques, faute de temps. Troisièmement et surtout, la période contemporaine a apporté des données empiriques véritablement nouvelles, qui sont de nature à changer la compréhension des états d'exception dans ces deux États, à marquer un point de rupture et, au demeurant, qui sont le plus susceptibles d'être utiles aux débats savants et publics contemporains autour des états d'urgence.

15. Sur le plan matériel, cette étude empirique porte sur les seuls états d'urgence. Ce choix se justifie par l'intérêt scientifique de faire émerger un champ d'étude spécifique, différencié de celui des régimes d'exception. Il implique, d'une part, une indifférence au niveau hiérarchique des états d'urgence, de leurs sources et de leurs actes d'application. Cette étude porte ainsi sur tous les dispositifs français et espagnols qui peuvent être subsumés dans la catégorie d'état d'urgence, indépendamment de leur niveau constitutionnel ou législatif dans la hiérarchie juridique, sur leurs sources juridiques supranationales ou conventionnelles et sur leurs actes d'application, de niveau législatif ou réglementaire. D'autre part, il implique que seuls les états d'urgence feront l'objet d'une analyse empirique complète, ce qui exclut les autres régimes d'exception, les régimes transitoires de sortie des états d'urgence ou les simples mesures d'urgence. Pour autant, parce que l'identification des états d'urgence des droits français et espagnols dépend directement de la reconstruction d'une définition réelle de la notion d'état d'urgence, la première phase de cette étude mobilise un champ plus large de matériaux de droit positif. De même, la description des états d'urgence ne saurait être complète sans le contraste apporté par la comparaison à des objets extérieurs. L'analyse empirique est riche de ses références à d'autres régimes d'exception.

§2 – État de la littérature

16. L'état d'urgence profite d'une riche littérature indirecte, à travers les réflexions menées sur l'impératif de sauvegarde de l'État, sur les régimes de crise et sur l'exception en droit initiée il y a plus de deux millénaires. Ces thématiques, très actuelles, suscitent toujours un grand intérêt de la part de la doctrine (a). Pour autant, l'absence d'une littérature spécifique à l'état

³² Pour une histoire des régimes d'exception espagnols aux XIX^e et XX^e siècles, se référer à **CRUZ VILLALÓN P.**, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, 200 p., p. 36-44 ; Pour la France, se référer à **GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance...*, *op. cit.* ; **SAINT-BONNET F.**, *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, 400 p.

d'urgence comme modèle à part entière et la cristallisation du débat sur l'interprétation des régimes de crise freinent la compréhension des états d'urgence contemporains et de leurs interprétations (b).

a – Une littérature riche sur les régimes d'exception

17. Si l'exception n'a déjà, à l'origine, pas bonne réputation – les Romains qualifiaient le *jus singulare* « d'inégalitaire » et « d'odieux »³³ –, elle traverse aujourd'hui une véritable crise de légitimité³⁴, en suscitant la réprobation et la méfiance³⁵. Les idées d'exception et *a fortiori* d'état d'exception sont dépeintes par la culture populaire comme un danger démocratique majeur³⁶. Elles sont présentées par la doctrine juridique comme le moyen d'une négation des finalités du droit que sont la stabilité et l'immutabilité³⁷ ou comme une menace d'arbitraire³⁸ planant sur l'ordre constitutionnel libéral et les droits et libertés fondamentaux³⁹. Elles sont lourdes d'un nombre important de précédents douloureux, comme leur utilisation idéologique par Carl Schmitt pour servir la négation du droit positif et l'idéologie fasciste⁴⁰. En conséquence, à l'échelle comparée, on constate un délaissement quasi complet de cette notion juridique⁴¹. Outre les suspicions légitimes qu'elle provoque⁴², la mauvaise connotation de cette notion dans le langage juridique – que l'on pourrait presque qualifier aujourd'hui d'aura négative⁴³ – se voit aggravé par un manque de rigueur du langage juridique, qui entretient une

³³ NGUYEN T. H., *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, thèse, sous la dir. de B. Mathieu, 2013, 643 p., p. 8 et 10.

³⁴ V. TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », in ROBBE F. (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Actes de colloque, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, 168 p., p. 141 et s.

³⁵ NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 7.

³⁶ Dans la saga Star Wars, le chancelier Palpatine utilise les pouvoirs d'exceptions que lui confie la République pour prendre le pouvoir. Et Padmé de déclamer : « ainsi s'éteint la liberté. Sous un tonnerre d'applaudissements ».

³⁷ NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 62-63.

³⁸ V. not. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, préf. François Rigaux, Bruylant, Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1991, 312 p., p. 209 ; VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, Bruylant, À la croisée des droits, 2014, 302 p., p. 205.

³⁹ Certains auteurs n'abordent le sujet de l'exception que comme une menace planant sur l'ordre constitutionnel libéral et les droits et libertés fondamentaux. Sur ce point, se référer à NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁰ V. VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 95.

⁴¹ L'abandon de ce vocable dans le langage juridique contemporain s'explique, pour certains auteurs, par son association malheureuse, dans les esprits, à l'article 48 de la Constitution de Weimar (NEGRETTO G. L., *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, 204 p., p. 17).

⁴² Comment, face aux abus, évacuer les légitimes suspicions des citoyens face aux actes dérogatoires ? (LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 279-282).

⁴³ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 102-103 ; Le professeur Christophe Fardet estime à ce sujet que l'expression législation d'exception serait un abus de langage volontaire, ayant pour but de transférer la connotation politique de l'exception au sein du droit, alors qu'ils seraient en réalité des homonymes hermétiques l'un à l'autre (« Le Conseil d'État face aux crises », PIERRÉ-CAPS S.

confusion problématique entre deux sens bien distincts du mot exception⁴⁴, ainsi que par un manque de neutralité axiologique des juristes eux-mêmes, cédant, lorsqu'ils traitent de l'état d'exception, à la pure idéologie, du fait d'une vision jusnaturaliste du droit⁴⁵ ou du fantasme d'un droit uniforme, intolérant aux lois particulières⁴⁶.

18. Le caractère foisonnant de la littérature sur les régimes d'exception trouve son explication dans la nature même des objets appréhendés. D'une part, ils revêtent une importance vitale à bien des égards. Mobilisés pour répondre à des situations d'une gravité telle qu'elle menace le salut même de l'État, ils portent en eux, dans un même temps, le risque de permettre ou de faciliter le basculement de l'État à protéger dans la dictature ou le totalitarisme. La compréhension de leur nature et de leur fonctionnement revêt donc une importance pratique première, si ce n'est, une importance ontologique. D'autre part, l'étude des régimes d'exception génère des bénéfices scientifiques ou philosophiques qui dépassent les frontières de l'objet de l'étude⁴⁷. Véritables « cas-limites », ils agissent, selon la terminologie adoptée par le Conseil d'État, comme de puissants révélateurs des maux qui agitent le droit et l'État dans les temps ordinaires⁴⁸.

19. Ce foisonnement de productions intellectuelles limite la possibilité d'en proposer une restitution historique univoque et, *a fortiori*, exhaustive. Aussi, le présent état de la littérature poursuit l'objectif plus modeste de rendre compte des grandes tendances et des oppositions qui

(dir.), « États de crise. Sécurité et liberté », 5^e édition de l'université d'été de l'IRENEE, Nancy, 27 juin - 1^{er} juillet 2016).

⁴⁴ Dans la théorie du droit de Michel Troper, le mot exception en droit désignerait en effet « tantôt des règles juridiques jugées regrettables parce qu'elles peuvent être amenées à restreindre l'exercice des droits et libertés de l'homme dans certaines circonstances de crises, de guerre, mais justifiées par leur finalité qui est le retour à la normale, tantôt des règles différentes pour des situations différentes » (V. NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 62-63).

⁴⁵ Le droit d'exception est assimilé par certains juristes au droit anormal, injuste et illégitime. L'exception cesse alors « de désigner le rapport du particulier au général pour exprimer vraisemblablement la non-conformité au droit naturel, à la morale, de certaines règles de droit positives » (*idem*, p. 116-117).

⁴⁶ La notion de droit commun est imprécise, et qu'elle véhicule l'idée sous-jacente que le droit commun serait un droit meilleur, en tout cas plus souhaitable, que le droit d'exception. Cette dernière conception est partagée par nombre de juristes (V. *id.*, p. 108-110).

⁴⁷ CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., p. 140-141 : « Les états d'urgence concentrent, dans leur pratique, l'ensemble des dysfonctionnements des temps ordinaires en les exacerbant et les rendant plus visibles ».

⁴⁸ *Id.*, p. 16 : « Les états d'urgence agissent à bien des égards comme des révélateurs des maux ordinaires. Ils les exacerbent et les rendent plus visibles ».

structurent l'histoire de la réflexion générale sur les régimes de crise⁴⁹ pour, dans un second temps, en pointer les insuffisances. En effet, « si beaucoup a été écrit, tout n'a pas été dit »⁵⁰.

20. Depuis les écrits antiques témoignant du mécanisme de la « dictature des commissaires », l'histoire de la pensée juridique est traversée de plusieurs grandes oppositions idéelles. D'une surprenante actualité, ils sont nécessaires pour comprendre les débats doctrinaux contemporains sur les pouvoirs de crise. On peut, *a minima*, en distinguer trois : le rapport entre le droit d'exception et la politique, la place de l'exception dans le droit et la compatibilité entre le droit d'exception et le modèle de l'État de droit.

20.1. La question fondamentale que posent les régimes d'exception est de déterminer, dans une optique plus prescriptive que descriptive, si le droit peut céder face à la pression des faits. Autrement dit, il est légitime de mettre de côté la lettre de la règle de droit pour lui permettre d'exprimer sa finalité, qui, en situation de crise majeure, est d'assurer la sauvegarde de l'État. Comme le rappelle le récent rapport du Conseil d'État⁵¹, il faut opposer deux réponses. La première, qui est aussi la plus ancienne, est dite « finaliste ». Pour Saint Thomas, Machiavel ou Bodin, les finalités supérieures de la norme – le droit naturel, le bien commun ou l'intérêt de l'État – l'emportent sur la règle formelle. Au contraire, pour les pères du positivisme juridique moderne, Carré de Malberg ou Kelsen, rien ne justifie, juridiquement parlant, la mise à l'écart du droit lors des crises. Il revient au droit de prévoir la crise et la réponse qui pourra lui être apportée⁵². Si le positivisme juridique s'est largement imposé, le débat sur les rapports entre droit d'exception et politique n'est toujours pas résolu. Il persiste, de nos jours, sous des formes renouvelées (la remise en cause de l'autonomie du droit par les états d'exception, la redéfinition des frontières entre la science du droit et la science politique ou l'ontologie du droit et de ses sources) ou à travers de nouvelles réponses⁵³.

⁴⁹ S'il est envisageable de distinguer plusieurs « vagues » historiques de réflexions sur l'exception, ou comme le propose la Professeure Basilien-Gainche, de distinguer un « âge antique », un « âge classique », un « âge moderne » et un « âge contemporain » (*État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, PUF, Fondements de la politique, 2013, 304 p.), une approche thématique et synthétique nous paraît plus digeste et adaptée au présent état de la littérature.

⁵⁰ PROTIÈRE G., « Situation exceptionnelle et théorie générale de l'État. L'exception en droit », avril 2008, en ligne.

⁵¹ CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc.

⁵² *Id.*, p. 30 et s.

⁵³ Certains contemporains, comme le professeur François Saint-Bonnet, proposent de le dépasser, par la création d'une catégorie propre au droit d'exception, inassimilable au seul droit ou à la seule politique, dans laquelle la nécessité absolue d'agir justifie juridiquement une action de sauvegarde (V. SAINT-BONNET F., *L'État d'exception*, *op. cit.* ; CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., p. 32).

20.2. En tant que dispositifs d'exception, la réflexion sur les régimes juridiques de crises est profondément liée au débat théorique sur l'exception juridique. Les philosophes⁵⁴, souvent plus que la doctrine⁵⁵, questionnent la définition de l'exception et sa spécificité par rapport à d'autres notions, comme celle de dérogation⁵⁶. Ils s'intéressent surtout à la nature du rapport qu'elle entretient avec la règle : le critère de leur distinction, leurs positions respectives, les effets qu'elles produisent l'une sur l'autre ou la relation de dépendance qui les unit. La multiplicité et la complexité des positions sur la question⁵⁷ seront explorées ultérieurement⁵⁸. Pour l'heure, il est seulement nécessaire de rappeler le constat de Giorgio Agamben : il manque toujours une théorie cohérente de l'exception en droit public⁵⁹.

20.3. Le questionnement autour de la compatibilité entre les pouvoirs de crise et les principes fondamentaux d'un État de droit est à la fois la résultante des points précédents, et l'héritier d'une histoire tumultueuse. De l'antiquité romaine, où Jules César ou Sylla firent usage de l'état d'exception pour renforcer leur position et acquérir de nouveaux pouvoirs, à l'accession au pouvoir suprême d'Adolf Hitler au début des années 1930, l'état d'exception s'est révélé être un danger majeur pesant sur la séparation des pouvoirs et les droits et libertés fondamentaux. Les juristes du XX^e siècle, craignant que ces dispositifs ne servent, comme en Allemagne, à faciliter des dérives illibérales susceptibles de conduire à l'effondrement d'autres démocraties européennes⁶⁰, ont développé des efforts conséquents pour décrypter les ressorts

⁵⁴ Comme le relève Michel Troper, de nombreux philosophes se sont intéressés à l'état d'exception, notamment sous l'angle du rapport complexe entre le normal et l'exceptionnel (TROPER M., *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, 2011, 294 p., p. 100-102).

⁵⁵ Cette notion est peu étudiée par la doctrine française. V. sur ce point VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 46 et 49.

⁵⁶ Sur les distinctions pouvant être opérées au sein de la communauté sémantique de l'exception et pour de précieuses références bibliographiques, V. *id.*, p. 55-56 ; LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, op. cit. ; ROUYÈRE AU., *Recherche sur la dérogation en droit public*, Thèse de doctorat, sous la dir. de J.-M. Auby, Bordeaux I, 1993, 505 p.

⁵⁷ V. not. NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, op. cit. ; VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit. ; SACHICA L. C., *Entre la regla y la excepción*, Universidad del Rosario, Textos de jurisprudencia, Bogota, 2005, 96 p ; CODACCIONI V., *Justice d'exception. L'État face aux crimes politiques et terroristes*, CNRS Editions, 2015, 320 p ; FERREJOHN J., PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit. ; LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, op. cit. ; PROTIÈRE G., « Situation exceptionnelle et théorie générale... », art. cit. ; MARTÍNEZ CUEVAS M. D., *La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la constitución de 1978*, thèse, 1997, 854 p ; SCHMITT C., *La dictature*, Points, Essais, 2015 [1928], 432 p ; SCHMITT C., *La notion de politique. Théorie du partisan*, trad. M.-L. Steinhäuser, Champs, Classiques, 2009 [1932 et 1962], 323 p ; SCHMITT C., *Théologie politique*, trad. J.-L. Schelgel, Gallimard, 1988 [1922], 182 p.

⁵⁸ Cf. *infra*, n° 182 et s.

⁵⁹ AGAMBEN G., *Homo sacer*. Tome I. Le pouvoir souverain et la vie nue., Seuil, l'Ordre philosophique, 1997, 224 p., p. 9.

⁶⁰ V. sur ce point CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., p. 25 et 31.

de cette multiplication et de cette intensification de l'usage des dispositifs d'exception. Elle est le signe de la faillite de l'état libéral pour Carl Schmitt ou fruit de l'érosion du pouvoir législatif pour Herbert Tingsten⁶¹. Plus récemment, Marie Goupy analyse la période comme celle où l'État libéral, affaibli, a trouvé dans l'état d'exception un moyen autoritaire de réaffirmer l'autorité publique⁶².

21. De la seconde partie du XX^e siècle jusqu'à nos jours, les grandes oppositions idéelles du passé perdurent, mais ne jouent plus un rôle aussi structurant. Sur cette période, il faut avant tout faire état de deux tendances non exclusives l'une de l'autre : celle à la description scientifique des régimes d'exception, et celle à la critique de ces dispositifs à travers le prisme de l'État de droit et des droits et libertés fondamentaux.

21.1. Du fait du développement intense du positivisme juridique – et en particulier du normativisme kelsénien – au cours du XX^e siècle, la communauté scientifique et doctrinale s'attelle avant tout à rendre compte des régimes d'exception du droit positif. Parmi une large production scientifique, certaines œuvres particulièrement abouties se sont progressivement imposées comme références, à l'image, pour les monographies, de celle de François Saint-Bonnet⁶³ ou de celle de Pedro Cruz Villalón⁶⁴ ou pour les œuvres à vocation encyclopédique ou systématique, l'analyse de l'article 116 dans les commentaires de référence de la Constitution de 1978⁶⁵ ou l'entrée correspondante du *Dictionnaire de la culture juridique*⁶⁶. De nombreuses thèses ont porté sur les régimes d'exception ou du moins, y ont consacré une part substantielle de leurs développements⁶⁷. Des monographies et des articles ont éclairé des aspects particuliers des différents régimes d'exception contemporains⁶⁸, au titre desquels figure

⁶¹ CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., p. 32.

⁶² GOUPY M., *L'état d'exception ou l'impuissance...*, op. cit.

⁶³ SAINT-BONNET F., *L'État d'exception*, op. cit.

⁶⁴ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, op. cit.

⁶⁵ Spéc. GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Tercera édition, Madrid, Civitas, 2001, 2528 p. ; ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, T. I, IV y IX, Cortes Generales, Editoriales de derecho reunidas, 1996.

⁶⁶ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos Poche, PUF, 2003, 1668 p.

⁶⁷ V. not. NIZARD L., *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, LGDJ, Paris, 1962, 295 p. ; NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, op. cit. ; CASSELLA S., *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Études de droit international, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, 577 p. ; ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, 602 p. ; REMOTTI CARBONELL J. C., *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, prologo de Teresa Freixes Sanjuan, Colex, 1999, 343 p. ; GONZÁLEZ H. R., *Estado de no derecho. Emergencia y derechos constitucionales*, Editorial Del Puerto, 2007, 392 p.

⁶⁸ V. par ex. TORRES GUTIÉRREZ A., « Capítulo 25. Retos de la declaración del estado de alarma con motivo de la COVID-19 para el Estado de Derecho y el ejercicio de los derechos fundamentales », in LUQUIN BERGARECHE R. (dir.), *COVID-19 : Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Wolters Kluwer, 2020, 828 p, p. 485-515 ;

en bonne place leur contrôle⁶⁹. Enfin, les institutions étatiques ou communautaires ont produit elles-mêmes certaines ressources synthétiques visant, par exemple, à comparer les régimes d'exception des États européens⁷⁰.

21.2. Ces vingt dernières années, depuis l'ouvrage de Giorgio Agamben en 1997⁷¹ et surtout, depuis les réflexions de Bruce Ackerman⁷², inspirées par le tournant du 11 septembre 2001⁷³, une approche parallèle, beaucoup plus critique, n'a cessé de prendre de l'importance dans la production doctrinale sur les régimes d'exception. Parfois positivistes, parfois dogmatiques, ces publications analysent le phénomène des régimes de crises à travers le prisme des droits et libertés fondamentaux, de l'idéal démocratique et de l'État de droit – légalité,

SEDANO LORENZO A., *El estado de alarma y la justicia militar. A propósito de la crisis de controladores aéreos*, Liber Factory, 2015, 212 p. ; **GUITTET E.-P.**, « Les recours à l'état d'exception sous le régime franquiste (1956-1975) », *Cultures & Conflits*, n° 113, p. 89-98, en ligne ; **GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS A.**, **NAVARRO MEJÍA I.**, « La actuación de las cortes generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del covid-19 », *Revista de las Cortes Generales*, n° 108, Primer semestre 2020, mayo 2020, p. 245-288 ; **DEROSIER J.-PH.**, « L'état d'urgence : un régime exceptionnel et provisoire », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 47, 23 novembre 2015 ; **ROBLLOT-TROIZIER A.**, « État d'urgence et protection des libertés », *Revue française de droit administratif*, 2016, p. 424 et s. ; **PIERRÉ-CAPS S.**, « Constitutionnaliser l'état d'urgence », *Civitas Europa*, Université de Lorraine, IRENEE, n° 36, juin 2016, p. 141-154 ; **COSSALTER, PH.**, « Légalité de crise et état d'urgence », *Revue générale du droit*, n° 22919, 2015, en ligne ; **DOMINO X.**, « Assignations à résidence... », art. cit., p. 106 et s. ; **JOUVE D.**, « L'état d'alerte : la centralisation des pouvoirs face au Covid-19 en Espagne », *RDLF*, chron. n° 31, 2020, en ligne ; **MANIN B.**, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme », *La Vie des idées*, 2015, en ligne.

⁶⁹ **TORRES GUTIÉRREZ A.**, **LECATÉLIER A.**, « Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del artículo 155 de la Constitución Española a raíz de la Declaración de Independencia por el Parlamento de Cataluña: Estudio de las STC 89 y 90/2019, de 2 de julio », *Civitas Europa*, IRENEE, n° 43, 2019, p. 131-151. ; **GARRIDO LÓPEZ C.**, « Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción », *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, mayo-agosto 2017, p. 43-73 ; **ENRÍQUEZ MALAVÉ GU.**, « Naturaleza jurídica de las medidas sanitarias adoptadas frente al COVID-19 : ¿actos administrativos o disposiciones judiciales? Algunas consideraciones a propósito de la ratificación judicial de las mismas y del nuevo estado de alarma », *Diario La Ley*, N° 9740, 20 de noviembre de 2020 ; **BARANGER D.**, « Quel « état de droit » ? Quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, Dalloz, 2016, p. 355 et s. ; **COSSALTER PH.**, « Le contrôle par le juge des référés de la légalité des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, Note sous CE, Sect. 11 décembre 2015, n° 394989, 394990, 394991, 394992, 394993, 395002, 395009 », *Revue générale du droit*, n° 23098, 2015, en ligne ; **LECATÉLIER A.**, « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables cultivant un usage à contre-courant du contrôle de constitutionnalité a posteriori », in **CARTIER E.**, (dir.), *Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation autour d'un outil processuel sui generis*, Rapport de recherche « 2010-2020 : dix ans de QPC », octobre 2020, 551 p., p. 376-379 ; **LECATÉLIER A.**, « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables précisément identifiés aux potentialités d'action limitées », in *id.*, p. 233-236 ; **LECATÉLIER A.**, « Los parlamentos español y francés frente a la crisis : una prueba para la democracia representativa », XIV^o Congreso iberoamericano de derecho constitucional, 2019.

⁷⁰ V. spéc. **COMMISSION EUROPÉENNE**, Rapport 2021 sur l'état de droit, COM (2021), 20 juillet 2021 ; **SÉNAT**, Note, Législation comparée. L'état d'urgence, LC n° 156, janvier 2006, en ligne. ; **SÉNAT**, Note, Législation comparée. Le régime de l'état d'urgence, LC n° 264, mars 2016, en ligne.

⁷¹ **AGAMBEN G.**, *Homo sacer...*, op. cit.

⁷² **ACKERMAN B.**, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, 2006, 227 p.

⁷³ Comme le remarque Michel Troper, la plupart des commentaires qui furent faits à la suite des attentats de 2001 concernaient la question des droits de l'Homme, que ce soit par rapport aux violations constatées ou aux abus éventuels (**TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 100).

séparation des pouvoirs, protection juridictionnelle effective et sécurité juridique⁷⁴. À cet effet, elles s'approprient les débats d'antan, mais s'alertent surtout de leur pérennisation⁷⁵, de leur impact sur les droits fondamentaux et l'État de droit⁷⁶ et des usages abusifs dont ils font l'objet. Les juridictions elles-mêmes – Conseil constitutionnel et Conseil d'État – tirent la sonnette d'alarme avec respectivement l'organisation d'une Nuit du droit remarquable sur l'État de droit face aux crises⁷⁷ et la publication d'une étude annuelle critique sur les états d'urgence français⁷⁸.

b – Une littérature embryonnaire sur les états d'urgence et cristallisée sur l'interprétation de crise

22. Si les régimes d'exception font l'objet d'une littérature fournie et variée, à la fois conceptuelle, théorique, positiviste et critique, le constat est tout autre pour les deux notions clés de cette thèse : l'état d'urgence et l'interprétation juridique.

23. D'apparition récente, la notion juridique d'état d'urgence n'intègre que progressivement la littérature sur les régimes d'exception. Même si elle acquiert dans les consciences et dans le droit positif une place toute particulière, elle ne s'est toujours pas pleinement émancipée de celles de régimes d'exception et d'urgence. Cette confusion notionnelle, cette non-spécificité et cette place subsidiaire ont pour effet de freiner le développement d'études plus ciblées sur ces régimes d'exception bien particuliers.

23.1. À l'instar de l'exception, l'urgence est une notion de mieux en mieux comprise par les juristes. Si elle se montre en effet complexe à caractériser et qu'elle est sujette à débat, la multiplicité des études sur la notion juridique d'urgence et sur les dispositifs d'urgence du

⁷⁴ La notion juridique « d'État de droit » admettant de nombreuses définitions, en particulier du fait de l'hétérogénéité des traditions nationales, il est difficile d'en proposer une définition trop arrêtée. Les quatre composantes retenues ici sont, toutefois, relativement consensuelles en France (cf. *infra*, n° 385 et s.). Pour une synthèse et des références bibliographiques sur la notion d'État de droit et dans le système juridique espagnol, V. **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Reflexiones críticas sobre la evolución contemporánea del Estado de Derecho en España », *Civitas Europa*, IRENEE, n° 37, 2016, p. 121-139.

⁷⁵ **BARANGER D.**, « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, Dalloz, 2016, p. 447 et s. ; **MASTOR W., SAINT-BONNET F.**, « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste », *Pouvoirs*, 2016/3, n° 158, p. 51-65 ; **HALPÉRIN J.-L., HENNETTE-VAUCHEZ S., MILLARD É.**, *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, P.U de Paris-Nanterre, Actualité, 2017, 268 p.

⁷⁶ **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *CRDF*, Caen, n° 6, 2007, p. 81-92, en ligne ; **MATA (DE LA) N. J.**, « Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad », *Almacén de derecho*, 6 de abril de 2020 ; **ROUSSEAU D.**, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet* 2/2006 (n° 291), p. 19-26 ; **PLATON S.**, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5, HS n° 2, p. 97-116, en ligne ; **BASILLEN-GAINCHE M.-L.**, *État de droit et états d'exception...*, *op. cit.* ; *RDP*, Numéro spécial : « Les États d'exception : un test pour l'État de droit ? », 2021.

⁷⁷ **JACQUIN J.-B.**, « La Constitution ne suffit pas à garantir l'État de droit », *Lemonde.fr*, 5 octobre 2021, en ligne.

⁷⁸ **CE**, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc.

droit positif témoigne de l'intérêt que portent les chercheurs à la temporalité saisie par le droit. Elle fait l'objet d'une littérature plutôt fournie, à travers des études transversales⁷⁹ ou spécifiques à certains champs du droit, comme le droit administratif⁸⁰ et le droit civil⁸¹. Cette vivacité de la recherche sur la notion d'urgence est rendue particulièrement nécessaire par le véritable culte contemporain voué à l'urgence qui, lié à une accélération croissante de la temporalité sociale⁸², se répercute directement sur le droit par la multiplication des procédures d'urgence.

23.2. Étudier l'urgence bénéficie à la connaissance de l'état d'urgence, en ce que ce modèle spécifique de régime d'exception se caractérise notamment par l'importance de la pression temporelle de la situation de fait et des mesures devant être prises. Pour autant, sémantiquement⁸³ comme juridiquement, ces deux objets d'étude ne peuvent être assimilés : étudier l'un n'éclaire que partiellement l'autre. Il en est de même pour la riche littérature sur les régimes d'exception. Du fait de son manque de spécificité, qui conduit les chercheurs à traiter *indivis* des dispositifs qui n'ont que peu en commun, comme l'état de siège, la dictature constitutionnelle ou l'état de catastrophe naturelle, elle n'apporte qu'une connaissance générique sur les états d'urgence du droit positif et fait fi de leurs spécificités.

23.3. Ces dernières années, le recours de plus en plus fréquent aux états d'urgence en France – et en adoptant une définition matérielle de cette notion, en Espagne – a cependant impulsé une nouvelle dynamique dans l'étude des régimes d'exception, en centrant le débat sur les états d'urgence du droit positif. Prenant le relais de l'article fondateur de Roland Drago,

⁷⁹ **CHRÉTIEN P.**, « La notion d'urgence », *RFDA*, 2007, p. 38-44 ; **BRILLA M. et Al** (dir.), *Le droit face à l'urgence. Disputatio magistrorum et scholarium argentorati, Secunda*, Mare & Martin, Droit et science politique, 2015, 236 p. ; **CORNU G.** (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige Dicos Poche, 9^e éd., 2011, 1095, p. 1044-1045 ; **SAINT-BONNET F.**, « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 677 et s ; **ROBBE F.** (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, *op. cit.*

⁸⁰ **GABOLDE CH.**, *Essai sur la notion d'urgence en droit administratif français (Les pouvoirs d'urgence de l'Administration)*, Thèse, Univ. De Paris, 1951, 244 p. ; **ROBERT J.**, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42, n° 2, avril-juin 1990, p. 751-764, en ligne ; **ZERDOUMI F.**, *Les procédures d'urgence en droit du contentieux administratif : (10 ans de pratique jurisprudentielle)*, Thèse, Sous la dir. de C. Mondou, Université de Lille 2, 2010, 560 p. ; **CASADEVANTE MAYORDOMO (DE) P. F.**, « El derecho de emergencia constitucional en España : hacia una nueva taxonomía », *Revista de Derecho Político*, n° 107, enero-abril 2020, p. 111-145 ; **NEGRETTO G. L.**, *El problema de la emergencia...*, *op. cit.* ; **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1987, 600 p.

⁸¹ **JESTAZ P.**, *L'Urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LDGJ, 1968, 331 p.

⁸² **AUBERT N.**, *Le Culte de l'Urgence : La société malade du temps*, Flammarion, Champs essais, 2003, 384 p. ; **FINCHELSTEIN G.**, *La dictature de l'urgence*, Fayard, Pluriel, 2013, 228 p.

⁸³ **LEEMAN D.**, **VAGUER C.**, « États "d'urgence" : "en urgence" ou "dans l'urgence", deux expressions synonymes ? », *Scolia*, Université des sciences humaines Strasbourg, 2015, p. 37-58.

publié à la revue de droit public dès 1955⁸⁴, l'excellente monographie d'Olivier Beaud et de Cécile Guérin-Bargues⁸⁵, l'ouvrage plutôt radical de Paul Cassia⁸⁶, le rapport de recherche complet et détaillé du CREDOF⁸⁷ ou, de manière encore plus topique, le rapport 2021 du Conseil d'État⁸⁸ constituent les prémisses attendues et salutaires d'une littérature systématique sur les états d'urgence qui, à terme, est la seule à même de conduire à l'émancipation de cet objet d'étude. Son autonomisation conceptuelle, quant à elle, est encore loin d'être acquise : les tentatives d'en proposer une véritable définition restent anecdotiques⁸⁹.

24. L'histoire de la réflexion sur le régime d'exception est profondément liée au questionnement sur la nature de l'interprétation. Cet objet d'étude, assurément parmi les plus fondamentaux pour le juriste⁹⁰, est aujourd'hui riche de plusieurs siècles de publications théoriques, scientifiques et dogmatiques. Pour autant, rien n'est résolu. Pire, le débat tend à se cristalliser dans une disposition polarisée qui ne favorise pas de nouvelles percées théoriques.

24.1. Les régimes d'exception sont à la fois les moyens privilégiés de l'étude de l'interprétation juridique et les premiers destinataires des résultats qu'elle produit. Dans un premier sens, les régimes d'exception se prêtent particulièrement bien à l'étude du processus interprétatif. Cas-limites de l'agir juridique et révélateurs puissants du fonctionnement effectif du droit, leur étude au prisme de l'interprétation permet d'observer l'interprétation juridique sous une forme plus directe, moins dissimulée. Elle permet d'interroger frontalement la nature de l'interprétation juridique. Dans le second sens, les réponses apportées aux questionnements qui entourent l'interprétation juridique conditionnent en grande partie la compréhension des régimes d'exception. En éclairant la liberté des décideurs de crise, elles répondent indirectement aux questions de l'acceptabilité des régimes d'exception, notamment à l'aune des principes de légalité et de sécurité juridique, de la capacité du droit de limiter *a priori* l'action de crise ou,

⁸⁴ DRAGO R., « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 670 et s.

⁸⁵ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes, 2016, 204 p.

⁸⁶ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016, 252 p.

⁸⁷ HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Rapport de recherche, Convention n° 2016 DDD/CREDOF, 2018, 279 p., en ligne.

⁸⁸ CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc.

⁸⁹ Cf. *infra*, n° 179 et s.

⁹⁰ Ce caractère fondamentaux s'explique aisément. Pour qu'un énoncé juridique produise des effets contraignants, il doit être interprété. Aussi, statuer sur la nature de ce passage de la règle à son application, c'est répondre à des questions fondamentales qui se posent à tout juriste, si ce n'est à tout citoyen : la part de discrétionnarité et de volonté à l'œuvre dans la pratique du droit, la compréhension de la nature fondamentale du droit et, finalement, les moyens et les finalités mêmes de la science juridique.

plus fondamentalement encore, de la capacité de la science du droit à produire une connaissance positiviste utile des régimes d'exception.

24.2. La littérature sur l'interprétation juridique puise ses sources dans la littérature plus générale autour du concept polymorphe d'interprétation⁹¹. Cela n'a rien de surprenant en admettant, comme le juriste et herméneute italien Emilio Betti⁹², que l'interprétation juridique n'est qu'une variante de l'interprétation en philosophie. Il est ainsi fréquent que les auteurs ayant étudié l'interprétation juridique – à commencer par les philosophes et théoriciens du droit – fassent des références fréquentes à Wittgenstein⁹³, Heidegger⁹⁴ ou Gadamer⁹⁵. En droit, le débat sur l'interprétation s'est structuré autour de deux positions antinomiques. Pour les partisans de « l'interprétation-connaissance », l'énoncé contient la réponse. L'autorité d'application ou de contrôle n'est, selon la célèbre métaphore de Montesquieu⁹⁶, que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ». Pour les partisans de « l'interprétation-volonté », au contraire, l'interprète est libre : il dit le droit, non pas selon une réalité préexistante, mais par un acte de création.

24.3. Cette grande controverse sur l'interprétation a traversé les époques, en se croisant souvent à celle sur les régimes d'exception. Dans la continuité de l'école de l'exégèse, née peu après la Révolution française⁹⁷, le camp de l'interprétation-connaissance a trouvé une figure majeure en Hans Kelsen. Ce théoricien du droit a influencé toute la pensée juridique du XX^e siècle avec son ouvrage fondateur *Théorie Pure du droit*⁹⁸, qui repense et modernise la théorie de l'interprétation et la science du droit dans son ensemble. Si sa théorie de l'interprétation est bien plus modérée que celle de l'école de l'exégèse, elle s'oppose toutefois assez radicalement au « décisionnisme » de Carl Schmitt⁹⁹. Ce dernier, qui prend pour objet d'étude les pouvoirs de crise, voit dans la décision de crise un acte de volonté pure, un agir illimité et illimitable par

⁹¹ Pour une présentation générale de l'histoire de la pensée sur l'interprétation, V. **MOLINO J.**, « Pour une histoire de l'interprétation : les étapes de l'herméneutique », *Philosophiques*, 12(1), 1985, p. 73–103 ; **GRONDIN J.**, *L'herméneutique*, PUF, Que sais-je ?, 2017, 128 p.

⁹² C'est la position du juriste et herméneute italien Emilio **BETTI** (*General Theory of Interpretation*, 1955).

⁹³ **WITTGENSTEIN L.**, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, 2004, 380 p.

⁹⁴ **HEIDEGGER M.**, *Être et temps*, trad. François Vezin, Paris, Gallimard, éd. 1986.

⁹⁵ **GADAMER H.-G.**, *Vérité et méthode*, Seuil, Essais, éd. 2018.

⁹⁶ **MONTESQUIEU**, *L'esprit des lois*, livre XI.

⁹⁷ V. **DAUCHY S.**, « Le juge, bouche de la loi. À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 256, 2014, p. 325-343.

⁹⁸ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*

⁹⁹ **SCHMITT C.**, *La dictature*, *op. cit.* ; **SCHMITT C.**, *La notion de politique...*, *op. cit.* ; **SCHMITT C.**, *Théologie politique I*, *op. cit.*

avance¹⁰⁰, qui permet au droit de se réaliser. Leur affrontement le plus direct eut pour objet la question de l'interprète légitime de la Constitution¹⁰¹. Plus récemment dans l'histoire de la pensée juridique, cette opposition historique s'est matérialisée dans une joute très argumentée sur la nature de l'interprétation opposant Otto Pfersmann¹⁰², défenseur d'un normativisme strict, et Michel Troper¹⁰³, auteur d'une théorie réaliste de l'interprétation qui l'est tout autant¹⁰⁴.

24.4. Si, aujourd'hui, les thèmes de l'interprétation juridique en général¹⁰⁵ et de l'interprétation des états d'exception en particulier¹⁰⁶ intéressent toujours les juristes, la réflexion théorique sur l'interprétation juridique paraît être dans une impasse. La controverse historique à ce sujet a, il est vrai, généré une effervescence intellectuelle certaine, notamment par la radicalité des positions défendues. Pour autant, la cristallisation du débat sur deux positions (trop) contrastées est aujourd'hui un obstacle, qui paralyse la réflexion sur l'interprétation juridique. Le débat, éminemment alimenté des deux côtés, est maintenant clos sur un désaccord et enfermé dans une grille de lecture indépassable. Surtout, aucune de ces deux positions ne favorise l'étude scientifique de l'état d'exception et de son interprétation. Le chercheur se retrouve ainsi à devoir choisir entre un logiciel normativiste, inadapté et fictionnel lorsqu'il prend pour objet les régimes d'exception et un réalisme radical, pour lequel l'étude des énoncés des régimes d'exception est vaine, parce qu'ils céderont de toute façon devant la liberté juridique absolue de l'interprète. Pour sortir de cette impasse, il reste cependant au

¹⁰⁰ SCHMITT C., *Théologie politique I, op. cit.*, p. 23 : « 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 ».

¹⁰¹ SCHMITT C., *Le gardien de la constitution*, Dalloz, 2015 [1931], 250 p. ; KELSEN H., *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, trad. S. Baume, Michel Houdiard, Le sens du droit, 2006 [1931], 142 p.

¹⁰² PFERSMANN O., « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 50, 2002, p. 789-836. ; PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53 n° 2, avril-juin 2001, p. 275-288, en ligne ; PFERSMANN O., « Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 52, 2002, p. 759-788.

¹⁰³ TROPER M., « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 50, 2002, p. 335-353.

¹⁰⁴ Elle parvient en effet à des conclusions proches du décisionnisme schmittien sur l'interprétation des régimes d'exception (V. not. TROPER M., *Le droit et la nécessité, op. cit.*).

¹⁰⁵ MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle, op. cit.* ; BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit. ; TUSSEAU GU., *Les normes d'habilitation, op. cit.*

¹⁰⁶ SAINT-BONNET F., « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 6/2008, p. 29-38 ; TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit.

chercheur la possibilité de se tourner vers des théories de l'interprétation alternatives, comme celle de Riccardo Guastini¹⁰⁷.

§3 – Objectifs de l'étude

25. Les objectifs de cette étude résultent directement des constats conceptuels, empiriques et bibliographiques qui précèdent. Pour répondre aux insuffisances identifiées, elle se donne comme objectif premier de faire progresser la connaissance scientifique des états d'urgence, de leurs énoncés à leurs interprétations authentiques (a). Sur la base des résultats obtenus, elle poursuit l'ambition de favoriser, à travers des modifications ciblées apportées aux théories modérées de l'interprétation juridique, une approche scientifique renouvelée et outillée des régimes d'exception (b).

a – Contribuer à la connaissance scientifique immédiate des états d'urgence

26. L'ambition globale de cette étude sur le plan de la description scientifique est de contribuer à la connaissance de son objet d'étude. Plus précisément, elle poursuit un objectif comparé transversal et trois objectifs spécifiques, énoncés selon leur ordre de réalisation dans le corps de cette thèse : poser les jalons de l'émancipation de la notion d'état d'urgence, porter une lecture éclairante des contextes de création et d'application des états d'urgence étudiés et, finalement, dresser un tableau fidèle de leur réalité contemporaine dans le droit positif et dans le débat scientifique.

26.1. Cette étude se donne pour objectif scientifique transversal d'apporter un éclairage comparé sur les concepts, les fondements, le contexte et la réalité positive des états d'urgence en France et en Espagne. Les régimes d'exception des démocraties européennes contemporaines sont le produit d'influences croisées entre les États et d'une volonté d'harmonisation. À plus grande échelle, leurs contours sont remodelés par les mêmes juges, le juge communautaire ou celui de l'Europe des droits de l'homme. Enfin, les périls auxquels ils répondent et s'adaptent, le terrorisme, les crises sanitaires ou les catastrophes naturelles, sont de plus en plus globalisés. Dans un droit public en pleine mutation, toujours plus interdépendant et confronté à des enjeux qui dépassent les frontières de l'État, il est impératif, pour une étude

¹⁰⁷ V. not. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, Rivages du droit, janvier 2010, 269 p.

contemporaine, de recourir à la méthode comparative. Cet objectif comparé poursuit, lui-même, deux finalités précieuses. D'une part, le recours au droit comparé permet d'atténuer, faute d'éviter, le biais d'une généralisation hâtive de constats scientifiques qui s'avèreraient propre à une seule culture juridique (prendre des spécificités nationales pour des caractères inhérents à tout état d'urgence) et donc, de conférer à cette étude plus de recul sur les observations effectuées, en les mettant en perspective. D'autre part, la comparaison est la compagne indispensable d'une étude qui revendique une dimension théorique marquée. La comparaison des discours juridiques français et espagnols est déterminante pour construire des assertions théoriques sur le droit qui transcendent les frontières nationales¹⁰⁸ et pour apprécier, à leur juste valeur, l'influence des différents facteurs qui influent sur l'interprétation juridique¹⁰⁹.

26.2. L'état de la littérature l'a montré : la notion juridique d'état d'urgence peine encore à s'émanciper de sa famille sémantique pour devenir un objet d'étude à part entière et précisément caractérisé. Il en résulte une confusion notionnelle non résolue, qui irrigue le champ des régimes d'exception, tant du côté des institutions que de celui de la recherche juridique. Aussi, le premier objectif spécifique que se donne cette étude est de favoriser l'émergence de ce concept d'avenir, par la reconstruction d'une définition réelle de l'état d'urgence répondant à trois critères : fondée empiriquement (basé sur le discours du droit et sur le droit), fondée conceptuellement (appuyée sur une réflexion conséquente autour du modèle de l'état d'exception) et de portée générale (non spécifique à un ordre juridique particulier ou à un seul champ du droit public). Pour assurer le caractère pleinement fonctionnel de la définition obtenue, cette réflexion notionnelle se doublera de l'élaboration d'une méthode¹¹⁰ permettant, par l'application d'un faisceau d'indices, d'identifier précisément les régimes d'exception qui relèvent de la catégorie d'état d'urgence dans un ordre juridique donné.

26.3. Les états d'urgence sont le produit direct de l'histoire juridique, politique et idéale particulièrement riche des régimes d'exception. Comprendre les interactions réciproques entre les régimes d'exception du droit positif (création et application juridique) et le contexte dans lequel ils s'inscrivent (les nécessités historiques et conjoncturelles de leur

¹⁰⁸ S'il existe une théorie du droit française (comprendre : créée et portée par des auteurs, une école française), il n'existe pas d'assertions de théorie du droit qui ne trouvent à s'appliquer qu'en France. La frontière nationale n'est pas l'échelle pertinente pour faire de la théorie du droit.

¹⁰⁹ Il s'agira, de manière topique, de déterminer si le niveau supérieur de détermination textuelle des régimes d'exception espagnols contemporains sur leurs homologues français se matérialise, en pratique, par des applications plus sécurisées.

¹¹⁰ Cf. *infra*, n° 48 et s.

genèse et l'évolution de la perception dont ils font l'objet) est essentiel pour expliciter les états d'urgence d'aujourd'hui, tant dans le discours du droit que dans le discours sur le droit. Le second objectif spécifique de cette étude est donc d'expliquer la réalité positive et doctrinale contemporaine en retraçant et en comparant les histoires juridiques, politiques et idéelles des régimes d'exception des ordres juridiques français et espagnols, des proto-dispositifs du XIX^e siècle aux états d'urgence du XXI^e siècle.

26.4. Dans une optique normativiste, ou du moins positiviste, la vocation première de la science du droit réside dans la description du droit positif¹¹¹. À ce titre, l'actualité juridique intense des états d'urgence, comme les débats politico-juridiques pressants qu'ils génèrent, interdisent de se satisfaire, scientifiquement, des insuffisances de la littérature portant sur les états d'urgence dans les systèmes juridiques de ces deux États. Le dernier objectif scientifique spécifique de cette étude est donc de produire une étude des états d'urgence positifs français et espagnols sur la période étudiée, à la fois systématique (par une analyse thématique et organisée de chaque aspect juridique des régimes étudiés), détaillée (par une analyse quasi exhaustive des matériaux), novatrice (par la grille de lecture proposée et l'étude approfondie de données contemporaines encore peu étudiées) et éclairante pour les débats contemporains qui traversent la thématique des états d'urgence et qui suscitent l'intérêt au-delà de la seule communauté juridique.

b – Contribuer à la connaissance scientifique future des régimes d'exception

27. Le véritable legs de cette étude à la communauté scientifique n'est pas la connaissance qu'elle procure de son objet à un instant donné, mais le prisme théorique et méthodologique qu'elle propose pour la connaissance scientifique future des régimes d'exception. Contrairement à la majorité des thèses de droit, cette étude ne fait de la théorie du droit et des méthodes une préquelle à la connaissance qu'à titre subsidiaire. Son cheminement principal consiste à faire, au contraire, de la poursuite de l'objectif de connaissance scientifique de l'interprétation des états d'urgence l'assise empirique d'une ambition supérieure : proposer une théorie de l'interprétation juridique des régimes d'exception féconde pour l'avenir de la science du droit et en ébaucher les outils scientifiques de concrétisation.

¹¹¹ Cf. *infra*, n° 44.

28. Sans devoir nécessairement relever du champ de la théorie du droit, comprise comme une épreuve abstraite de pensée (parler de science est peu pertinent) ayant pour visée générale de décrire les caractères communs à tous les droits et de dénouer les grandes problématiques de l'objet droit, une étude juridique portant sur un objet aussi abstrait et fondamental que l'urgence, la nécessité ou les régimes de crise ne peut faire l'impasse sur une certaine profondeur théorique. C'est en ce sens que le directeur de la *Real Academia Española* soutient que « le voyage à travers les méandres de la nécessité appelle à s'élever sur le plan théorique »¹¹². Pourtant, force est de constater que dans la littérature contemporaine sur les régimes d'exception, science et théorie du droit ne dialoguent que trop peu, en particulier au vu des spécificités des études portant sur cet objet.

28.1. Dans un premier sens, les chercheurs normativistes contemporains ont une fâcheuse tendance à limiter leur positionnement théorique à un rappel concis et introductif du paradigme normativiste dominant, quand il n'est pas simplement occulté. Pourtant, la théorie du droit et, tout particulièrement, la théorie de l'interprétation juridique, a beaucoup à apporter à la science du droit et à la connaissance du droit, son objet premier. La littérature contemporaine sur les régimes d'exception – positiviste ou critique – qui néglige de penser de manière critique son approche théorique se limite, par avance, à entretenir le *statu quo* sur l'étrangeté perçue du fonctionnement du droit en périodes de crise, à ne pas être en mesure de questionner le paradigme dominant qui mène au constat de cette étrangeté et, finalement, à ne pouvoir proposer que des explications *ad hoc* à ce qu'elle décrit ou critique.

28.2. Dans un second sens, les théoriciens du droit négligent bien souvent l'étude du droit positif, ou du moins, ne créent pas de ponts entre leur œuvre théorique et leur œuvre scientifique¹¹³. Comme enfermés dans un schéma délétère de pensée selon lequel l'objet théorique imposerait nécessairement de s'intéresser plus aux questions qu'aux réponses, sous peine de se sentir frustrés devant l'impossibilité de démontrer la vérité ou la fausseté d'une théorie de manière absolue, ils refusent bien souvent, d'une part, de s'efforcer de donner des fondements empiriques à leurs théories du droit et, d'autre part, de penser l'effet utile, le caractère fécond ou opérationnel de leurs productions théoriques pour la science du droit.

¹¹² MUÑOZ MACHADO S., « Prologo », in ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 19.

¹¹³ Pour Riccardo Guastini, les théoriciens du droit ne doivent pas oublier qu'il n'y a « pas de théorie du droit, sans droit » et, par conséquent, qu'ils gagneraient beaucoup à se confronter aux objets particuliers pour enrichir leur travail théorique. V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 36.

29. Cette tendance contemporaine au cloisonnement des approches est d'autant plus préoccupante que la réflexion théorique sur l'interprétation juridique s'est cristallisée dans une forme peu propice à la connaissance scientifique des régimes d'exception. Comme constaté lors de l'état de la littérature, l'opposition contrastée a créé un horizon de pensée difficilement dépassable et démotivant pour de nouvelles théories de l'interprétation juridique. Surtout, ni la position cognitiviste-normativiste ni la position décisionniste-réaliste n'ouvrent la voie à des approches scientifiques fructueuses des régimes d'exception.

30. En réponse à ce problème majeur, la présente étude aspire à construire ou à enrichir, sur la base d'une analyse empirique et comparée, une théorie de l'interprétation juridique répondant aux trois critères suivants : émancipée de l'opposition conventionnelle entre interprétation-connaissance et interprétation-volonté, fondée sur l'observation empirique et fertile pour la science du droit.

30.1. Cette entreprise prend pour point de départ une théorie stipulative issue du réalisme modéré, dont la sagesse est de se tenir à l'écart des deux pôles de l'opposition théorique entre interprétation-connaissance et interprétation-volonté. Si cette approche théorique est pertinente pour permettre la connaissance scientifique de l'objet et son exploration, en neutralisant la paralysie qu'entraîne une telle dichotomie, elle ne parvient néanmoins pas à s'en affranchir. La théorie de l'interprétation amendée qui sera défendue en fin de travail se doit, pour cette raison, de proposer une nouvelle conception des rapports unissant la connaissance et la volonté dans l'interprétation.

30.2. L'enrichissement proposé de la théorie de l'interprétation n'est pas le produit d'un raisonnement abstrait, mais l'abstraction d'une réalité préexistante et observable. Contrairement à la plupart des approches mobilisées par les théoriciens du droit, la présente démarche n'est pas déductive, mais inductive. Ainsi, la théorie de l'interprétation initialement adoptée est moins une règle entraînant des conséquences sur l'étude empirique, que le moyen d'une étude empirique ayant vocation à transcender ce présupposé théorique. Fruit d'une abstraction des observations empiriques opérées, la lecture proposée de l'interprétation juridique trouve son fondement dans la réalité positive des états d'urgence français et espagnols.

30.3. Cette thèse part du présupposé que la théorie de l'interprétation a vocation à servir directement et effectivement la connaissance juridique des régimes d'exception à venir et des nouveaux périls auxquels ils répondront, comme ceux que fera inmanquablement naître le défi climatique. Portée par une conception non pas « pure », mais « opérationnelle » de la théorie du droit, sa valeur se mesure à son efficacité pour accroître la connaissance scientifique

des objets de la science du droit et pour éclairer les enjeux juridiques, politiques et sociétaux qu'ils soulèvent. L'objectif final de cette étude est donc de proposer à la communauté des chercheurs une reconfiguration de la théorie de l'interprétation juridique dont la pertinence pratique aura été confirmée par l'élaboration de méthodes et d'outils permettant d'esquisser, dans un monde aux dangers globalisés et constamment réinventés, un regard scientifique nouveau sur les régimes d'exception.

§4 – Approche théorique et épistémologique de l'étude

31. Un prérequis à toute étude scientifique du droit réside dans la discussion et le choix de ses présupposés théoriques et épistémologiques. Ils fondent les raisonnements opérés et légitiment les résultats produits. Si elle confère un cadre à la présente étude, l'approche théorique adoptée ne préjuge pas de la réponse définitive apportée aux questionnements théoriques soulevés **(a)**. En interaction croisée avec ce cadre théorique, l'approche épistémologique retenue se veut positiviste, sans s'inscrire dans un normativisme strict. Sceptique et exploratoire, elle donne un cadre fécond à la production de connaissances sur la réalité positive de l'objet **(b)**.

a – Le choix stipulatif d'une théorie réaliste modérée

32. Adopter préalablement à tout développement une théorie du droit, qu'il s'agisse d'une simple orientation théorique générale ou d'un édifice théorique sur-mesure, revient à doter l'étude à venir de présupposés clairs, cohérents et féconds. Conformément à la logique déployée jusqu'ici, les éléments discutés seront ceux strictement nécessaires pour entreprendre les développements et à leur conférer un cadre. Surtout, de manière cohérente avec les ambitions théoriques de cette étude, la démarche empirique qui est la sienne et son positionnement sceptique, ils n'auront qu'une stricte valeur stipulative.

33. Au sein du positivisme juridique, deux grandes théories du droit s'affrontent¹¹⁴ : le normativisme, courant dominant et bien installé, et la théorie réaliste (ou plutôt, les théories réalistes), courant plus minoritaire, suscitant un intérêt croissant. Elles s'opposent

¹¹⁴ La controverse la plus célèbre en France opposa Michel Troper, principal représentant de la théorie réaliste de l'interprétation en France, et Otto Pfersmann, « pont » du normativisme contemporain (V. **PFERSMANN O.**, « Contre le néo-réalisme... », art. cit. ; **TROPER M.**, « Réplique à Otto Pfersmann », art. cit. ; **PFERSMANN O.**, « Une théorie sans objet... », art. cit.).

drastiquement sur deux questions fondamentales de la théorie du droit : l'ontologie du droit et de ses sources, et la nature de l'interprétation juridique.

34. Ces deux écoles apportent des réponses opposées sur l'ontologie de leur objet. Il faut distinguer deux débats : celui sur l'ontologie du droit, à l'aune de la célèbre distinction kelsénienne entre *sein* et *sollen*, et celui sur l'ontologie formelle, matérielle ou mixte des sources du droit.

34.1. La question de la nature factuelle ou idéale du droit est l'un des sujets majeurs de discorde en théorie du droit. D'un côté, la doxa juridique, qui se réclame du normativisme kelsénien, considère le droit comme un devoir-être (*sollen*), un discours immatériel prescrivant ce qui doit advenir, et non décrivant ce qui est. De l'autre, les tenants des théories réalistes de l'interprétation soutiennent une ontologie « empiriste » (Guastini) ou « expressive » (Troper), selon laquelle le droit appartient au monde des faits (*sein*) ou, *a minima*, relève conjointement du monde des faits et de celui des normes.

34.2. Ce questionnement sur l'ontologie du droit est indétachable de celui sur la nature formelle ou matérielle des sources du droit¹¹⁵. Pour les normativistes, le droit n'a pour source ou origine que lui-même. Il n'est du droit que parce qu'il s'inscrit dans un système prescriptif formel – le système juridique – qui remonte jusqu'à une hypothétique *grundnorm*, fondant elle-même la validité de l'ordre juridique tout entier¹¹⁶. Pour les réalistes, à l'opposé, la nature factuelle du droit implique qu'il soit en interaction causale avec les autres faits, relevant ou non du champ juridique. Les sources du droit sont donc exclusivement matérielles ou, selon une approche mixte partagée par certains théoriciens réalistes comme Alf Ross, à la fois formelles et matérielles¹¹⁷. Corollairement, si l'on explique la genèse et les effets produits par les normes en observant les relations causales à l'œuvre, alors les normes elles-mêmes doivent être perçues comme des faits.

35. L'enjeu de cette dispute va au-delà de simples considérations de théoriciens : les conceptions retenues du droit et des sources du droit ont des conséquences drastiques sur la nature, les finalités et l'étendue des missions de la science du droit. Se positionner sur les

¹¹⁵ Pour une généalogie historique des sources formelles et matérielles du droit, se référer à **JESTAZ P.**, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *Revue générale de droit*, vol. 27, n° 1, 1996, p. 5–19.

¹¹⁶ Pour une critique de la *Grundnorm* et pour une réflexion globale sur la hiérarchie des normes, des différentes théories qui s'affrontent aux oppositions entre les différentes hiérarchies, se référer à **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 51-58 et 67-86.

¹¹⁷ **ROSS A.**, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard et E. Matzner, Bruylant, LGDJ, La pensée juridique, 2004, 234 p., p. 23 et s.

questions de l'ontologie du droit et des sources du droit, c'est en fait – et surtout – déterminer si le droit doit être appréhendé comme un objet en relation causale avec les autres faits ou si, il doit être réputé ne trouver ni ses causes, ni ses effets dans le monde factuel.

35.1. Si le droit est un devoir-être, alors la science du droit doit se limiter à décrire son objet, c'est-à-dire le discours prescriptif des autorités normatives. Strictement formelle, la position normativiste sur la source du droit impose un refus pur et simple de reconnaître au droit des sources matérielles¹¹⁸, c'est-à-dire des faits – jurisprudence, usages ou encore contexte de la décision. Ne se situant pas sur le même plan, le droit et le fait ne peuvent être en interaction. Comme en témoigne Kelsen, cette position n'implique pas forcément un cognitivisme pur, dans lequel la décision juridique ne serait que la résultante d'une interprétation-connaissance détachée de toute considération extrajuridique¹¹⁹. Elle n'implique pas non plus de nier l'effet causal produit par l'existence des normes sur les comportements individuels ou collectifs¹²⁰. Mais pour le chercheur en droit, le résultat est le même : ces considérations doivent rester étrangères à sa réflexion ou, *a minima*, ne peuvent prétendre à un autre rang que celui d'élément d'éclairage auxiliaire.

35.2. À l'opposé, définir le droit comme un être, c'est impliquer qu'il soit appréhendé en interaction avec les autres faits, qu'ils soient juridiques (les normes en vigueur, la jurisprudence) ou extrajuridiques. Cette position a pour effet d'autoriser – si ce n'est d'exiger de – la science du droit qu'elle remonte le long de la chaîne causale qui conduit de la situation de fait au droit adopté, et ce, sans contredire la loi de Hume¹²¹. Autrement dit, l'ontologie expressive permet une étude des causes empiriques et explicatives de la création et de l'interprétation du droit¹²². Cette volonté des réalistes de donner au droit une définition plus

¹¹⁸ V. par ex. **TROPER M.**, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, Que Sais-Je ?, 2015, 4^e éd., 128 p., p. 86.

¹¹⁹ Notamment, Kelsen reconnaît tout à fait qu'au sein du cadre de l'énoncé, l'interprétation est « une fonction du vouloir », faisant appel à d'autres considérations, juridiques ou non. L'application impliquera notamment, pour Kelsen, les « normes de la morale, de la justice, jugements de valeur sociaux que l'on a coutume de désigner par des slogans : bien du peuple, intérêt de l'État, progrès, etc » (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 340).

¹²⁰ De nombreux théoriciens du droit, y compris normativistes, reconnaissent que la punition d'un comportement produit des effets sur les individus parce qu'ils ont « conscience de la norme ». Ainsi, chez Kelsen, c'est cette conscience de la norme qui va dissuader les individus d'agir, c'est donc déjà une relation de cause à effet, où la conscience de la prohibition entraîne la modification du comportement (V. **TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C.** (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant L.G.D.J., La pensée juridique, 2005, 203 p., p. 1-7, spéc. p. 4).

¹²¹ Énoncée simplement, cette loi dispose qu'un raisonnement à l'indicatif engendre une conclusion à l'indicatif et non pas à l'impératif.

¹²² Pour Michel Troper, les éléments du discours du droit peuvent être « traités comme des faits, qui sont ainsi dans des rapports de causalité soit entre eux, soit avec d'autres faits sociaux » (**TROPER M.**, *Le droit et la nécessité, op. cit.*, spéc. p. 3 et 9).

ouverte, permettant ainsi de l'analyser dans toute sa complexité, se double d'une critique frontale de la pauvreté engendrée par l'approche normativiste des sources du droit, qui limite, proportionnellement à sa rigueur logique, sa capacité à fonder une science du droit utile¹²³ et qui l'oblige à recourir à des présupposés théoriques encombrants¹²⁴.

36. Aussi, indépendamment de la question – peut-être insoluble – de la véracité de ces postures théoriques, il apparaît avec clarté que cette étude doit, pour atteindre ses objectifs, adopter de manière stipulative une ontologie empiriste mixte du droit et de ses sources.

36.1. Le choix d'une ontologie strictement normativiste du droit et des sources du droit ferait inmanquablement manquer à cette étude ses objectifs. Amputée de la capacité d'analyser le contexte de production et d'interprétation des énoncés, les considérations et les jeux de pouvoir qui les commandent, elle ne pourrait traiter pleinement de l'interprétation juridique et de la liberté des interprètes authentiques.

36.2. Pour penser l'interprétation juridique dans toute sa complexité et remplir sa finalité, cette étude doit adopter une ontologie empirique du droit et de ses sources. Pour autant, il n'apparaît pas judicieux d'adopter une position radicale. Retirer au droit le statut de discours prescriptif, pour n'y voir plus qu'une contrainte de fait générant une croyance dans son caractère obligatoire, ou encore mettre sur un même plan la normativité et la causalité reviendrait à priver cette étude de nombreux outils classiques – et éprouvés à de nombreux égards – de la science du droit normativiste. Et cela au profit d'une analyse « psychologisante » qui, peu fondée d'un point de vue positiviste, n'apporterait aucun bénéfice réel à la poursuite de ses objectifs.

36.3. Sur la base de ces constats, cette étude fait le choix d'une approche stipulative mixte de l'ontologie du droit et de ses sources, à la manière d'Alf Ross¹²⁵. Par droit, il faudra

¹²³ Alf Ross propose de nommer *loi tragique* la tendance des théories monistes sur la question des sources du droit à, de manière proportionnelle à leur rigueur logique, perdre la capacité de fonder une science du droit utile. Au nom de l'unité de pensée naissent les antinomies, la métaphysique et les fictions (*Introduction à l'empirisme juridique, op. cit.*, p. 23 et s.).

¹²⁴ VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit et préfacé par Véronique Champeil-Desplats, Leçons de théorie constitutionnelle, Paris, 2010 », *Jus Politicum*, n° 5, décembre 2010, en ligne : « [Cette approche] permet de sortir de l'hermétisme de la dualité du sein et du sollen, sans doute si pesante et dogmatique chez Kelsen qu'elle l'a contraint de recourir à un encombrant présupposé logico-transcendantal ».

¹²⁵ Alf Ross, éminent représentant du réalisme dit scandinave, reconnaît au droit une double nature idéale et factuelle. De manière cohérente avec son approche de l'ontologie du droit, il estime que les sources du droit appartiennent à la fois à la réalité en tant que processus historique et psychophysique, et au monde des normes. On ne peut ainsi réduire les sources du droit à l'un ou l'autre de ces aspects, qui doivent être analysés ensemble. La règle systématique possède la validité juridique, les facteurs libres et pratiques inarticulées entourent cette dernière comme une « atmosphère », en lui insufflant une « vie spontanée » (*Introduction à l'empirisme juridique, op. cit.*, p. 23 et s.).

entendre un discours prescriptif, c'est-à-dire produisant un devoir-être et non un être, qui, pris en tant que phénomène factuel, est le produit de sources à la fois formelles et matérielles.

37. La doctrine qui ne s'intéresse pas à la théorie de l'interprétation juridique distingue généralement deux approches : la théorie normativiste, incarnée par – une conception réductrice de l'œuvre de – Hans Kelsen¹²⁶, et la théorie réaliste, incarnée par Michel Troper. Or, comme l'a révélé l'état de la littérature sur l'interprétation juridique, cette opposition mène à un constat peu engageant. Préjuger de l'univocité rigide des énoncés interprétés, ou de leur absence d'effet contraignant sur l'interprétation juridique ne permet pas au chercheur, qu'il choisisse l'une ou l'autre de ces assertions, de produire une connaissance juridique utile des régimes d'exception.

38. Les propositions du champ de la théorie de l'interprétation sont heureusement plus riches. Pour les théoriciens du droit, il existe au moins trois positions sur l'interprétation¹²⁷ : la théorie cognitiviste (ou formelle), qui correspond à un normativisme extrême selon lequel interpréter se limite à connaître le droit applicable, la théorie sceptique (ou décisionniste ou réaliste stricte), selon laquelle l'interprétation est un acte de pure volonté sur le plan juridique, et une tierce voie : la théorie mixte, éclectique, intermédiaire ou réaliste modérée. Ces alternatives théoriques, plus fertiles, permettent de sortir de l'impasse et de dépasser ce débat polarisé sur l'interprétation-connaissance et l'interprétation-volonté. Elles sont de nature à conférer à notre étude une approche théorique stipulative capable de la mener vers ses objectifs.

39. Pour les tenants de cette position intermédiaire, qui comprendrait en réalité la majorité des juristes, notamment parmi ceux qui se définissent comme normativistes, l'interprétation est un processus à la fois actif et passif, qui conjugue acte de connaissance et acte de volonté. Cette cohabitation s'opère selon des modalités qui divergent sensiblement selon les théoriciens. Il convient, *a minima*, de distinguer schématiquement les positions kelsénienne et guastinienne.

39.1. Dans la théorie de l'interprétation de Hans Kelsen, l'interprète est libre de choisir l'interprétation qu'il souhaite donner d'un énoncé, mais son choix est réputé s'inscrire dans un cadre d'interprétations potentielles, qui sont identifiables par l'interprétation-connaissance. Ainsi, le discours du droit est-il partiellement indéterminé, et il revient à l'autorité interprétative, après avoir effectué dans son for intérieur une interprétation-scientifique, de

¹²⁶ Contrairement à ce qui est souvent cru et affirmé, le normativisme kelsénien ne consiste pas en un cognitivisme absolu, dans lequel le droit contiendrait toujours la réponse et où l'interprète n'exercerait pas de volonté. Les juristes qui se réclament de Kelsen sont souvent plus extrêmes que lui sur les questions touchant à l'interprétation juridique.

¹²⁷ Pour une présentation détaillée de ces trois grandes conceptions, se référer à **BRUNET P.**, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 311-327.

dissiper cette – dangereuse¹²⁸ – zone d’ombre de l’énoncé par une interprétation-authentique qui élira l’une de ces significations potentielles.

39.2. Riccardo Guastini opère une lecture critique de Kelsen et propose des pistes intéressantes pour dépasser sa conception de l’interprétation. Si elles sont discutées bien plus en profondeur par la suite, il est cependant nécessaire d’en livrer la substance dès maintenant. En premier lieu, il parvient à dépasser l’opposition dichotomique entre interprétation-scientifique et interprétation-authentique par une typologie tripartite entre interprétation-connaissance, interprétation-décision et interprétation-crédation. L’innovation consiste à distinguer les interprétations-authentiques qui résultent d’un acte de connaissance (interprétation-décision) et celles qui, résultant d’un acte de volonté détaché des potentialités de l’énoncé (interprétation-crédation), témoignent d’un exercice de la volonté sous une forme non contrainte¹²⁹. En second lieu, il insiste sur le caractère stipulatif et conventionnel de l’interprétation-connaissance. Contrairement à la théorie Kelsénienne, qui est certes d’un cognitivisme plus modéré que le tableau qui en est généralement dressé, mais qui laisse planer l’illusion d’une possibilité de connaissance objective des potentialités renfermées par les énoncés, Guastini met l’accent sur le caractère construit de toute tentative de délimitation du cadre de l’énoncé.

40. L’approche proposée par Guastini possède des atouts majeurs pour porter cette étude vers ses objectifs de connaissance scientifique et, au-delà, pour produire une connaissance empirique utile à la discussion théorique sur l’interprétation juridique.

40.1. Là où la théorie kelsénienne oblige à recourir à une fiction de présentation pour expliquer la filiation entre une interprétation-authentique « constructives » et le produit de l’interprétation-scientifique du droit, la typologie tripartite de Guastini paraît donner au chercheur une distinction efficace pour analyser les interprétations authentiques portées sur les régimes d’exception, en particulier en lui conférant la possibilité de rendre compte d’éventuelles gradations dans le rattachement d’une interprétation authentique à l’énoncé interprété. *In fine*, elle ouvre la voie à une critique scientifique des pratiques interprétatives dans

¹²⁸ Le dernier Kelsen reconnaît le caractère vague et indéterminé du droit, notamment de certaines dispositions constitutionnelles et met en garde contre les dangers qui y sont associés (V. not. **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 155-156).

¹²⁹ Ainsi, plutôt que de répondre à la question : « l’interprétation est-elle connaissance ou volonté ? », il préfère demander : « Quelles interprétations s’inscrivent dans le cadre ouvert par le texte, et quelles interprétations s’en affranchissent ».

un champ du droit, notamment en identifiant les abus interprétatifs dans la mise en œuvre des régimes d'exception, comme dans leur contrôle¹³⁰.

40.2. Surtout, en favorisant aussi bien l'analyse exploratoire et critique des liens qui unissent l'énoncé à l'interprétation authentique qui le prend pour objet, que la réflexion sur l'objectivité des reconstructions de sens opérée par la science du droit, la théorie guastinienne de l'interprétation est la compagne naturelle de cette étude. Elle constitue une base fertile à la construction d'une théorie de l'interprétation juridique empirique, sceptique envers ses propres assertions et utile à la science du droit.

41. Le choix stipulatif de l'approche guastinienne de l'interprétation ne préjuge pas de la théorie de l'interprétation juridique qui sera finalement retenue et amendée à l'issue de cette thèse, mais il joue pleinement sa fonction, en ouvrant la voie à une connaissance ample et riche du discours du droit et en favorisant une réflexion théorique capable, du fait de la flexibilité que lui confèrent ses présupposés, de se nourrir de tout résultat empirique. Il inscrit cette entreprise théorique dans une dynamique « bayésienne »¹³¹ et favorise une neutralité axiologique dont seul peut bénéficier celui qui est libéré de la crainte égotique de s'invalider lui-même.

b – Une approche épistémologique positiviste et sceptique

42. L'épistémologie est une discipline dont la nature intrinsèque et, *a fortiori*, la pertinence pour la science juridique sont sujettes à débat. Il est pourtant indispensable au juriste de questionner la valeur et les arcanes de la fabrication de la connaissance juridique qu'il prétend produire.

42.1. Littéralement « discours sur la connaissance », l'épistémologie trouve ses origines dans la philosophie et s'émancipe véritablement comme discipline à part entière avec le développement des sciences de la nature¹³². Son objet est de permettre une étude critique des méthodes, des postulats et, plus généralement, de la manière dont une science particulière

¹³⁰ La méthode de la théorie analytique du droit se révèle être un outil stimulant pour discerner la tentation parfois manipulatrice ou discrétionnaire des juges (V. **MERCIER J.**, « Le droit constitutionnel réinterprété. À propos de : R. Guastini, Leçons de théorie constitutionnelle, Dalloz, 2010 », *La Vie des idées*, 14 mai 2010, en ligne ; **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 235).

¹³¹ Le curseur entre interprétation-connaissance et interprétation-volonté, placé au centre par cette approche stipulative, pourra évoluer librement dans un sens ou dans l'autre, au fur et à mesure que les indices s'accumulent.

¹³² **BARRAUD B.**, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2016, 550 p., p. 181 et s.

produit une connaissance qu'elle tient pour scientifique¹³³. Si la possibilité de produire une connaissance véritablement scientifique en droit est discutable¹³⁴, une épistémologie appliquée aux sciences humaines et sociales est toutefois fondée. S'il existe une science du droit, alors il peut exister une discipline se consacrant à l'étude critique de la production du savoir juridique.

42.2. La réflexion épistémologique appliquée à la science du droit consiste avant tout à prendre conscience de ses présupposés, de ses croyances, de sa subjectivité et de ses biais, pour fiabiliser les résultats de l'étude et penser leur valeur – relative – de vérité. Partant de là, il est du devoir d'une étude ayant vocation à faire progresser la connaissance – comme une thèse de doctorat en droit – de questionner au préalable la nature et la portée de la connaissance qu'elle prétend produire¹³⁵.

43. L'approche épistémologique de cette étude est imprégnée des principes de bon sens de la science, communs à l'ensemble des démarches de production d'une connaissance prétendant à l'objectivité. Ils lui commandent de rechercher la précision, de traquer systématiquement l'erreur, de redouter les biais de confirmation et de s'exprimer avec la plus grande clarté possible¹³⁶. Comme l'écrit Bruno Bernardi, non sans un certain persiflage, « un traité de droit ne s'embarrasse pas d'élégance, une certaine lourdeur y est moins maladresse que rigueur »¹³⁷. Elle revendique aussi un certain pragmatisme, l'amenant à mesurer la valeur des outils et des méthodes de la science à leur caractère « payant » en termes de production de connaissance¹³⁸.

44. Plus spécifiquement, cette étude respecte les grands principes du positivisme juridique scientifique, en construisant son approche méthodologique sur la base des piliers du non-cognitivismes éthique radical et du principe de neutralité axiologique.

44.1. Le concept de « positivisme juridique » comporte, selon Michel Troper, trois acceptions qu'il faut soigneusement distinguer. Dans un premier sens, c'est un rapport

¹³³ Pour Albane Geslin, adopter une démarche épistémologie conduit notamment à se poser trois questions : qu'est-ce que la connaissance et qui y a-t-il à connaître ? Comment la connaissance est-elle constituée ? Comment apprécier la valeur ou la validité de la connaissance produite ? Ce sont les questions gnoséologiques, méthodologiques et axiologiques (« L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in **SERGUES B.** (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Actes de colloques de l'IFR, 2016, 218 p, p. 81-82) ; V. aussi *Le petit Larousse illustré 2011*, entrée « épistémologie ».

¹³⁴ Si la réponse à cette question dépend grandement de l'ontologie du droit adoptée, il ne faut toutefois pas imaginer qu'à l'instar des sciences exactes et naturelles, la science du droit puisse produire une connaissance certaine. Fondamentalement, le droit est un phénomène humain, une création politique, sociale et langagière.

¹³⁵ **BARRAUD B.**, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, op. cit., p. 188-190.

¹³⁶ **BOILEAU N.**, *Art poétique*, Chant I, v. 147-207 : « Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement, et les mots pour le dire arrivent aisément ».

¹³⁷ **BERNARDI B.**, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Vrin, Chemins philosophiques, 128 p., p. 88.

¹³⁸ Pour une réflexion sur le pragmatisme dans l'épistémologie et la méthode comparée, V. **TUSSEAU GU.**, « Sur le métalangage du comparatiste », *Revus*, n° 21/2013, 2013, p. 91–115, en ligne.

scientifique à la connaissance, visant à fonder la science du droit sur le modèle des sciences empiriques. Dans un second sens, c'est un ensemble d'assertions sur ce qu'est le droit. Enfin, dans un troisième sens, c'est une idéologie prônant l'obéissance au droit positif¹³⁹. Seule la première acception, celle du positivisme juridique « scientifique », relève de l'épistémologie et sera prise en compte dans l'approche de cette étude.

44.2. Le positivisme juridique scientifique – ci-après, le positivisme – est fondé sur un ensemble de principes qui, trouvant leurs prémisses dans le mouvement positiviste en philosophie, ont été ultérieurement développés et généralisés dans l'ensemble du champ scientifique. Succinctement, une science du droit positiviste a une conception « moniste »¹⁴⁰ de son objet – le droit. Elle y voit une réalité positive, un objet observable dénué de toute transcendance. La conformité du droit à la morale ou au droit naturel est, dès lors, pleinement étrangère à une science du droit qui a pour seule mission de décrire ce qu'elle peut observer.

44.3. Ce courant de pensée est aujourd'hui indissociable de la science du droit. Cela signifie, d'une part, que l'immense majorité des scientifiques du droit – comme des théoriciens du droit¹⁴¹ – se réclament du positivisme et, d'autre part, que la dogmatique juridique ou le jusnaturalisme sont en dehors de son champ. Une épistémologie positiviste repose sur deux piliers, dont la terminologie varie selon les auteurs, mais dont la substance est partagée. Chez Riccardo Guastini, il s'agit du « non-cognitivism éthique radical », principe selon lequel les valeurs n'ont pas leur place dans un discours scientifique descriptif, et de la « neutralité axiologique », principe qui implique du chercheur de s'abstenir de prendre position sur la réalité décrite¹⁴².

45. Le premier pilier du positivisme limite les objets et les matériaux qui peuvent être pris en compte par un discours scientifique sur le droit. Si le non-cognitivism éthique radical de cette étude implique de se garder de tout jugement de valeur sur son objet, il ne s'oppose pas,

¹³⁹ **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 33 et s.

¹⁴⁰ **VIALA A.**, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, n° 2/2011, 2011, p. 95-117.

¹⁴¹ Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Michel Troper et de nombreux autres théoriciens du droit sont de fervents défenseurs du positivisme juridique. En particulier, Kelsen est au fondement du renouveau de la science du droit au XX^e siècle, et la théorie pure du droit est le livre de chevet du positivisme juridique (V. **VIALA A.**, « Le positivisme juridique... », *art. cit.* ; Riccardo Guastini est, selon le même auteur, « connu (...) pour sa fidélité aux deux piliers épistémologiques du positivisme juridique ». Il en serait même « l'un des auteurs les plus représentatifs sur l'actuelle scène internationale » (*ibidem*) ; Toutefois, il faut remarquer que s'ils élisent et promeuvent le positivisme juridique comme fondement de la science du droit, ils ne peuvent cependant l'appliquer à leur propre œuvre théorique. La théorie du droit, en tant que méta-discours prescriptif sur le droit, ne peut être positiviste.

¹⁴² **VIALA A.**, « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », *art. cit.*

comme nous allons le démontrer, à une approche visant à éclairer son objet positif par le discours sur le droit et le contexte factuel de production des normes.

45.1. Le non-cognitivismisme éthique radical s'oppose à la construction d'un discours dogmatique sur l'objet étudié. Cet impératif contraste avec le traitement contemporain de la thématique des régimes d'exception. L'état de la littérature le révèle parfaitement, une part croissante de la doctrine juridique se livre à la critique de ces régimes, en dénonçant les effets délétères qu'ils produisent sur le vivre ensemble, le droit, l'État de droit et les principes démocratiques. Si, dans le cadre d'une production doctrinale dogmatique, de tels critiques sont nécessaires, le non-cognitivismisme éthique radical les proscrit à une démarche se voulant scientifique. Aussi, cette étude se garde de prôner l'interprétation qu'il faut avoir d'une disposition sur la base d'un jugement de valeur, de prescrire la durée optimale d'une prorogation, de déterminer quelle interprète est légitime à agir ou de prendre part au débat politique sur la juste balance entre sécurité et liberté. Pour les mêmes raisons, elle manipule avec prudence les concepts nébuleux d'État de droit, de démocratie ou de droits et libertés fondamentaux, mal définis et naturellement passionnés, qui sont de nature à affecter l'objectivité de la démarche. Enfin, elle est indifférente à tout jugement de valeur sur le concept de régime d'exception, qu'il soit positif ou négatif.

45.2. Ce principe fondamental du positivisme juridique implique, au contraire, de rendre compte du droit positif à travers un discours descriptif le prenant pour objet. Cela est intimement lié à son présupposé fondamental selon lequel le discours du droit, de nature prescriptive, n'est pas réfutable ou falsifiable¹⁴³, alors que le discours sur le droit, composé d'assertions indicatives visant à la connaissance d'un droit observable, peut au contraire être réfuté ou falsifié¹⁴⁴.

45.3. Ce principe pose la question de l'étendue des objets et des matériaux de la science du droit. Le normativisme de type kelsénien envisage l'explicitation du droit positif comme nécessairement autoréférencée : une norme juridique ne se décrit qu'au moyen d'autres normes. Cette description peut amener à réfuter d'autres assertions scientifiques du discours sur le droit, susceptibles d'être vraies ou fausses, mais le seul matériel à la disposition du

¹⁴³ Pour Kelsen, les normes juridiques ne peuvent être ni vraies ni fausses parce qu'elles constituent des prescriptions, c'est-à-dire des ordres, des commandements, des permissions, des habilitations (*Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 82).

¹⁴⁴ Se référer à *id.*, p. 79 ; **HAMON F., TROPER M.**, *Droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, 36^e éd., 833 p., p. 37 ; **TROPER M.**, *La philosophie du droit, op. cit.*, p. 27 et s.

normativiste est le droit positif. L'approche épistémologique de cette étude n'est pas, à cet égard, normativiste. Si elle a bien pour objet de décrire le discours du droit en respectant tous les piliers du positivisme juridique¹⁴⁵, elle estime nécessaire de recourir, pour cela, à des matériaux extérieurs aux seules normes du droit positif, qui seront exposés lorsque sera présentée la méthode de l'étude. Ainsi, le positivisme de cette étude se différencie du positivisme kelsénien par une primauté mise sur l'intérêt scientifique de la démarche, au détriment de l'idéal de pureté et d'autonomie de la science juridique.

45.4. Il amène enfin à questionner le statut de la prédiction juridique. Pour certains théoriciens réalistes comme Alf Ross, la prévision serait le moyen d'accomplir la finalité même de la science du droit¹⁴⁶. Néanmoins, pour Hans Kelsen comme pour Riccardo Guastini, la prédiction – ou prévision, certains auteurs leur attribuent des sens distincts – n'appartient pas au champ du discours scientifique sur le droit, notamment du fait de faiblesses logiques et pratiques qui limitent sa valeur de vérité¹⁴⁷. Cette étude souscrit à une position intermédiaire, similaire à celle de Karl Popper en philosophie des sciences¹⁴⁸, selon laquelle il s'agit d'un moyen utile à la science pour tester la véracité de ses assertions. Pour autant, elle n'estime pas nécessaire de produire des prédictions, même si, indéniablement, les hypothèses formulées au début de l'étude ont été confortées ou dévalorisées au gré de l'actualité brûlante du sujet.

45.5. Le second pilier du positivisme juridique exige du chercheur qu'il adopte une position de neutralité axiologique vis-à-vis de son objet. La place du sujet connaissant dans le processus cognitif est une interrogation de toujours de la philosophie des sciences¹⁴⁹. Selon la célèbre formule de Weber, la neutralité éthique, ou « Wertfreiheit », impose de s'abstenir de prendre position face à la réalité observée. Au moins depuis Hans Kelsen, qui a fait de la

¹⁴⁵ Prendre en compte d'autres matériaux que le discours du droit, ce n'est pas se contenter d'un positivisme « au sens faible », au sens que donne le professeur Jean-Marie Denquin à cette expression et dont la lecture assimile positivisme « au sens fort » et normativisme. Il tient en effet le propos suivant : « ce que l'on pourrait appeler le positivisme au sens fort n'est pas non plus satisfaisant. Car rêver d'une complétude du droit garantie par son autofondation est une illusion (...) Le droit ne peut se penser qu'en relation avec autre chose que lui. Il faudrait construire, sans tomber dans le pur sociologisme qui supprime l'objet pour l'expliquer, un positivisme au sens faible » (DENQUIN J.-M., « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, décembre 2008, en ligne).

¹⁴⁶ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 11-13.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Selon Karl Popper, la prédiction est scientifique dans la mesure où « les méthodes [de la science] consistent toujours à offrir des explications causales déductives et à les tester par le moyen de la prédiction » (*Misère de l'historicisme*, Plon, 1988, p. 165, cité par MEUNIER J., « Contraintes et stratégies en droit constitutionnel », in TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C. (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., p. 189).

¹⁴⁹ V. GESLIN A., « L'importance de l'épistémologie pour... », art. cit., p. 97.

neutralité axiologique le noyau central de la partie épistémologique de sa *Théorie Pure du Droit*¹⁵⁰, la communauté des chercheurs en droit ne remet presque jamais en cause la nécessité pour le chercheur d'adopter une position de neutralité dans ses travaux scientifiques. Pour autant, la portée pratique de cet impératif ne fait aucunement consensus.

45.6. Si, pour certains auteurs comme Michel Troper, la science du droit doit s'astreindre à une neutralité axiologique absolue¹⁵¹, la majorité des auteurs s'accordent à dire que la question relève moins de ce qui devrait être que de ce qui peut être atteint. Comme l'écrivait si justement Saint-Augustin, « tel est l'amour de l'homme pour la vérité que, même s'il aime autre chose, il veut à tout prix que cette chose soit la vérité »¹⁵². L'idéologie, les préjugés et l'expérience première du monde qui définissent le chercheur en tant qu'être connaissant sont autant d'obstacles indépassables à la production d'une connaissance scientifique désobjectivée¹⁵³. Ce qui est à la portée du scientifique du droit, c'est de faire son possible pour s'approcher de la vérité objective, par la critique de ses propres croyances¹⁵⁴ et par la résistance à la tentation de présenter ses présupposés comme objectifs et évidents¹⁵⁵. En ce sens, et parce qu'elle rejette l'idée même de la possibilité de produire une observation « neutre, universelle et anhistorique » de son objet, l'épistémologie de cette étude peut être qualifiée de « conventionnaliste »¹⁵⁶.

¹⁵⁰ VIALA A., « Le positivisme juridique... », art. cit.

¹⁵¹ GESLIN A., « L'importance de l'épistémologie pour... », art. cit., p. 99-100.

¹⁵² SAINT-AUGUSTIN, *Les confessions*, Tome II, Livre IX-XIII, Belles lettres, Bude Serie Grecque, 1969, 412 p., X, 34 : « *Sic amat veritas, ut, quicumque aliud amat, hoc quod amat velint esse veritatem* ».

¹⁵³ Selon Gaston Bachelard, il existe un obstacle épistémologique qui constitue une cause de stagnation, de régression, une cause d'inertie dans l'évolution de la connaissance scientifique. Cet obstacle est constitué de prénotions et de préjugés qui, non conscients, entravent la constitution de la connaissance. Le premier de ces obstacles est l'expérience première du monde. Les connaissances scientifiques doivent ainsi être « volontairement détachées de l'expérience immédiate et même en polémique ouverte avec les réalités premières » (*La formation de l'esprit scientifique*, 1934, p. 23-54).

¹⁵⁴ POPPER K. R., *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, trad. M. Irène et M.B. De Launay, Payot & Rivages, Rivage poche/ Petite Bibliothèque, 1998, 160 p., p. 31 : « Pour rechercher la vérité, la meilleure méthode consiste peut-être à commencer par soumettre à la critique nos croyances les plus chères ».

¹⁵⁵ Voir à ce sujet BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998, p. 25, cité par V. CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, 438 p., p. 25 ; BLANC N., « Le re-cours à l'interdisciplinarité doit-il être normatif ? Recherche sur la notion de contextes épistémologiques », in BOTTINIE ET AL (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014, 224 p.

¹⁵⁶ V. par ex. TUSSEAU GU., « Sur le métalangage du comparatiste », art. cit.

45.7. Cette neutralité axiologique « à hauteur d'homme »¹⁵⁷, qui s'apparente avant tout à un devoir de modestie et d'honnêteté intellectuelle¹⁵⁸, rend exigible du scientifique en droit qu'il mène une réflexion préalable sur sa propre subjectivité, c'est-à-dire qu'il sache d'où il parle, qu'il prenne conscience des croyances qui modèlent sa vision du monde et qu'il ne prétende pas produire des résultats plus neutres et impartiaux qu'ils ne le sont. Il est aussi nécessaire qu'il en livre les résultats de ce travail introspectif au lecteur, qui sera ainsi à même de juger par lui-même du crédit qu'il confère à chaque assertion avancée. L'auteur du présent travail de recherche tient ainsi à signaler au lecteur qu'il occupe depuis mars 2022 un poste contractuel au sein de la 3^{ème} chambre du Tribunal administratif de Lille, compétente notamment en matière de police administrative. Ceci excepté, il n'occupe ou n'a pas occupé d'autres fonctions ayant un lien avec le sujet traité, n'appartient à aucune formation politique, syndicale ou associative. Enfin, à titre personnel, il n'est ni hostile au principe des états d'urgence et aux restrictions qu'ils entraînent pour les droits et libertés, ni complaisant avec leurs dérives.

46. Au sein du cadre général imposé par le choix d'une approche positiviste, le chercheur dispose d'une certaine liberté dans l'angle et dans les finalités spécifiques qu'il confère à son étude, au regard des spécificités du sujet révélées par un travail préalable, mais aussi au regard de sa propre compréhension des finalités de la recherche scientifique. En ce sens, la présente étude se réclame d'un rapport sceptique au réel.

46.1. Fondamentalement, une démarche de pensée sceptique trouve sa source dans la volonté de repousser les frontières du connu et du compris, en particulier en questionnant ce qui est tenu pour évident. Le philosophe Bertrand Russell l'exprime parfaitement, en prônant le « doute libérateur », en réhabilitant « l'incertitude » de la pensée comme une valeur cardinale et en mettant en garde contre une « tyrannie de l'habitude » qui paralyse la réflexion¹⁵⁹. Parmi les penseurs qui ont pleinement embrassé une démarche sceptique, l'on retrouve les « maîtres du soupçon »¹⁶⁰, à savoir Nietzsche, Marx et Freud, mais aussi Descartes ou Michel Foucault.

¹⁵⁷ Il est vain d'espérer une neutralité axiologique plus rigoriste. D'une part, les écueils de la subjectivité sont « proprement inévitables et consubstantiels à la curiosité humaine. » (BÉCHILLON (DE) D., « La valeur anthropologique du Droit. Éléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD Civ.*, 1995, p. 835 et s.) ; D'autre part, toute interprétation du discours-objet est porteuse de valeurs idéologiques (SÉGUR PH., *La Ve République*, Ellipses, Mise au point, 2^e éd, 2013, 208 p., p. 53).

¹⁵⁸ HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 42 : « Celui qui énoncerait des jugements de valeur et qui prétendrait le faire en vertu de ses compétences scientifiques commettrait tout simplement une escroquerie intellectuelle ».

¹⁵⁹ Lire avec profit RUSSELL B., *Problèmes de philosophie*, chapitre XV.

¹⁶⁰ L'expression est de RICŒUR P., *De l'interprétation*, Seuil, Points-Essais, 1965, 586 p.

46.2. Dans le champ du droit, les partisans d'une « herméneutique du soupçon »¹⁶¹ se donnent ainsi pour objectif de rompre avec les apparences des phénomènes juridiques, et en particulier, avec la manière dont les autorités normatives expriment et justifient leurs choix¹⁶², de « décrypter les secrets de fabrication du droit et les dessous de sa force instituante »¹⁶³ et de questionner les paradigmes dominants. C'est, par excellence, la démarche des partisans des théories réalistes et décisionnistes, aussi appelées théories « sceptiques » par certains théoriciens du droit¹⁶⁴.

46.3. Conformément à cette perspective sceptique, les développements de cette étude s'axent tout particulièrement sur les incohérences et les failles logiques des raisonnements employés dans les différents niveaux du discours juridique. Ainsi, la description positiviste du contexte de création et d'application, de l'interprétation juridique et des justifications des décisions prises sur les régimes d'exception a pour objet de mettre à nu la pratique réelle de ces dispositifs de crise. Les assertions du discours sur le droit sont confrontées aux observations empiriques, pour tester leur validité, éprouver leur capacité descriptive du réel et faire émerger de nouvelles pistes de compréhension du phénomène étudié. Enfin, le constat initial de l'inadéquation des modèles théoriques dominants sur l'interprétation motive une remise en cause sceptique de ces paradigmes, conforme aux préconisations de la *Théorie des paradigmes* de François Ost¹⁶⁵, elle-même héritière de *La structure des révolutions scientifiques* de Thomas S. Kuhn¹⁶⁶. En questionnant sans complaisance les différentes théories de l'interprétation et en

¹⁶¹ TUSSEAU GU., *Jeremy Bentham : La guerre des mots*, Paris, Dalloz, Les sens du droit, 2011, 186 p., p. 79 : « Alors que l'herméneutique peut être comprise comme la restauration, charitable et fidèle, du sens que les objets présentent spontanément, l'herméneutique du soupçon prétend rompre avec les apparences qu'offrent les phénomènes ».

¹⁶² CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, op. cit., p. 25 ; BÉCHILLON (DE) D., « La valeur anthropologique du Droit... », art. cit., p. 835 et s. : « Il ne faut pas trop croire ce que le Droit dit de lui-même lorsqu'il explique ses choix et ses finalités ».

¹⁶³ CAIRE A.-B., « Fictions et présomptions », in CAIRE A.-B. (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, LGDJ-Lextenso, Actes de colloque, 2015, 198 p., p. 123.

¹⁶⁴ V. par ex. BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 313-315.

¹⁶⁵ François Ost suggère au chercheur, quels que soient ces sujets de recherche, de procéder ainsi : « (i) d'identifier le système dominant d'idées dans un domaine (définir les contours du paradigme) ; (ii) de repérer les éventuelles « anomalies » qui pourraient montrer les limites du caractère explicatif du paradigme, voire l'infirmer ; (iii) d'identifier les éventuelles réactions de la doctrine (des juges, des législateurs ...) face à ses anomalies et les évaluer ; (iv) de prendre position sur l'aptitude du paradigme à résister à cette mise en question ou sur la nécessité de lui substituer un cadre théorique plus englobant ou plus explicatif » (V. par ex. OST F., « La thèse de doctorat en droit : du projet à la soutenance », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle*, vol. 1-2, n° 66, 2006, p. 5-23).

¹⁶⁶ KUHN T. S., *La Structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1983 (1^{ère} éd. 1962, révision 1970), 284 p.

les mettant devant leurs lacunes, il devient possible d'en révéler les insuffisances et de suggérer, le cas échéant, un changement de paradigme.

§5 – Méthode et sources de l'étude

47. Cette étude adopte un *modus operandi* essentiellement inductif¹⁶⁷. De la reconstruction sémantique de la notion juridique d'état d'urgence à l'élaboration d'une théorie de l'interprétation juridique, elle appuie ses assertions sur l'analyse préalable de matériaux observables, sélectionnés selon un double critère pragmatique et scientifique. Sont distingués la méthode générale de l'étude, fondée sur l'analyse croisée et contextualisée des discours juridiques (a) et les outils spécifiques qu'elle mobilise pour l'élaboration conceptuelle et la comparaison juridique (b).

a – Une analyse croisée et contextualisée des discours juridiques

48. Pour satisfaire pleinement l'objectif premier de la science du droit (produire une connaissance scientifique de l'objet positif), tout en respectant les deux piliers du positivisme et l'approche théorique stipulative qu'elle adopte, cette étude entend faire usage d'un arsenal méthodologique complet. Elle propose d'enrichir le produit de l'analyse normativiste classique, celui d'une analyse autoréférencée du discours du droit, par une analyse croisée du discours sur le droit des acteurs juridiques, du discours doctrinal sur le droit et les éléments contextuels déterminants entourant la production et l'interprétation authentique des énoncés. L'ensemble des matériaux exploités est inventorié dans l'index correspondant¹⁶⁸.

49. Dans un premier temps¹⁶⁹, cette étude rend compte du discours normatif pris pour lui-même, c'est-à-dire qu'elle propose une analyse immédiate des normes et les énoncés du droit positif, au moyen d'outils communément admis par les positivistes issus des courants normativistes ou réalistes modérés.

¹⁶⁷ La seule partie déductive de cette étude se situe dans le choix de prémisses théoriques, épistémologiques et méthodologiques, qui influent nécessairement sur l'analyse empirique et sur les résultats qu'elle produit. Il faut réaffirmer, à cette occasion, que ces choix ne sont pas posés comme naturels (cf. *supra*, n° 32 et s.).

¹⁶⁸ Cf. *infra*, Index juridique et jurisprudentiel.

¹⁶⁹ Cette présentation de la division en temps de la méthode témoigne de l'organisation effective du travail de recherche et d'analyse, mais ne signifie pas que ces temps apparaîtront de manière cloisonnée dans le corps de l'étude. Les développements définitifs sont organisés de manière thématique et non conformément au plan de travail.

49.1. La méthode mobilisée fait appel aux outils classiques de l'analyse normative, partagée par l'ensemble des juristes positivistes. Ainsi, conformément à l'approche positiviste classique héritée de Kelsen¹⁷⁰ et reprise par des auteurs comme Riccardo Guastini dans son énonciation des façons « idéales-types » de faire de la science du droit¹⁷¹, cette étude met au centre de sa démarche de connaissance du droit positif l'explicitation des normes. Premièrement, elle a pour ambition de rendre compte du contenu sémantique et de la signification des normes. Conformément aux préconisations de Riccardo Guastini, qui, rappelons-le, propose une ontologie empirique du droit comme un « fait linguistique », cette description normative se fera principalement au moyen des outils de l'analyse du langage juridique, que sont la clarification du vocabulaire normatif, la distinction des différentes significations des termes juridiques ou l'identification des fonctions qu'ils occupent¹⁷². Deuxièmement, elle consiste à révéler l'articulation et la mise en rapport des normes les unes par rapport aux autres, d'identifier les contradictions logiques entre les normes et, finalement, de systématiser ces observations et d'en tirer des assertions propres à expliciter la réalité positive observée.

49.2. Cette analyse s'attelle aussi, au moyen de ces mêmes outils, à l'interprétation *in abstracto* des énoncés. Il faut le préciser car, s'il paraît naturel d'intégrer à l'objet de l'analyse positiviste les énoncés juridiques, ce que les études prenant pour objet les régimes d'exception font déjà dans leur majorité¹⁷³, certaines approchent s'y refusent, notamment parmi les tenants

¹⁷⁰ Dans la perspective du normativisme kelsénien, la science du droit remplit une double mission : celle d'identifier et d'explicitier les significations des normes et celle d'identifier et de construire des méthodes pour situer et résoudre les contradictions entre les normes. V. **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 82 et s. ; **NGUYEN T. H.**, *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 42-43.

¹⁷¹ Selon Riccardo Guastini, il y a trois façons *idéales-typiques* de faire de la science du droit positiviste : rendre compte du contenu des énoncés et des normes qu'ils peuvent signifier (et de manière plus sophistiquée, les mettre en rapport, les systématiser ; isoler les caractéristiques structurelles du discours juridique par rapport à d'autres énoncés (ex : les normes juridiques sont valides si elles respectent la procédure définie par une norme supérieure) ; repérer les déclinaisons du langage du droit et sur le droit à un moment donné (ex : Cette constitution est rigide si on entend par rigide « z »). Alors que la première mission du chercheur à une portée essentiellement pratique, les deux secondes relèveraient de la théorie du droit. Se référer à **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Présentation », in **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 13-14.

¹⁷² V. **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Présentation », in **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 8-9 ; **VIALA A.**, « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit. ; Pour mener à bien cet objectif, cette étude s'astreint à une véritable discipline d'écriture, consistant notamment à sacrifier les variations littéraires au profit de la clarté du discours, c'est-à-dire, à préférer la répétition d'un mot rigoureusement défini à l'utilisation stylistique d'un quasi-synonyme (V. not. **CORNU G.** (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 105-106 et p. 308).

¹⁷³ En Espagne, l'étude *in abstracto* des régimes d'exception est particulièrement développée. Ainsi, la monographie d'Alvaro Sedado Lorenzo ne fait usage d'aucune jurisprudence (*El estado de alarma y la justicia militar...*, *op. cit.*), l'étude de Pedro Cruz Villalón est parue avant toute application d'un régime d'exception depuis la Constitution de 1978 et propose des analyses *in abstracto* très complètes (*Estados excepcionales...*, *op. cit.*), et

des théories réalistes françaises ou scandinaves. En effet, conformément à leurs présupposés fondamentaux, selon lesquels les énoncés n'ont aucun sens juridique prédéterminé est juridiquement libre de son interprétation, il est vain de proposer une connaissance scientifique de leur contenu¹⁷⁴. Au contraire, Kelsen comme Guastini font de l'étude des significations potentielles renfermées par les énoncés juridiques – et donc de l'élaboration de leurs cadres interprétatifs – l'un des outils essentiels de la science du droit. Au vu des présupposés réalistes modérés et des objectifs spécifiques de cette étude, la description des énoncés juridiques y revêt une place tout aussi centrale que celle des interprétations authentiques (ou normes) du droit positif, en permettant d'éclairer les comportements interprétatifs des acteurs juridiques des états d'urgence vis-à-vis des textes interprétés et, *in fine*, d'élaborer une théorie de l'interprétation assise sur des bases empiriques.

49.3. Les matériaux positifs mobilisés à cette occasion¹⁷⁵ sont, pour les premiers, des interprétations authentiques et, pour les seconds, des énoncés juridiques. Au sein de la première catégorie, il faut distinguer les actes d'application et les actes de contrôle. Les actes d'application des états d'urgence relevant des catégories des décrets, des décrets-royaux et des accords parlementaires – déclaration, prorogation (uniquement en Espagne) et cessation – font l'objet d'une étude se voulant exhaustive dans le champ spatial et temporel considéré. Il en est de même pour les arrêtés et les ordonnances qui assurent la même fonction dans les territoires d'outre-mer français. Les autres normes d'application ne sont analysées que très ponctuellement et à titre illustratif. Les décisions juridictionnelles portant sur les états d'urgence ne peuvent, logiquement, toutes être traitées. Au total, une centaine de décisions font l'objet d'un examen approfondi. Elles sont issues, pour un peu moins de la moitié, des juges constitutionnels – Conseil constitutionnel et Tribunal constitutionnel – et, pour la majorité, des hautes juridictions compétentes en matière d'actes administratifs – Conseil d'État et Tribunal suprême. Les décisions juridictionnelles d'un niveau inférieur ne sont évoquées qu'à titre accessoire. Au sein de la seconde catégorie, l'ensemble des dispositions constitutionnelles et

les analyses constitutionnelles de référence sur l'article 116 proposent des analyses approfondies des énoncés pris isolément (ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, *op. cit.*).

¹⁷⁴ Le réaliste tropézien ne connaît pas de violation de la Constitution. (MEUNIER J., « Contraintes et stratégies en droit constitutionnel », art. cit., p. 191) ; Le réaliste scandinave analyse la langue du droit comme « constitutive ou performative » et donc comme ne permettant pas la connaissance (MILLARD É., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », in TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C. (dir.), *op. cit.*, p. 145).

¹⁷⁵ Cf. *infra*, Index juridique et jurisprudentiel.

législatives des systèmes juridiques français et espagnols relatives au régime des états d'urgence identifiés au moyen du test d'appartenance font l'objet d'une analyse exhaustive.

50. Dans un second temps, cette étude propose une analyse croisée du discours du droit et des discours sur le droit de la doctrine et des acteurs juridiques¹⁷⁶, dans une perspective contextualisée¹⁷⁷. La connaissance conférée par l'analyse du droit positif pris isolément n'est que partielle, en ce qu'elle fait abstraction de l'ensemble des considérations qui l'entourent et déterminent son contenu. Aussi, cette démarche complémentaire répond, d'une part, à une volonté de cohérence avec la théorie stipulative adoptée, qui tient l'interprétation juridique comme nourrie de facteurs juridiques et extrajuridiques et reconnaît le double caractère formel et matériel des sources du droit et, d'autre part, aux spécificités du sujet, qui impliquent une démarche suffisamment ouverte pour comprendre l'objet étudié : la prédominance de l'acteur juridique et des rapports de pouvoir dans la pratique des états d'urgence¹⁷⁸, l'importance déterminante du contexte factuel dans cette même pratique¹⁷⁹ ou la richesse du discours doctrinal au sujet des régimes d'exception. Il faut préciser les modalités et la portée de la méthode proposée concernant le discours des acteurs juridiques, le discours des acteurs de la connaissance juridique et la contextualisation de ces discours.

51. D'abord, dans la lignée de l'appel lancé par Olivier Jouanjan¹⁸⁰, cette étude accorde une place première à l'analyse croisée du discours juridique du droit et des discours sur le droit

¹⁷⁶ Le discours sur le droit est principalement réduit à l'activité de la doctrine et de la science du droit. Pourtant, les acteurs juridiques aussi sont producteurs d'un discours descriptif sur le droit. C'est par exemple, dans le cadre de la prorogation d'un état d'urgence, le cas des assertions des parlementaires accessibles dans la retranscription des débats ou l'exposé des motifs de l'acte de prorogation.

¹⁷⁷ Cette perspective, adoptée par Émilien Quinart dans le cadre d'une approche d'histoire constitutionnelle, est parfaitement adaptée à l'étude de l'objet de cette thèse. Pour des références supplémentaires sur l'analyse croisée des discours, V. QUINART É., *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 -1958)*, thèse, sous la dir. d'E. Cartier, Université de Lille, 2019, 811 p., p. 57 et s.

¹⁷⁸ Les acteurs juridiques et leur volonté sont déterminants dans la création et dans la pratique des régimes d'exception. L'article 16 est la transcription juridique de la volonté du Général de Gaulle de ne pas infliger de nouveau à la France l'expérience de 1940, l'état d'urgence sécuritaire est intimement lié à la communication gouvernementale lors de la guerre d'Algérie, et l'article 116 résulte d'un compromis autour de l'héritage dictatorial, entre républicains et néo-franquistes. L'inscription dans la durée des états d'urgence contemporains s'explique par les contraintes qui ensèrent les acteurs politiques – le coût de sortie de l'état d'urgence – et par un rapport de force entre les acteurs – de l'action et du contrôle – favorable.

¹⁷⁹ Les régimes d'exception étudiés sont intimement liés au monde factuel. C'est l'existence de crises qui légitime la création et l'application, toujours modulaire en fonction du fait, de ces régimes qui questionnent la frontière entre droit et le fait.

¹⁸⁰ Cet auteur plaide pour une réhabilitation de l'acteur juridique dans la science et dans la théorie du droit. V. JOUANJAN O., « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales – Cahiers Vilfredo Pareto*, vol. XXXIX, n° 121, 2001, p. 55-64.

des acteurs juridiques. En particulier, elle s'intéresse aux discours parlementaires et juridictionnels sur le droit, ainsi qu'aux discours de justification accompagnant les normes.

51.1. La lecture des rapports et des débats parlementaires sur les états d'urgence permet de mettre à jour les motivations, le rapport à l'opération d'interprétation, les enjeux juridiques et les tensions qui expliquent les choix opérés dans l'élaboration et dans la mobilisation des énoncés des états d'urgence. Pris non plus comme acteurs normatifs, mais comme acteurs du contrôle, les échanges parlementaires renseignent sur l'effectivité du contrôle des interprétations authentiques d'application et, *in fine*, sur la liberté des interprètes. S'il est matériellement impossible à cette étude de mener une analyse exhaustive des rapports et des débats parlementaires (qui représentent, cumulativement, des milliers de pages de retranscription), cette étude analyse *a minima* une retranscription de débat pour chaque prorogation parlementaire d'un état d'urgence avec, en France, une volonté de représenter équitablement les deux chambres parlementaires. Les rapports parlementaires, tout comme les rapports et avis des juridictions suprêmes, sont appréhendés plus librement, en fonction de l'intérêt pour cette étude des développements qu'ils proposent.

51.2. Cette étude propose également de traiter de manière exhaustive des motivations juridiques présentes dans les normes analysées, qu'il s'agisse d'actes d'application (actes réglementaires et accords parlementaires) ou d'actes de contrôle. Les motivations juridiques et, plus largement, des justifications exprimées par les interprètes authentiques des états d'urgence constituent en effet l'un des rares matériaux empiriquement observables permettant, sur le plan théorique, de révéler le raisonnement des interprètes ou, du moins, celui qu'ils choisissent de présenter et, sur le plan scientifique, d'éclairer le sens, la finalité et l'articulation des normes juridiques.

52. Ensuite, l'analyse croisée de cette étude mobilise les discours sur le droit des acteurs de la connaissance, c'est-à-dire de la doctrine et de la science du droit, ainsi que le méta-discours sur le droit des théoriciens. Les auteurs et des œuvres qui intègrent et sont le plus représentés dans cette analyse relèvent moins de l'application d'une méthode que des choix opérés lors du cheminement intellectuel de l'auteur de cette étude. Certaines lectures doctrinales, scientifiques et théoriques occupent donc, naturellement, une place prépondérante.

52.1. Les assertions produites par la doctrine et par la science du droit font partie intégrante de l'analyse. Leur intérêt est justifié à deux niveaux. Sur le plan de la connaissance du droit positif, elles ont vocation à être utilisées, confrontées pour révéler leurs lacunes et, finalement, critiquées pour faire progresser la compréhension du phénomène empirique et

conceptuel d'état d'urgence. Sur le plan de la théorie du droit, elles constituent une ressource précieuse pour l'élaboration d'une théorie empirique de l'interprétation juridique, en particulier, en fondant une critique de la capacité de la doctrine à produire une connaissance utile de l'interprétation des états d'urgence. S'il fallait ne citer que trois œuvres, il s'agirait sans nul doute de l'ouvrage précurseur *Estados excepcionales y suspensión de garantías* de Pedro Cruz Villalón¹⁸¹, de *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique* d'Olivier Beaud et de Cécile Guérin-Bargues)¹⁸² et de l'article « L'urgence en droit constitutionnel » de Guillaume Tusseau¹⁸³.

52.2. La discussion critique des assertions produites par les acteurs de la théorie du droit constitue le fondement de l'analyse par la théorie stipulative adoptée, mais aussi le prérequis d'une nouvelle théorie de l'interprétation juridique, située dans le débat théorique, nourrie des réflexions de ses illustres devanciers et construite par la critique des assertions doctrinales qui la précèdent. Parmi les œuvres de théorie du droit qui ont fait l'objet d'une lecture particulièrement approfondie, il faut évoquer la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen¹⁸⁴, les *Leçons de théorie constitutionnelle* de Riccardo Guastini¹⁸⁵ et *La dictature* de Carl Schmitt¹⁸⁶.

53. Enfin, cette analyse croisée des discours du droit et des discours sur le droit ne prend sens que mise en perspective avec le contexte idéal, historique et politique qui préside à la production de ces discours. L'approche sera ainsi enrichie par des emprunts ciblés, modestes et à visée exclusivement exploratoire¹⁸⁷ aux outils d'analyse et aux résultats de disciplines appartenant au champ élargi du droit public, ou, *a minima*, entretenant des liens historiques avec les sciences juridiques. En particulier, le contexte idéal et factuel de l'agir normatif sera éclairé par des outils et des matériaux relevant à titre principal de l'histoire constitutionnelle, dont la pratique relève d'un véritable « devoir épistémologique » pour le constitutionnaliste¹⁸⁸,

¹⁸¹ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*

¹⁸² BEAUD O., GUERIN-BARGUES C., *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes, 2016, 204 p.

¹⁸³ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 105-146.

¹⁸⁴ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, *op. cit.*

¹⁸⁵ GUAISTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*

¹⁸⁶ SCHMITT C., *La dictature*, *op. cit.*

¹⁸⁷ L'objet juridique de cette étude est éclairé, lorsque c'est opportun, par des connaissances construites dans d'autres champs disciplinaires. Pour autant, cette étude ne prétend produire ni ne produit de connaissances dans ces mêmes champs. Il résulte de ces précautions épistémologiques et méthodologiques que cette étude ne doit pas être tenue pour interdisciplinaire, transdisciplinaire ou pluridisciplinaire.

¹⁸⁸ V. BARANGER D., « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », in HERRERA C.- M., LE PILLOUER A., (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Kimé, 2012, 198 p., p. 117-140.

mais aussi de l'histoire des idées, de la philosophie politique, de la science politique et de la sociologie. Les trois sources les plus déterminantes à ce titre sont indéniablement « Les trois types purs de domination légitime » de Max Weber¹⁸⁹, *La construction sociale de la réalité* de Peter L. Berger et Thomas Luckmann¹⁹⁰ et *La dictature de l'urgence* de Gilles Finchelstein¹⁹¹.

b – Des outils spécifiques aux analyses conceptuelles et comparées

54. Cette étude mobilise des outils issus de la linguistique juridique, et, plus particulièrement, de son versant sémantique, pour construire une notion juridique d'état d'urgence à la fois fondée empiriquement, opérationnelle pour la science du droit et capable de transcender les spécificités d'un ordre juridique donné pour trouver à s'appliquer à un objet comparé.

54.1. Conformément à la démarche générale de cette thèse et au vu des spécificités des mots qui composent cette notion¹⁹², une entreprise définitionnelle qui prend pour objet l'état d'urgence se doit nécessairement d'adopter une démarche inductive¹⁹³. La sémantique juridique, que Gérard Cornu qualifie de voie « la plus féconde » pour le juriste¹⁹⁴ et à laquelle l'école de Gênes donne une place première, offre un ensemble cohérent d'outils, une véritable méthode pour rendre compte de la réalité empirique des significations d'un mot. La méthode employée par cette étude se fonde sur l'ouvrage de référence *Linguistique juridique* du Professeur Cornu¹⁹⁵. Elle consiste à analyser la polysémie externe et interne de la notion d'état d'urgence, à la situer dans une série d'oppositions bilatérales, à la confronter à sa famille sémantique, à opposer son sens juridique et son sens courant ou encore, à distinguer sa dénotation de sa connotation.

¹⁸⁹ WEBER M., « Les trois types purs de la domination légitime », in *Sociologie* 2014/3 (Vol. 5), p. 291-302.

¹⁹⁰ BERGER P., LUCKMANN T., *La construction sociale de la réalité*, Armand Colin, Individu et société, 2008 [1966], 358 p.

¹⁹¹ FINCHELSTEIN G., *La dictature de l'urgence*, op. cit.

¹⁹² Aux titres de ces spécificités, il faut, en premier lieu, mentionner le caractère notoirement casuistique de l'urgence (TESTU F.-X., « Casuistique », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 169 et s.).

¹⁹³ C'est en ce sens que, dans sa contribution sur l'urgence en droit constitutionnel, le professeur Guillaume Tusseau s'attelle, avant même d'espérer apprécier l'existence d'une notion d'urgence renvoyant à « une réalité juridique déterminée », à caractériser la phénoménologie de son objet, soit l'ensemble des situations qualifiées d'urgentes par des acteurs juridiques (V. « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 111) ; Dans un même sens, V. CASSELLA S., *La nécessité en droit international...*, op. cit., p. 8.

¹⁹⁴ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 31.

¹⁹⁵ CORNU G., *Linguistique juridique*, LGDJ, Précis Domat, 2005, 456 p.

54.2. Une telle démarche permet, premièrement, d'aboutir à une définition connectée à la réalité empirique du terme, qui rend compte de la multiplicité des sens et des ambiguïtés qui la traverse, sans chercher artificiellement à les réduire. Deuxièmement, pour servir la science du droit et, en particulier, la délimitation précise du champ empirique de l'analyse juridique, elle sera transcrite en un test pondéré permettant de classer les régimes d'exception en fonction de leur proximité avec la notion juridique d'état d'urgence. Enfin, troisièmement, cette méthode est de nature à rendre de grands services à l'analyse comparative¹⁹⁶. Dans le cas de cette thèse, l'analyse sémantique permet de construire une notion juridique d'état d'urgence transcendant les significations spécifiques à un ordre juridique déterminé, celui de la France ou de l'Espagne, permettant ainsi une étude unifiée du droit positif dans une perspective comparée.

54.3. Cette entreprise définitionnelle s'appuie sur des matériaux de référence, qui permettront d'identifier les différentes significations de l'objet d'étude – l'état d'urgence – et des notions appartenant à son groupe ou à sa famille sémantique. Il s'agit, spécifiquement, du *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*¹⁹⁷ pour le contexte d'apparition et l'évolution des dénominations, du *Vocabulaire juridique*¹⁹⁸ en France et du *Diccionario panhispánico del español jurídico*¹⁹⁹ en Espagne pour une définition juridique de référence et, enfin, du *Dictionnaire numérique du Centre national de ressources textuelles et linguistiques*²⁰⁰, du *Dictionnaire de la culture juridique*²⁰¹ et du *Dictionnaire de philosophie politique*²⁰² pour l'approfondissement des significations des notions analysées. Pour la notion juridique d'état d'urgence, elle fait usage de sources complémentaires relevant, notamment, du champ de la linguistique²⁰³ et des typologies des régimes d'exception proposées par la doctrine²⁰⁴.

55. Alors que cette entreprise définitionnelle se limite, pour l'essentiel, à mobiliser des matériaux empiriques issus des langages du droit de deux systèmes juridiques, la connaissance scientifique des droits positifs français et espagnols implique, pour sa part, une véritable

¹⁹⁶ C'est la conviction de Gérard Comu (*Linguistique juridique, op. cit.*, p. 36).

¹⁹⁷ REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Vol. I et II, 1992., 2383 p.

¹⁹⁸ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, 1095 p.

¹⁹⁹ <https://www.dpej.rae.es/>

²⁰⁰ <https://www.cnrtl.fr/>

²⁰¹ ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, 1668 p.

²⁰² RAYNAUD PH., RIALS S., *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, Dictionnaire Quadriè, 2003, 928 p.

²⁰³ LEEMAN D., VAGUER C., « États "d'urgence" : "en urgence"... », art. cit.

²⁰⁴ En particulier, les typologies proposées par Pedro Cruz Villalón (*Estados excepcionales...*, *op. cit.*).

comparaison juridique²⁰⁵. Elle rend nécessaire de poser quelques jalons quant à l'approche méthodologique retenue, comme de discuter des outils issus des sciences comparées dont elle peut utilement s'emparer.

55.1. La comparaison juridique pose de sérieuses questions méthodologiques. Elle fait, en particulier, courir plusieurs risques majeurs au chercheur positiviste : celui, pour l'essentiel indépassable²⁰⁶, du relativisme culturel²⁰⁷ notamment au regard du prisme linguistique à travers lequel il perçoit le monde²⁰⁸, celui d'avoir une conception erronée de la nature ou des finalités des sciences juridiques comparées²⁰⁹, ou celui de commettre des « erreurs critiques »²¹⁰ lors de la nécessaire traduction de certains éléments du discours juridiques. Il est donc nécessaire de préciser la méthode mobilisée et les précautions méthodologiques qui l'entourent, en gardant à l'esprit que, dans cette étude, qui ne se réclame « de droit comparé » qu'à titre subsidiaire, les sciences comparatives ne sont qu'un moyen de connaissance, modeste et non systématique²¹¹.

55.2. Lorsque cette étude fait référence aux caractères les plus généraux des systèmes juridiques comparés, elle le fait à titre subsidiaire, pour éclairer leurs arsenaux et ainsi, poser le cadre des « micro-comparaisons » qu'elle entend ensuite diligenter. Ces dernières sont

²⁰⁵ Sur le droit comparé et les sciences comparatives, se référer à **CONSTANTINESCO L. J.**, *Traité de droit comparé*, t. 1, « Introduction au droit comparé », Paris, LGDJ, 1972 ; **DRAGO R.**, « Droit comparé », in **ALLAND D., RIALS S.**, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 453 et s. ; **PFERSMANN O.**, « Le droit comparé comme interprétation... », art. cit. ; **BARRAUD B.**, *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, op. cit., p. 91 et s. ; **LOYNESDE FUMICHON (DE) B.**, « Introduction au droit comparé », *Comparative Law Journal of the Pacific*, Ex Professo, Vol. II, 2013, en ligne ; **JALUZOT B.**, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 29-48 ; **TUSSEAU GU.**, *Droit comparé et théorie générale du droit. Notes sur quelques allers-retours aporétiques*, Hermann, Dikè, 2021, 94 p.

²⁰⁶ Sur « l'objection d'ethnocentrisme » dirigée contre l'idée même d'un métalangage comparatiste neutre et compréhensif, V. **TUSSEAU GU.**, « Sur le métalangage du comparatiste », art. cit.

²⁰⁷ Comme l'a écrit Pascal dans un extrait bien connu des *Pensées* : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-delà des Pyrénées, erreur au-delà » (Fragment Misère n° 9 / 24).

²⁰⁸ Selon la célèbre hypothèse Sapir-Whorf, prise dans une version modérée et plus largement admise, la façon dont nous percevons le monde est influencée par le niveau et les mots du langage que nous utilisons.

²⁰⁹ Selon Otto Pfersmann, plusieurs considérations erronées sont couramment associées au droit comparé. La première d'entre elles est qu'il serait un système juridique transnational. Rarement assumée telle quelle par les auteurs, cette considération sous-tendrait d'autres croyances : le droit comparé est une science qui permet d'unifier des droits différents ou d'anticiper l'unification inhérente à l'évolution des systèmes juridiques ; il se confond avec la science des droits étrangers ; cette science permet d'améliorer la solution des cas juridictionnels (« Le droit comparé comme interprétation... », art. cit.).

²¹⁰ La notion « d'erreur critique », attribuée au Professeur Blad Krytyczny, peut se définir comme une « erreur qui a pour effet une atteinte essentielle au sens du texte source ». Il s'agit d'erreurs méta-traductionnelles, d'erreurs d'interprétation, d'erreurs de traduction de structures de surface ou d'erreurs de réa lisation (V. **DURRM.**, *La notion de pertinence en traduction juridique bidirectionnelle français-allemand*, Université de Strasbourg, p. 399 et s.).

²¹¹ Cf. *supra*, n° 25 et s.

organisées selon une « grille conceptuelle abstraite et générale » sommaire²¹², lui permettant d'étudier, de manière systématique, les manifestations positives des états d'urgence. Ces comparaisons répondent à une méthode simple, consistant à identifier un aspect précis du droit positif qui soit comparable dans les deux ordres juridiques, à analyser les matériaux de chaque système juridique indépendamment, à mettre en perspective les résultats obtenus dans les deux systèmes juridiques étudiés et, finalement, avec les autres comparaisons effectuées, pour faire état de leurs similitudes et de leurs différences. Du fait de la globalisation des risques, à l'image de la récente pandémie de la Covid-19, les micro-comparaisons opérées se rapprochent parfois, de manière fortuite, de mobilisations de la « méthode fonctionnelle »²¹³. De plus en plus plébiscitée dans la science du droit comparé, car reconnue comme permettant à la comparaison de « naître d'elle-même »²¹⁴, cette méthode consiste à partir non pas des prévisions juridiques, mais d'une situation de fait fictive, et de rechercher dans les systèmes juridiques comparés les dispositions applicables²¹⁵.

55.3. Les comparaisons juridiques effectuées respectent, enfin, deux précautions méthodologiques. D'une part, les traductions de la langue espagnole vers la langue française – qui sont, sauf exception, le travail de l'auteur – sont doublées, dans le corps du texte ou en note de bas de page, du texte d'origine. Lorsque cela alourdirait de manière dispensable la lecture, il est, à défaut, fait un renvoi précis au texte d'origine. Les matériaux utilisés pour la traduction sont, prioritairement, le *Diccionario panhispánico del español jurídico*²¹⁶ et les entrées du site *WordReference*²¹⁷. D'autre part, elle prend soin de limiter les contresens en employant autant que possible des concepts « neutres », ou plus exactement, en ce qui la concerne, des concepts qu'elle « neutralise », à l'image de la notion juridique d'état d'urgence qui, telle que

²¹² La création de telles classifications abstraites au service d'une comparaison juridique rigoureuse et d'une présentation systématique de l'objet, fait l'objet d'une littérature riche. En particulier, le professeur Guillaume Tusseau propose une série de quatre principes méthodologiques essentiels devant guider la construction (« Sur le métalangage du comparatiste », art. cit.). Si la grille de lecture adoptée s'en inspire autant que possible, elle ne saurait prétendre satisfaire des standards aussi élevés des sciences comparées. Ils lui sont, au regard du caractère auxiliaire de la comparaison dans sa méthodologie générale, inaccessibles.

²¹³ **JALUZOT B.**, « Méthodologie du droit comparé... », art. cit., p. 39-41.

²¹⁴ **DRAGO R.**, « Droit comparé », in **ALLAND D., RIALS S.**, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 453 et s.

²¹⁵ Par exemple : « une inondation majeure vient de se produire dans la capitale de l'État, qui doit être évacuée très rapidement. Quelles solutions juridiques s'offrent, respectivement, aux autorités françaises et espagnoles ? ».

²¹⁶ <https://www.dpej.rae.es/>

²¹⁷ <https://www.wordreference.com/>

reconstruite dans cette étude, n'est ni liée aux dénominations du droit positif, ni circonscrite à un seul système juridique.

§6 – Problématique, thèse et plan de l'étude

56. Résultante du constat dressé et des approches théoriques, épistémologiques et méthodologiques de cette étude, la problématique se veut non pas une synthèse de ses questionnements, mais une destination qui, pour être atteinte, l'oblige à se confronter directement aux problèmes théorico-pratiques les plus pressants de l'objet étudié **(a)**. En réponse à ce fil conducteur, la thèse défendue, qui met la démarche empirique au cœur de l'avancée théorique, sera éprouvée à travers un plan en deux parties laissant une place conséquente à l'analyse positive et expérimentale des états d'urgence et de leurs interprétations **(b)**.

a – La problématique de l'étude

57. Lorsqu'elles sont mobilisées par la science du droit pour décrire les régimes d'exception, les conceptions dominantes du phénomène de l'interprétation juridique mènent à des apories. Cet objet d'étude, qui révèle mieux que tout autre les faiblesses des paradigmes théoriques dominants pour décrire les « cas-limites » de l'interprétation, appelle à repenser le prisme théorique de l'analyse scientifique au regard des données empiriques disponibles. Cette étude ambitionne donc d'apporter une réponse argumentée et porteuse à l'interrogation suivante : quelle théorie du droit et de l'interprétation juridique ouvre la voie – par son adéquation à la réalité observable de l'interprétation authentique des états d'urgence français et espagnols et par l'utilité scientifique des outils qu'elle confère au chercheur – à une connaissance empirique plus féconde des régimes d'exception et de leurs interprétations ?

b – La thèse défendue et le plan de l'étude

58. Nous défendons la thèse selon laquelle seule une théorie réaliste modérée du droit et de l'interprétation juridique, libérée des principales apories des théories extrêmes et dotée d'outils pragmatiques, permet à la science du droit de faire acte utile de connaissance des régimes d'exception.

59. Cette thèse se décompose en cinq assertions : (1) L'étude de la réalité positive de l'interprétation authentique des états d'urgence français et espagnols révèle l'entrecroisement

complexe des dimensions de connaissance et de volonté de l'interprétation, la prééminence des contraintes systématiques dans les choix opérés et la prédominance du raisonnement téléologique ; (2) Les théories de l'interprétation-connaissance et de l'interprétation-volonté sont des obstacles à la connaissance et à l'explication de la réalité positive observée. Elles nécessitent de redessiner les contours des observations empiriques pour ne pas s'invalider ; (3) Une théorie réaliste modérée reconnaissant, d'une part, les natures ambivalentes du droit (discours prescriptif et phénomène factuel) et des sources du droit (réalité formelle et matérielle) et, d'autre part, l'insécabilité des dimensions de connaissance et de volonté de l'interprétation juridique, est empiriquement fondée ; (4) Une telle théorie du droit et de l'interprétation juridique ouvre la voie à une amélioration significative de la connaissance scientifique des régimes d'exception, en permettant de dépasser la plupart des apories théorico-pratiques auxquelles mènent les thèses cognitivistes et décisionnistes ; (5) La reconstruction du cadre des énoncés juridiques, l'analyse de la réussite juridictionnelle des interprétations authentiques et l'analyse des contraintes juridiques de l'interprétation sont des outils scientifiques qui gagnent à être développés en priorité pour décrire et expliquer l'interprétation des régimes d'exception.

60. Cette thèse est éprouvée à travers une *summa divisio* entre l'état d'urgence en tant que phénomène juridique, à la fois conceptuel, fonctionnel et positif (**Partie 1**) et l'état d'urgence en tant qu'objet interprétatif, saisi par les trois niveaux de discours juridiques (**Partie 2**).

61. La première partie de cette étude a pour objectif de décrire, d'expliquer et d'identifier les principaux enjeux de l'état d'urgence pris comme phénomène juridique. D'apparition récente et conjoncturelle dans l'histoire des régimes d'exception, la notion juridique d'état d'urgence est en phase d'acquérir le statut de notion fondamentale du droit public. L'entreprise définitionnelle qui initie cette première partie poursuit le double objectif d'accélérer le processus de connaissance et d'autonomisation de la notion d'état d'urgence et, plus prosaïquement, d'identifier avec précision les régimes d'exception qui relèvent de cette catégorie dans les droits français et espagnols. Les dispositifs de ce champ d'études positif font l'objet d'une analyse comparative, contextualisée et critique, permettant de décrire et d'expliquer la réalité positive des états d'urgence dans les droits français et espagnols contemporains. Cette étape de connaissance scientifique de l'objet empirique et conceptuel de l'étude constitue le préalable indispensable de la seconde grande division et des objectifs théoriques qu'elle poursuit.

62. La seconde partie de cette étude a pour objectif la connaissance scientifique de la pratique interprétative des états d'urgence, pour fonder une théorie de l'interprétation empirique et utile à la science du droit. Elle mobilise les connaissances globales construites au préalable sur l'objet, ainsi qu'une analyse thématique et approfondie des énoncés juridiques, des interprétations authentiques et des interprétations scientifiques des états d'urgence. Cette connaissance de la pratique interprétative des acteurs des états d'urgence et, en particulier, de la liberté et des contraintes de leur agir interprétatif par rapport à l'énoncé, à la situation de fait et aux rapports de pouvoir, oriente et fonde la construction d'une théorie de l'interprétation juridique. Véritablement expérimentale et pensée en vue de la réalité du discours du droit et du discours sur le droit qu'elle prétend servir, elle constitue un terrain fertile pour l'élaboration et la discussion d'outils scientifiques, spécifiques à ses présupposés ou repensés à l'aune de ce nouveau cadre théorique, que cette étude entend ébaucher.

Première partie

L'état d'urgence, phénomène juridique

Deuxième partie

L'état d'urgence, objet d'interprétation

PREMIÈRE PARTIE :

L'ÉTAT D'URGENCE, PHÉNOMÈNE JURIDIQUE

63. Par définition, le phénomène apparaît, se manifeste aux sens ou à la conscience et peut, en s'en donnant la peine, devenir l'objet d'un savoir. Pris en tant que phénomène juridique, l'état d'urgence est à la fois un ensemble empirique de faits relevant du droit positif – c'est-à-dire de textes juridiques et de comportements à portée normative – et un objet de connaissance du discours sur le droit, prenant la forme d'un ensemble de connaissances organisées portant sur ces faits juridiques et se rattachant à une notion juridique d'état d'urgence, dont les propriétés peuvent être décrites.

64. Pris en tant qu'objet scientifique, l'état d'urgence comporte encore de nombreuses inconnues, qu'une double approche sémantique et fonctionnelle permet de dissiper. Avec les autres régimes d'exception, l'état d'urgence a en commun d'être une réponse pragmatique à un problème ontologique. Il partage également avec les états de siège, de tension ou d'exception de toujours s'accompagner du risque de se retourner contre les valeurs mêmes qu'il a vocation à défendre, en malmenant au-delà de la stricte nécessité la séparation des pouvoirs et les droits et libertés fondamentaux. Si son appartenance à la famille sémantique et opérationnelle des régimes d'exception, avec qui il partage de nombreux caractères, est un préalable indispensable à sa compréhension, il ne saurait cependant s'y résumer. Le modèle de l'état d'urgence, d'apparition récente dans l'histoire longue et discontinue des régimes de crise, occupe une place bien spécifique qui, si elle n'a encore pas été pleinement conceptualisée, ressort de la pratique juridique comme des tentatives de classification doctrinale des dispositifs d'exception. Du fait de sa nature hybride, à la croisée du modèle peu sécurisant de l'état d'exception et de celui, plus moderne, de l'état d'exceptionnel, il se caractérise, relativement aux autres régimes des arsenaux d'exception de son système juridique d'appartenance, par l'intensité intermédiaire des mesures qu'il porte. Il place, par son nom même, la temporalité pressante du péril devant la grave nécessité qu'il fait naître. Pour être pleinement opérationnelle, une telle approche définitionnelle de la notion juridique d'état d'urgence à travers son faisceau de propriétés ne saurait s'enfermer dans des certitudes, ou prétendre restituer, ultimement, une vérité notionnelle univoque. Elle ne pourrait non plus, pour s'abstraire suffisamment des incohérences des droits positifs dans lesquels elle extrait ses matériaux empiriques et pour assurer sa pertinence dans plusieurs cultures juridiques, être liée par les définitions nationales qu'elle revêt. La définition

de l'état d'urgence proposée par cette étude, qui n'est déconnectée ni de sa charge sémantique ni de ses manifestations réelles, rend compte avec modestie épistémologique d'un phénomène juridique complexe (**Titre I**).

65. Pris en tant qu'objet empirique, l'état d'urgence renvoie à l'ensemble des manifestations positives, à la fois historiques, politiques et juridiques de cette notion, matérialisées par les régimes juridiques des états d'urgence dans un système donné, par les débats menés et par les actes juridiques pris sur leur fondement. Preuve supplémentaire de l'interaction constante entre les deux dimensions de l'état d'urgence phénomène juridique, la description de cette réalité positive implique l'identification précise des dispositions légales et constitutionnelles relevant de cette notion juridique, elle-même dépendante d'une présélection des régimes d'exception candidats. La généalogie des rapports idéels français et espagnols à l'état d'exception révèle comment, alors qu'ils entretenaient une méfiance justifiée et construite historiquement à la discrétionnarité des dérogations au droit inscrites en son sein, ces deux États ont progressivement accepté le principe du régime d'exception et consacré, dans leurs droits contemporains, de puissants états d'urgence. Elle témoigne aussi de la contingence, de l'opportunité et plus ponctuellement, de l'ambition de systématisme et de sécurité juridique qui ont façonné les arsenaux d'exception contemporains. Le phénomène juridique de l'état d'urgence suscite, dans le droit contemporain, des questionnements aussi pressants que nécessaires sur le rapport au temps, au risque et à l'exceptionnel de systèmes juridiques occidentaux qui, en tensions et en contradictions, prônent d'une main l'approfondissement et la modernisation des garanties de l'État de droit et font, de l'autre, de l'état d'urgence la solution par défaut aux crises globales et persistantes qu'ils connaissent (**Titre II**).

TITRE I – LA NOTION JURIDIQUE D'ÉTAT D'URGENCE

66. La reconstruction d'une définition opérationnelle de la notion juridique d'état d'urgence permet, prosaïquement, l'identification des régimes d'exception objets de la présente étude. Elle porte, de manière plus profonde, l'objectif de participer à l'émancipation sémantique, fonctionnelle et juridique d'une catégorie résolument contemporaine de dispositifs de crises, qui jouent et seront amenés à jouer dans un avenir proche, un rôle prépondérant dans l'appréhension des périls. L'énoncé d'une telle définition nécessite, au préalable, deux analyses complémentaires.

67. Le versant fonctionnel de cette entreprise définitionnelle vise à identifier les fonctions jouées par le modèle de l'état d'urgence dans les ordres juridiques nationaux. Il implique de mobiliser des données de nature philosophiques, littéraires et juridiques établissant les fondements intellectuels de l'idée d'état d'exception, ses conditions de légitimité, la nécessité supposée de ce modèle ainsi que les dangers inhérents à sa mise en œuvre. Il s'appuie aussi nécessairement sur les droits positifs français et espagnols (ainsi que sur certaines illustrations comparées), comme sur les typologies des régimes d'exception construites par la doctrine. Alors que les données positives préciseront la place effectivement occupée par le modèle de l'état d'urgence au sein de l'ordre juridique, les données doctrinales serviront avant tout à éclairer le contenu du modèle de l'état d'urgence, là aussi, en comparaison aux autres modèles types d'états d'exception. Si cette caractérisation de la fonction propre du modèle de l'état d'urgence ne peut aboutir à une définition autonome²¹⁸, elle fait partie intégrante, avec son versant matériel, du processus de reconstruction de la notion juridique d'état d'urgence (**Chapitre I**).

68. De nature fondamentalement différente, son versant sémantique consiste à analyser la polysémie externe et interne de cette notion, mais aussi la situer dans des oppositions, qu'elles soient bilatérales (état d'urgence et état d'exception, état d'urgence et état de nécessité...), par famille de mots (typologie juridique des états d'exceptions), entre son sens juridique et son sens

²¹⁸ Il n'existe pas de définition fonctionnelle autonome de tout élément définitionnel, matériel ou formel (**RIALS S.**, *Le juge administratif et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980, p. 50, cité par **DELANLSSAYS T.**, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, Thèse de doctorat, Sous la dir. d'E. Cartier, 2017, 971 p., p. 20).

courant (réception de l'expression dans le langage des juristes, par les médias et par le grand public), ou encore entre son sens large et son sens précis. Une telle démarche, profondément innervée des apports de la sémantique juridique doit, pour aboutir à un résultat significatif, s'appuyer sur un choix judicieux des matériaux. Devant l'impossibilité manifeste d'un traitement exhaustif de ces derniers, elle se doit d'être suffisamment ouverte pour rendre compte de leur grande diversité, comme d'adopter une logique pragmatique, fondée sur des considérations de bon sens²¹⁹. Méthodologiquement, cet exercice de reconstruction notionnelle impose, une fois encore pour des raisons très pragmatiques, de limiter au maximum l'influence de toute interprétation authentique issue de la période étudiée sur la définition reconstruite²²⁰. La complémentarité des résultats des versants sémantiques et fonctionnels de cette analyse permettra, finalement, l'élaboration d'une définition de l'état d'urgence opérationnelle, connectée à sa réalité, consciente de ses limites et de la multiplicité des sens et des ambiguïtés qu'elle synthétise (**Chapitre II**).

²¹⁹ L'approche de cette étude, plus qualitative que quantitative, entend rendre compte de la richesse des sources d'une expression que l'on retrouve dans le droit français, espagnol et étranger, dans l'histoire, dans la littérature et dans la culture populaire, par une sélection non échantillonnée des sources. Une sélection trop stricte vaudrait surtout, au vu des possibilités et des objectifs de cette thèse, au titre de l'apparence de gage scientifique qu'elle donnerait, à peu de frais. Parfois, l'honnêteté du chercheur réside moins dans la construction de méthodologies artificiellement calquée sur les sciences dures, que sur la reconnaissance de la dimension profondément « organique », « littéraire » ou plus simplement « humaine » de sa discipline. Il cible alors les sources faisant autorité sur le sujet étudié, privilégiées, sauf intérêt majeur, les sources qui sont raisonnablement accessibles et s'accorde la possibilité, lorsque c'est pertinent, d'alimenter la réflexion par des ouvrages venant d'autres disciplines, de la philosophie aux lettres classiques.

²²⁰ S'il est inhabituel de construire une définition juridique faisant fi de la jurisprudence (V. en ce sens NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 148), intégrer ces données impliquerait une tautologie regrettable dans la critique ultérieure des décisions d'application. En effet, intégrer dans la définition même de l'état d'urgence les interprétations potentiellement abusives ou détournées des autorités d'application ou de contrôle, c'est perdre, par la suite, la capacité d'en apprécier la dimension constructive. C'est aussi se priver de la possibilité de tester l'appartenance d'un état d'urgence de manière différenciée, en fonction de sa seule lettre ou, au contraire, à l'aune des interprétations communément admises en pratique de ces dispositions.

CHAPITRE I – UNE APPROCHE FONCTIONNELLE

« On n’a encore jamais trouvé de rite qui ait pour objet d’empêcher l’hiver d’arriver ; au contraire, tous les rites préparent le groupe à endurer, comme la nature entière, la terrible saison du froid ».

CAMPBELL J., *Le héros aux mille et un visages*, 1949, Épilogue.

69. Les tentatives de caractériser la fonction théorique – comme, sous un mode plus prescriptif, la place qui doit être celle – des régimes d’exception, trouvent leurs racines dans l’antiquité. S’il est peine perdue d’espérer en rendre compte de manière exhaustive, le versant fonctionnel de cette reconstruction notionnelle ne peut faire l’impasse sur les fondements intellectuels, les enjeux historiques et les problématiques consubstantielles à l’intrusion temporaire de l’exceptionnel dans les aspects les plus régaliens du rôle joué par l’État. Par certains aspects au-delà des textes juridiques (« *salus populi suprema lex esto* »), même s’il y trouve des manifestations plus ou moins directes, le principe de sauvegarde de l’État légitime de transgresser le droit ordinaire lorsque, par contingence, la force normative des faits dépasse les capacités prévisionnelles du droit. L’état d’exception, qui n’est qu’une des réponses possibles à cet impératif ontologique, s’est largement imposé en Europe continentale. Toutefois, pris dans une série de tensions permanentes – la préservation et la transgression, le prévu et l’imprévu, la sécurité et la liberté, la fin et les moyens – au sein desquelles, au mieux, il arrive à maintenir un équilibre précaire, sa mise en œuvre relève toujours d’un moment critique dans la vie d’un État et d’une Nation (SECTION I). Parmi les régimes d’exception, le modèle de l’état d’urgence vise, schématiquement, à conférer des pouvoirs limitativement énumérés aux autorités administratives ordinaires pour permettre à l’État de préserver l’ordre, la sécurité et la santé des atteintes graves, qui leur sont aussi bien portées par des agissements humains que par des calamités publiques. Si, à mi-chemin entre les modèles de l’état exceptionnel et de l’état d’exception, il permet – par sa texture ouverte et par la gamme de tons étendue qu’il confère aux autorités – de faire face à l’essentiel des périls auxquels le monde contemporain expose les États, sa dangerosité factuelle et les excès de ses applications récentes se sont chargés de démontrer qu’il ne saurait représenter une solution pérenne de gouvernance (SECTION II).

SECTION I – L'EXCEPTIONNEL SAISI PAR LE DROIT

70. L'État se doit, à la manière d'un organisme vivant, d'assurer sa survie. Cette orientation vitale, première au niveau philosophique, se manifeste, dans les situations de nécessité absolue, par le sacrifice temporaire des principes et des normes juridiques qui font obstacle à l'action urgente de l'État, au nom de leur propre préservation et de celle de l'État tout entier. Si l'action de crise peut amener l'État à entrer momentanément en contradiction avec les valeurs qu'il promeut en temps ordinaire, elle ne peut qu'être légitime dès lors qu'elle répond à une nécessité politique et juridique (A). Pour prévenir une utilisation détournée des pouvoirs de crise, comme pour satisfaire leurs travers panjuridistes, les États européens sont nombreux à avoir choisi de faire reposer leur pérennité – menacée à la fois par les dangers extérieurs et par la réponse qui leur est apportée – sur le mécanisme de l'état d'exception, celui-ci n'est pas exempt de tout reproche. En inscrivant dans le droit les moyens de sa propre suspension, le risque est grand d'absoudre les exactions commises sous son couvert (B).

A – DE LA SAUVEGARDE DE L'ÉTAT À LA TRANSGRESSION LÉGITIME DU DROIT

71. Dans l'état de nature conceptualisé par Locke, les hommes ont le pouvoir de mettre en œuvre tout ce qu'ils trouvent nécessaire pour leur conservation et la conservation des autres²²¹. Dorénavant unis au sein d'une communauté politique – prenant la forme d'un État – les individus, dans un même élan vital, mettront tout en œuvre pour protéger son existence, même si cet impératif, certain sur le plan ontologique, s'avère difficile à caractériser sur le plan juridique (§1). L'action de crise motivée par cet impératif de survie peut, pour atteindre ses objectifs, impliquer des transgressions majeures envers le droit de l'État. Pour cette raison, elle ne saurait transiger, *a contrario*, avec les conditions de nécessité, d'adaptation, de justification et de proportionnalité qui différencient l'agir exceptionnel légitime du détournement de pouvoir (§2).

²²¹ LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, trad. D. Mazel, GF Flammarion, 1992, p. 236-240 ; OZER A., *L'État*, GF Flammarion, Corpus, Paris, 1998, 256 p., p. 112.

§1 – L’existence d’un principe supérieur de sauvegarde de l’État

72. L’impératif pour l’État d’assurer sa propre conservation est doté d’une évidence philosophique, logique et pragmatique qui ne laisse aucun doute sur son bien-fondé. Les droits ne pouvant être garantis si l’État périclète, sa conservation justifie d’y sacrifier tout autre impératif juridique et même, suprajuridique (a). Cet impératif se traduit directement dans le droit contemporain, écrit comme jurisprudentiel, selon des modalités qui diffèrent entre les systèmes considérés (b).

a – La certitude ontologique d’un impératif suprême de conservation de l’État

73. À l’image du vivant, toute société politique est fondée sur une volonté d’immortalité²²². S’il s’agit assurément d’une quête perdue d’avance²²³, la volonté de lutter contre la marche inéluctable du temps n’en est pas moins structurante. La création de l’État a pour finalité première d’assurer la protection de la population qui le compose²²⁴. Dès lors, la sauvegarde de l’État lui-même est la condition *sine qua non* à la poursuite de cette quête de conservation, sinon la fin première de l’État²²⁵. Aussi, la profonde communauté de destin entre la communauté sociale et l’outil qu’elle se donne pour assurer sa pérennité fait de la conservation de l’État un « droit suprême » prévalent sur tous les autres²²⁶, ou selon la célèbre terminologie kantienne, un « impératif catégorique » de la vie politique. Intuitive et logique, l’affirmation de la prévalence absolue de la préservation de l’État sur toute autre considération a pourtant pris un temps considérable pour s’imposer dans le monde des idées. Il faut attendre le XIII^e siècle pour que les royaumes occidentaux, soutenus par la philosophie scolastique – qui considéraient la communauté politique comme une entité naturelle – reconnaissent prudemment leur propre protection comme un impératif absolu²²⁷.

74. La reconnaissance de la supériorité de cet impératif impose de reconsidérer la suprématie du droit. Manifestation directe de « l’instinct de conservation » de l’État et de

²²² ARENDT H., *Condition de l’homme moderne*, Pocket, Agora, 408 p., p. 47.

²²³ Même les régimes politiques les plus pérennes, à l’image de l’Empire romain, finissent tôt ou tard par périclète (V. ARENDT H., *Condition de l’homme moderne*, op. cit., p. 57).

²²⁴ V. par ex. RICOEUR P., « Préface », in *id.*, p. 27 ; DEROSIER J.-PH., « L’état d’urgence : un régime exceptionnel... », art. cit., p. 957.

²²⁵ SFEZ G., *Les doctrines de la raison d’État*, Armand Colin, Collection U, 2000, 224 p., p. 61.

²²⁶ TRENTIN S., *Les transformations récentes du droit public italien*, 1929, p. 45, cité par KLIBI S., « Droit constitutionnel d’exception et risque », art. cit., p. 112.

²²⁷ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 675.

l'ordre juridique qu'il porte²²⁸, il justifie de mettre entre parenthèses les règles ordinaires lorsque l'État est menacé. En effet, sans l'État, ou si l'État est mis dans l'incapacité d'accomplir son rôle, c'est l'ensemble de l'édifice juridique qui s'effondre : les droits et libertés qu'il consacre ne peuvent plus être garantis, et la sécurité juridique comme physique est *de facto* compromise. L'œuvre législative comptant parmi ces raisons d'être premières celle de concilier les valeurs contradictoires portées par l'État pour leur assurer le plus grand degré de réalisation²²⁹, il est parfois nécessaire, au nom du droit lui-même, de transiger avec ses principes les plus fondamentaux au nom de la conservation d'une possibilité future d'assurer leur réalisation.

75. À la fin du XX^e siècle et au début du XXI^e siècle, la reconnaissance de la supériorité de l'impératif de conservation de l'État sur le droit lui-même se fait plus explicite que jamais. Les juristes, des penseurs allemands du *Notrecht*²³⁰ à Maurice Hauriou²³¹, s'attellent à la fonder en droit. Le doyen Hauriou propose le concept de la « légitime défense » de l'État et affirme son droit supérieur à assurer sa propre sauvegarde²³². Il présuppose alors que la Constitution ne contient pas seulement l'ensemble des lois constitutionnelles écrites, mais aussi des principes dotés « d'une sorte de légitimité constitutionnelle qui prend place au-dessus même de la Constitution écrite »²³³.

76. Cette conception éminemment constructiviste n'emporte pas l'adhésion de tous les juristes, à l'image de Pierre-Laurent Frier qui estime fragile de fonder les moyens exceptionnels sur les textes quand ceux-ci les prévoient et sur une « norme jurisprudentielle de justification » quand les textes ne les prévoient pas²³⁴. Elle jouit néanmoins d'une grande postérité chez les juristes contemporains. L'agir de crise, fondé principalement sur des règles de droit non

²²⁸ Plusieurs auteurs filent l'analogie entre l'instinct de conservation animant tout être vivant et l'état de nécessité en droit. V. not. **GORIP.**, *Les clauses de sauvegarde des traités CECA et CEE*, Éditions UGA, Heule, 1965, p. 50-51 ; **PÉREZ SERRANO J.**, *Tratado de Derecho Politico*, 2^e édition, Civitas, Madrid, 1984, p. 415.

²²⁹ **RIBES D.**, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, en ligne.

²³⁰ L'idée centrale de la théorie du *Notrecht* peut être résumée ainsi : l'État à intérêt à aller à l'encontre de ses propres prévisions juridiques lorsque la sauvegarde de la société est en cause. Pour des ressources bibliographiques, V. not. **GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance...*, *op. cit.*, p. 37.

²³¹ **HAURIOU M.**, « Révocation de fonctionnaires publics se mettant en grève et communication préalable du dossier. Note sous Conseil d'État, 7 août 1909, Winkell », reprint. *Revue générale du droit*, 2014, n° 13160 : « C'est très joli, les lois ; mais il faut avoir le temps de les faire, et il s'agit de ne pas être mort avant qu'elles ne soient faites ».

²³² V. **SAINT-BONNET F.**, « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 676.

²³³ **HAURIOU M.**, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1923, p. 296, cité par **GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance...*, *op. cit.*, p. 68-69.

²³⁴ **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 504 et s.

écrites²³⁵ – sinon sur des principes dégagés par les interprètes eux-mêmes –, peut s'affranchir des règles positives (s'il reste dans l'esprit constitutionnel²³⁶) et ainsi, potentiellement, user de tout moyen pour assurer la conservation (*supervivencia*) de l'État²³⁷. Pour cette raison, il est tenu par une part non négligeable de la communauté des juristes comme hors du droit positif²³⁸.

77. Affirmer que l'impératif de sauvegarde de l'État se trouve au-delà des textes en lui attribuant une valeur supraconstitutionnelle est déstabilisant à l'aune d'une conception positiviste du droit. Pour autant, une telle assertion est peut-être encore insuffisante. La suprématie de cet impératif justifie d'être en mesure d'outrepasser les normes positives, mais aussi les principes supérieurs sur lesquels elles se fondent. En effet, quelle « méta-règle » constitutionnelle, quel principe républicain, aussi premier soit-il, pourrait justifier de laisser périr l'État ? Sauf à construire une hiérarchie au sein même du « noyau dur constitutionnel »²³⁹, hypothèse créant plus de problèmes qu'elle n'en résout (et donc peu intéressante si l'on se réfère au rasoir d'Ockham), il faut se résoudre à conférer à cet impératif une place ultime et exclusive de toute autre dans la hiérarchie juridique.

b – Les manifestations positives du principe de conservation de l'État

78. Si, en dernier recours, l'État faisant face à un danger existentiel peut toujours invoquer l'impératif ultime qu'il a de conserver son existence, l'agir de crise trouve des fondements plus ou moins explicites dans le droit positif²⁴⁰. Ces manifestations, plus concrètes que l'invocation de simples adages aux conclusions contradictoires ou de ce droit naturel aux contours flous que la science du droit contemporaine répugne, sont à rechercher dans le droit international, comme dans les droits internes français et espagnols.

²³⁵ LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », in MABAKA P. M. (dir.), *Constitution et risque(s)*, op. cit., p. 72.

²³⁶ LAMARQUE J., « L'état de nécessité et l'article 16 de la Constitution de 1958 », in RDP, 1961, p. 561, cité par KLIBI S., « Droit constitutionnel d'exception et risque », art. cit., p. 113.

²³⁷ V. par ex. NEGRETTO G. L., *El problema de la emergencia...*, op. cit., p. 18-23.

²³⁸ Sur les rapports entre la règle de droit et le droit d'exception, cf. *infra*, n° 137 et s.

²³⁹ Le concept de « noyau dur constitutionnel » renvoie, chez certains auteurs, à des normes ou à des principes juridiques dotés d'une valeur supra-constitutionnelle, c'est-à-dire, ne pouvant être affectées par les révisions constitutionnelles elles-mêmes. Certaines Cours constitutionnelles étrangères (allemandes, italiennes, autrichiennes) ont, à ce titre, reconnu une valeur supra-constitutionnelle à certains principes de leur ordre juridique (HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 456). En Espagne, l'article 169, qui dispose que la procédure de révision constitutionnelle ne peut être engagée en temps de guerre ou lorsque l'un des dispositifs de l'article 116 est appliqué, peut être compris comme doté d'une telle valeur.

²⁴⁰ Les développements qui suivent ne prétendent pas à l'exhaustivité. Sujettes à l'interprétation, morcelée et multiniveaux, les manifestations positives du principe de conservation de l'État nécessiteraient, pour être caractérisées pleinement, une thèse dédiée.

79. En droit international, l'article 51 de la Charte des Nations-Unies mentionne l'existence d'un « droit naturel de légitime défense » duquel les États peuvent se prévaloir pour prendre les mesures nécessaires à leur sauvegarde face à une agression armée, et jusqu'à l'intervention du Conseil de sécurité²⁴¹. Cette consécration positive d'un principe explicitement emprunté au droit naturel et qui, pour les spécialistes en la matière, lui est antérieure²⁴², renforce l'impression que l'impératif de sauvegarde de l'État – comme sa prévalence sur le droit positif – est fondamentalement extrajuridique. Il s'agirait d'une évidence, aux contours flous et à la légitimité aussi naturelle qu'indiscutable, dont le droit positif ne peut véritablement se saisir.

80. En droit français, le principe de conservation de l'État se manifeste à travers trois dispositions. En conférant une valeur constitutionnelle à l'impératif de garantir le respect de la Constitution, ce qui implique par extension le maintien d'un contexte politique et social dans lequel elle pourra exprimer ses effets, comme à celui d'assurer la pérennité des composantes de l'État, elles donnent à ce principe un fondement juridique explicite.

80.1. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution »²⁴³. En première lecture, il paraît s'opposer au principe d'un agir de crise s'affranchissant des droits et libertés garantis par la Constitution, comme des règles ordinaires de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, dès lors qu'un tel agir conditionne la sauvegarde de l'État et donc, la possibilité pour ce dernier de rétablir ultérieurement ces mêmes garanties, ledit article paraît au contraire justifier de faire prévaloir la conservation de l'État sur le droit positif.

80.2. L'article 5 de la Constitution de 1958 confère au Président de la République la responsabilité d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, la continuité de l'État ou l'intégrité de son territoire, tout en veillant au respect de la Constitution²⁴⁴. La tension entre ces deux impératifs est comparable à celle portée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : *quid* d'une nécessité de déroger aux dispositions ordinaires du texte

²⁴¹ Art. 51, Chapitre VII : Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression, Charte des Nations Unies.

²⁴² SUR S., « Terrorisme, guerre et droit international: un trio infernal », 5^e édition de l'université d'été de l'IRENEE (« États de crise. Sécurité et liberté »), Nancy, 27 juin - 1^{er} juillet 2016.

²⁴³ Art. 16, DDHC.

²⁴⁴ Art. 5, C1958 : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités ».

constitutionnel pour assurer la sauvegarde de l'État ? L'article 16 de la Constitution de 1958²⁴⁵ dissipe cette ambiguïté, en prévoyant explicitement la possibilité pour le chef de l'État de prendre les mesures exigées par les circonstances, fussent-elles contraires aux principes constitutionnels de droit commun, pour remplir les autres devoirs que lui confère l'article 5.

81. Sur le fondement de ces dispositions constitutionnelles, mais aussi de principes juridiques et de lois, les juges français ont précisé les contours de l'impératif absolu de la sauvegarde de l'État. C'est ainsi que, lors de l'application de l'état d'urgence sécuritaire, le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité de l'arbitrage effectué par le législateur entre le respect des principes constitutionnels devant être garantis et la sauvegarde de l'État²⁴⁶. De la même manière, le Conseil constitutionnel a octroyé le statut d'objectif de valeur constitutionnelle à la protection de la santé²⁴⁷, qu'il mobilise lorsqu'il est saisi pour apprécier les mesures exceptionnelles prises pour lutter contre la Covid-19²⁴⁸. Pour sa part, le Conseil d'État sait se transformer en « raison d'État sous forme juridictionnelle »²⁴⁹ lorsque la sauvegarde de l'État est en jeu. En témoignent la théorie des circonstances exceptionnelles, ou la création jurisprudentielle du principe de continuité des services publics²⁵⁰.

82. En droit espagnol, la Constitution de 1978 prévoit un ensemble de dispositifs qui, pris dans leur globalité, donnent un fondement constitutionnel explicite à l'impératif de sauvegarde de l'État. L'article 8 de la Constitution espagnole prévoit que les forces armées sont tenues de défendre la souveraineté de l'Espagne, son intégrité territoriale et son ordre constitutionnel²⁵¹. Ensuite, l'article 9 impose aux pouvoirs publics de développer les conditions qui rendront réelle

²⁴⁵ Art. 16, C1958 : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées 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 ».

²⁴⁶ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*.

²⁴⁷ Cons. const., déc. n° 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*, cons. 5 ; Sur la protection de la santé comme principe, comme droit et comme objectif, V. **DEROSIER J.-PH., CARTIER E.**, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020) », *Titre VII*, octobre 2020, n° 5, en ligne, p. 106-108.

²⁴⁸ V. spéc. Cons. const., déc. n° 2021-828 DC, 9 novembre 2021, *loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*, cons. 4 ; Cons. const., déc. n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, cons. 7.

²⁴⁹ **CAILLE P.**, « La constitutionnalisation de l'état d'urgence », 5^e édition de l'université d'été de l'IRENEE (« États de crise. Sécurité et liberté »), Nancy, 27 juin - 1^{er} juillet 2016.

²⁵⁰ **TRUCHET D.**, *Droit administratif*, PUF, Themis, 2015 (6^e édition), 496 p., p. 46.

²⁵¹ Art. 8.1, C1978 : « Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional ».

et effective la liberté des individus et de supprimer les obstacles qui empêcheront ou gêneront son épanouissement²⁵². L'article 30 fait de la défense de l'Espagne le premier devoir des citoyens espagnols²⁵³ et prévoit que la loi peut imposer les modalités de ces devoirs dans les cas de risque grave, de catastrophe ou de calamité publique²⁵⁴. Dans son article 43, elle impose aux pouvoirs publics de protéger la santé publique²⁵⁵ et dans son article 55, elle prévoit la possibilité de suspendre une série de droits et libertés constitutionnellement garantis dans certaines hypothèses déterminées²⁵⁶. Enfin, l'article 104 dispose que les forces et corps de sécurité, placés sous l'autorité du gouvernement, doivent protéger le libre exercice des droits et des libertés et garantir la sécurité des citoyens²⁵⁷.

§2 – Un principe légitimant la transgression nécessaire du droit positif

83. Pour honorer l'impératif absolu d'assurer sa propre conservation, l'État est parfois contraint de renoncer, de manière temporaire et au nom de leur rétablissement futur, à certains des principes constitutionnels les plus structurants de son ordre juridique (a). Toutefois, dans un État de droit, un tel renoncement ne saurait être légitime sans répondre à de strictes conditions de nécessité et de proportionnalité, dont la réalité doit, dans chaque situation d'espèce, être dûment justifiée (b).

a – Une transgression du droit légitimée par la sauvegarde de l'État

84. Élément de rigidité introduit dans les rapports humains, la règle de droit apporte une certaine sécurité. En contrepartie, elle peut faire obstacle à l'efficacité de l'action de crise lorsque survient une situation imprévue, lorsqu'un défaut structurel de la règle se révèle tardivement²⁵⁸ ou lorsque les garanties ordinaires entrent en conflit avec l'impératif plus

²⁵² Art. 9.2, C1978 : « Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas ; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social ».

²⁵³ Art. 30.1, C1978 : « Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España ».

²⁵⁴ Art. 30.4, C1978 : « Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública ».

²⁵⁵ Art. 43.2, C1978 : « Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto ».

²⁵⁶ Cf. *infra*, n° 296.

²⁵⁷ Art. 104.1, C1978 : « Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana ».

²⁵⁸ V. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 107.

prosaïque et nécessaire d'assurer la sauvegarde de l'État²⁵⁹. Comme le résume Rousseau dans une formule restée célèbre, qui rappelle assurément La Fontaine²⁶⁰, « l'inflexibilité des lois, qui les empêche de se plier aux événements, peut en certains cas les rendre pernicieuses, et causer par elles la perte de l'État dans sa crise »²⁶¹.

85. Lorsque la force normative des faits dépasse la capacité prévisionnelle du droit, ce dernier entre en crise²⁶². La société libérale est alors face à un dilemme²⁶³ : respecter le droit coûte que coûte, quitte à ce que « périclisse le pays pourvu que les formes soient respectées »²⁶⁴, ou savoir transiger avec la rigidité du droit, en acceptant qu'il cède temporairement devant le fait, et ce au nom des valeurs mêmes de l'ordre juridique²⁶⁵.

86. La première position, qui peut être qualifiée de « positivisme idéologique », est très minoritaire aujourd'hui. Elle trouve des racines dans l'antiquité, avec Scipion l'Africain qui aurait préféré avoir sauvé la vie d'un citoyen que d'avoir défait cent ennemis²⁶⁶ et Cicéron, pour qui les armes cèdent devant la toge (« *Cedant arma togae* »). Dans le monde médiéval, notamment pour Dante, il n'est toujours pas envisageable de devoir suspendre le droit pour le bien commun²⁶⁷.

87. La seconde position, au contraire, fait l'objet d'un quasi-consensus, chez les juristes contemporains, mais aussi dans l'histoire de la pensée. Elle est sous-tendue par un grand nombre d'assertions, qu'il est possible de rassembler autour de cinq arguments majeurs.

87.1. Le premier argument consiste à placer, hiérarchiquement, la finalité du droit avant les règles de droit elles-mêmes, ce qui revient à excuser la transgression des normes juridiques si elle a pour finalité la conservation de l'État. C'est la grande idée de Lénine pour qui « la fin justifie les moyens ». Elle se retrouve déjà chez Machiavel, lorsqu'il autorise le

²⁵⁹ FEREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 210 : « *When the public safety is seriously threatened, there may be a need for quick and decisive action that cannot, perhaps, wait for the deliberate pace of ordinary constitutional rule. This, indeed, is a central dilemma of a liberal constitutional government. The rights and protections it provides and preserves can prevent the government from responding efficiently and energetically to enemies that would destroy those rights and, perhaps, even the constitutional order itself* ».

²⁶⁰ Le roseau, moins majestueux mais plus souple que le chêne, ne rompt pas sous les assauts du vent (LA FONTAINE, « Le chêne et le roseau », *Fables*, 1668).

²⁶¹ ROUSSEAU, *Du contrat social*, G.F. Flammarion, Paris, 2001, 256 p., IV, VI.

²⁶² CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, op. cit., p. 17-22.

²⁶³ FEREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 210.

²⁶⁴ BARTHELEMY J., cité par FRIER P.-L., *L'Urgence*, op. cit., p. 523 et s.

²⁶⁵ V. ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 584.

²⁶⁶ LA BOÉTIE (DE) É., *Discours de la servitude volontaire*, rééd. Mille et une nuits, 1995, 64 p., p. 30.

²⁶⁷ V. AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 43-47.

Prince à employer la force pour assurer la conservation de son État²⁶⁸. Il peut aussi être fait mention de Carré de Malberg, qui ne refuse à l'État d'user de moyens à la hauteur des circonstances pour assurer sa conservation²⁶⁹, de Tocqueville qui, sur un mode plus descriptif, remarque que les gouvernements démocratiques peuvent se montrer cruels dans les moments de grands périls²⁷⁰, d'Argüelles, qui pointait, quand se débattait à Cadix l'opportunité d'établir des clauses de suspension de garanties fondamentales, le risque de mener l'État à sa ruine en cas d'impossibilité de sortir du droit ordinaire en cas de crise²⁷¹, ou même de Napoléon III, qui ne dit autre chose lorsqu'il affirme, au lendemain de son coup d'État de 1851, n'être « sorti de la légalité que pour rentrer dans le droit »²⁷².

87.2. Le second argument consiste à refuser toute limite *a priori* au pouvoir de l'État, en particulier face aux crises. L'idée d'un pouvoir illimité dévolu à l'État est défendue par Rousseau, pour qui la liberté ne passe pas par l'inviolabilité de la sphère privée, mais par la toute-puissance du corps politique²⁷³, par Carré de Malberg, chez qui « l'État légal » n'admet aucune limite matérielle ou normative à la portée de la loi²⁷⁴ et par une certaine lecture du positivisme juridique selon laquelle l'État, en tant que producteur du droit, ne pourrait y être lui-même soumis que dans l'hypothèse où il déciderait de s'autolimiter²⁷⁵. Or pourquoi le ferait-il si cela menaçait son existence ? L'importance ontologique d'un pouvoir illimité de l'État est d'autant plus grande en période de crise. C'est ce qu'entend Carl Schmitt lorsqu'il soutient que la décision des gouvernants « détermine librement ce que requiert le salut public »²⁷⁶, dans la continuité de Hobbes, pour qui il s'agit d'une « incommodité minime » comparée aux conséquences de l'impuissance du Léviathan face à la crise²⁷⁷.

²⁶⁸ MACHIAVEL, *Le prince*, Libro, 2011, 128 p. : « Il faut savoir qu'il y a deux manières de combattre les hommes : l'une est par la force, et l'autre par les lois. Nous tenons la première des bêtes, et la seconde des hommes. Mais comme cette dernière ne suffit pas toujours, il faut souvent avoir recours à l'autre. Il faut donc qu'un Prince sache être homme et bête à propos ».

²⁶⁹ CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, t. 1, 1920, 837 p., p. 619-620.

²⁷⁰ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, G.F. Flammarion, 1981, 574 p., p. 383-386.

²⁷¹ DE ARGÜELLES ÁLVAREZ, Discursos, *Clasicos Asturianos del Pensamiento Político*, 1995, p. 233, cité par MUÑOZ MACHADO S., « Prologo », in ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 20 : « Si la constitución no dejara la puerta abierta para salir de lo ordinario en casos raros, sucedería con escándalo su ruina ».

²⁷² SÉGUR PH., *La Ve République*, op. cit., p. 8.

²⁷³ V. OZER A., *L'État*, op. cit., p. 20.

²⁷⁴ CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État...*, op. cit., p. 488.

²⁷⁵ HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 86.

²⁷⁶ SCHMITT C., *Théologie politique I*, op. cit., p. 23.

²⁷⁷ HOBBS, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Sirey, 1971, rééd. Dalloz-Sirey, 1999, 474 p., p. 173-178.

87.3. Le troisième argument dérive du second : si le pouvoir de l'État ne peut avoir de limite, alors toute tentative de limitation a priori de ses pouvoirs de crise est vouée à l'échec. Pour Carl Schmitt, les décisions sur l'exception, politiques par essence, ne peuvent être contenues par la norme juridique : elles sont « nécessairement illimitées »²⁷⁸. Il est exact qu'empiriquement, la raison d'État sait outrepasser les limitations formelles du droit²⁷⁹. Le constat est déroutant pour le juriste : même en dehors d'un régime fondé sur la constitution, les « tenants du pouvoir aménagent, de manière artisanale et dans un réflexe de survie, un mécanisme de protection contre les brusques retournements de l'Histoire »²⁸⁰. Ainsi, le souverain use de sa responsabilité pour prendre les mesures qui s'imposent²⁸¹, quitte à ce que ses actes soient ensuite réintégrés *a posteriori* au droit, ou simplement excusés.

87.4. Le quatrième argument, omniprésent dans la littérature juridique, consiste à établir une hiérarchie logique entre l'impératif de sauvegarder les valeurs essentielles d'un ordre juridique (à l'image aujourd'hui des principes démocratiques, de l'État de droit et des droits et libertés fondamentaux) et l'impératif d'en garantir l'effectivité à court terme. En un mot, il est justifié de suspendre temporairement une liberté pour assurer sa pérennité²⁸². Selon la formule très élégante de Montesquieu, il faut ainsi savoir « mettre, pour un moment, un voile sur la liberté comme l'on cache les statues des dieux »²⁸³. Bernard Pacteau²⁸⁴, Guillaume Tusseau²⁸⁵, Jacques Robert²⁸⁶ ou Gabriel Negretto²⁸⁷ en proposent d'intéressantes variations contemporaines. Cet argument est aussi employé à des fins performatives par des hommes de

²⁷⁸ SCHMITT C., *Théologie politique I*, op. cit., p. 23 : « Il est impossible (...) 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 ».

²⁷⁹ SÉGUR PH., *La Ve République*, op. cit., p. 43.

²⁸⁰ PHILIP-GAY M., « Temps et responsabilité des gouvernants », in ROBBE F. (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, op. cit., p. 83.

²⁸¹ Les Gouvernants assument « le périlleux honneur » d'interpréter le vœu populaire, mais en contrepartie en « supportent la responsabilité » (BURDEAU G., « La fonction gouvernementale », in BURDEAU G., op. cit., p. 157).

²⁸² V. par ex. ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 584 et s.

²⁸³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XII, chap. XIX.

²⁸⁴ PACTEAU B., *Libertés fondamentales*, cours polycopié, 2005-2006, Bordeaux, p. 103, cité par HOURQUEBIE F., « Régimes d'exception et contre-pouvoirs en droit français aujourd'hui », in MABAKA P. M. (dir.), *Constitution et risque(s)*, op. cit., p. 98 : « [Il est] raisonnable et même rationnel de savoir admettre des aménagements au droit des libertés quand la survie sociale l'impose, voire quand la sauvegarde du régime lui-même peut l'impliquer ».

²⁸⁵ Il est légitime que puissent être « ponctuellement malmenées ces valeurs, précisément pour être en mesure de les rétablir » (TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 108).

²⁸⁶ Au nom de la sauvegarde de l'État, les démocraties peuvent être amenées un jour à l'autre à bousculer « les principes qui font leur force et leur vertu » (ROBERT J., « Les situations d'urgence... », art. cit., p. 764).

²⁸⁷ NEGRETTO G. L., *El problema de la emergencia...*, op. cit., p. 18 : « Una emergencia justifica alterar los mecanismos constitucionales de gobierno con el fin de asegurar la "defensa del estado" ».

pouvoirs, à l'image de Robespierre justifiant les exactions du gouvernement révolutionnaire au nom du salut du peuple²⁸⁸.

87.5. Le cinquième et dernier argument s'inspire des sciences naturelles. Comme le démontre l'évolution, les espèces survivantes sont celles qui savent s'adapter aux conditions nouvelles²⁸⁹. De même, l'État pérenne est celui qui sait montrer un réflexe de survie aiguisé pour assurer sa conservation²⁹⁰. Ainsi, pour Françoise Leurquin-de Visscher, le principe d'adaptation du droit au fait légitime les interprétations constructives en situation de crise²⁹¹ et pour Guillaume Tusseau, la complexité des situations de fait nouvelles impose de savoir adapter le droit²⁹². S'il fait débat en doctrine²⁹³, cet argument se retrouve régulièrement dans les assertions justificatives des décideurs publics, à l'image de l'ancien Premier ministre français Manuel Valls qui, dès novembre 2015, argue devant les sénateurs de la nécessité de faire évoluer de toute urgence le dispositif obsolète de la loi du 3 avril 1955²⁹⁴.

b – Une transgression du droit conditionnée à la stricte nécessité

88. « Nécessité n'a pas de loi » et « nécessité fait loi » : quand la violence des faits s'impose à l'État et menace ses intérêts premiers, il doit mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour assurer sa conservation, y compris si cela l'amène à suspendre certains des principes mêmes qu'il entend défendre²⁹⁵. Ce choix du moindre mal, auquel l'écrasante majorité des penseurs adhère, n'est pas sans poser des questions légitimes. Si l'État est « prêt à sacrifier ses sujets lorsque ses intérêts propres sont en jeu », comment lui vouer la « confiance aveugle » qui lui est due²⁹⁶ ? Comment s'assurer que ces moyens extraordinaires ne soient pas

²⁸⁸ **ROBESPIERRE M.**, *Rapport à la Convention, au nom du Comité de salut public, sur les principes du Gouvernement révolutionnaire*, 25 décembre 1793 (5 nivôse an II) : « Si le gouvernement révolutionnaire doit être plus actif dans sa marche, et plus libre dans ses mouvements que le gouvernement ordinaire, en est-il moins juste et moins légitime ? Non, il est appuyé sur la plus sainte de toutes les lois, le salut du peuple ; sur le plus irréfragable de tous les titres, la nécessité ».

²⁸⁹ **NOËL É.**, *Le hasard aujourd'hui*, Points, Sciences, 234 p., p. 136-137.

²⁹⁰ V. par ex. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 180-181.

²⁹¹ **LEURQUIN-DE VISSCHER F.**, *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 105-106.

²⁹² **TUSSEAU GU.**, « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 100 et s.

²⁹³ Plusieurs auteurs remettent en question l'assertion, peut-être un peu rapide, selon laquelle il reviendrait à la règle de droit de s'adapter au fait. V. par ex. **VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M.** (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 229 et 237.

²⁹⁴ **VALLS M.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²⁹⁵ Lorsqu'ils sont lus sous l'angle des rapports entre le droit et la situation d'exception, ces adages paraissent contradictoires : le premier indiquerait que la nécessité fait la règle de droit, alors que le second amènerait à considérer que la nécessité est incompatible avec le droit. Cette opposition est cependant superficielle : ils mènent tous deux à la conclusion que les situations de nécessité justifient de déroger au droit ordinaire.

²⁹⁶ **OZER A.**, *L'État*, *op. cit.*, p. 9.

utilisés « pour colorer le mal »²⁹⁷ ? Si l'agir de crise est bien illimité dans les formes qu'il peut prendre et les moyens qu'il peut mobiliser, il n'en reste pas moins conditionné.

89. Derrière l'approbation de la possibilité de transgresser temporairement le droit au nom du salut de l'État se trouve toujours, en filigrane, l'exigence d'une nécessité absolue d'agir selon des moyens strictement proportionnés. Si celle-ci fait défaut, les pouvoirs de crises ne relèvent plus du salut public, mais de l'abus ou du détournement de pouvoir. Comme l'exprime Rousseau, seuls les plus grands dangers justifient de déroger au pouvoir sacré des lois²⁹⁸. De même, chez Blackstone, les mesures d'exception ne peuvent être mises en œuvre si le droit ordinaire permet d'apporter une solution à la situation²⁹⁹. Dans une terminologie plus moderne, François Saint-Bonnet caractérise la condition de nécessité à laquelle est assujettie la transgression du droit positif : elle doit être fondée sur la conviction que l'application normale de la règle cause un préjudice à un intérêt jugé supérieur à son respect scrupuleux³⁰⁰. L'agir de crise doit donc, pour être légitime, être précédé d'une mise en balance des intérêts publics, par nature variables et contingents, de l'importance du respect du droit positif et de l'assurance que les moyens de droit ordinaire ne suffisent pas³⁰¹.

90. La mise en balance entre l'impératif de sauvegarde de l'État et l'impératif les autres impératifs du système juridique – en particulier les droits et libertés fondamentaux et les principes de l'État de droit – est souvent présentée, dans le débat public, à travers la terminologie de la « sécurité » et de la « liberté ». Les liens qui unissent ces deux notions font l'objet de deux conceptions très répandues.

90.1. La première conception, très répandue chez les universitaires³⁰² comme chez certains acteurs politiques³⁰³, place ces deux notions dans un rapport d'opposition. La sécurité et la liberté formeraient un « axe », sur lequel les autorités publiques déplaceraient le curseur

²⁹⁷ **MACHIAVEL**, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, trad. J.-V. Périès, 1825 [1517], en ligne, Livre I, Chap. XXXIV : « Si les moyens extraordinaires font du bien pour le moment, leur exemple fait un mal réel. L'habitude de violer la constitution pour faire le bien autorise ensuite à la violer pour colorer le mal ».

²⁹⁸ **ROUSSEAU**, cité par **SÉGUR PH.**, *La Ve République*, *op. cit.*, p. 119.

²⁹⁹ **BLACKSTONE W.**, *Commentaries on the law of England*, 1765-1769, Book 1, Chap 7, p. 400, cité par **KLIBI S.**, « Droit constitutionnel d'exception et risque », *art. cit.*, p. 116.

³⁰⁰ **SAINT-BONNET F.**, « Exception, nécessité, urgence », *art. cit.*, p. 675.

³⁰¹ **SAINT-BONNET F.**, *L'État d'exception*, *op. cit.*

³⁰² V. par ex. **BEAUD O.**, **GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes, 2016, 204 p., p. 151 ; **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 44.

³⁰³. Cette conception est, par exemple, en arrière-fond des propos de Jacques Toubon, quand il soutient que « si l'exception devenait habituelle par la prolongation de l'état d'urgence ou par l'adoption du projet de loi relatif à la procédure pénale, le curseur entre sécurité et liberté serait déplacé » (Cité par **KIS M.**, « Comment les maires font droit à l'état d'urgence », *Le Courrier des maires et des élus locaux*, n° 299, mars 2016, p. 8 et s.).

de l'intérêt général au gré des événements³⁰⁴. Selon une telle approche, plus « formelle-sécuritaire » que « substantielle-libérale » vis-à-vis de l'État de droit³⁰⁵, l'arbitrage entre les deux est un « jeu à somme nulle », dans lequel un gain en sécurité ne serait possible qu'au détriment des libertés et, inversement, une protection accrue des libertés entraînerait presque mécaniquement une augmentation de l'insécurité³⁰⁶.

90.2. La seconde conception, qui prévaut dans la communication gouvernementale depuis la fin des années 1970³⁰⁷, consiste à envisager la relation entre sécurité et liberté non pas comme un antagonisme ou même une conciliation, mais comme un conditionnement de la liberté à la sécurité. Manuel Valls donne une parfaite illustration de cette position le 19 novembre 2015, en soutenant que « la sécurité, c'est la première des libertés »³⁰⁸ et, le lendemain, en affirmant que la sécurité conditionne toutes « les grandes libertés »³⁰⁹.

91. Ces deux approches – ou plutôt, ces éléments de langage – peuvent être critiquées à plusieurs titres. Premièrement, en conférant à la sécurité une valeur égale ou supérieure à la liberté, elles bouleversent l'une des idées fondamentales de l'État démocratique, selon laquelle « il n'y a de véritable sécurité que dans un État de droit, où les libertés sont protégées », au sens que la sécurité est le moyen de la liberté et jamais une fin en soi³¹⁰. D'autre part et surtout, elles permettent de cautionner des atteintes injustifiées aux libertés au nom de la sécurité, en laissant à penser qu'elles entraîneront un gain mécanique de sécurité sans avoir à prouver leur efficacité. Ce retournement conceptuel rend concevable de dire d'une loi sécuritaire qu'elle protège la liberté³¹¹ ou de soutenir que l'état d'urgence est le bouclier de l'État de droit³¹².

92. L'omniprésence médiatique et doctrinale de ces deux conceptions en occulte d'autres, plus réalistes. Une première alternative consiste à distinguer la « sécurité des temps de paix »

³⁰⁴ L'État n'est pas, comme les particuliers, libre de donner une finalité à son action. C'est l'intérêt général qui lui impose la finalité de ses actes (LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 196-197).

³⁰⁵ Dans la conception « formelle-sécuritaire » de l'État de droit, l'État est soumis à l'obligation juridique d'assurer la sécurité plus qu'au respect des droits et libertés (V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence fait à l'état de droit », in HENNETTE VAUCHEZS. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, op. cit.*, p. 28 et s.).

³⁰⁶ Illustrant alors l'assertion de Pierre Waldeck-Rousseau selon laquelle gouverner, c'est choisir « entre deux inconvénients » (cité par BURDEAU G., « La fonction gouvernementale », in BURDEAU G., *Écrits de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 157).

³⁰⁷ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 27.

³⁰⁸ VALLS M., Discours devant l'Assemblée nationale sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence, 19 novembre 2015.

³⁰⁹ VALLS M., Discours devant le Sénat sur le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence, 20 novembre 2015.

³¹⁰ ZARKA Y.-CH., « L'appartenance à une nation implique des droits, mais aussi des devoirs », *Le Monde*, 8 janvier 2016.

³¹¹ L. n° 81-82, 2 février 1981, renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes.

³¹² Cf. *infra*, n° 388.

et la « sécurité des temps de crise »³¹³, en tenant cette dernière pour susceptible de déroger plus intensément à la liberté. Mais cela revient seulement, schématiquement, à considérer que le curseur de l'axe entre sécurité et liberté peut s'aventurer plus loin du côté de la sécurité en temps de crise. Une tentative plus novatrice consiste à refuser d'envisager tout rapport de « vases communicants » entre la sécurité et à liberté, en pensant leur interconditionnement : « il n'y a pas de véritable sécurité sans liberté et il n'y a pas de liberté sans sécurité »³¹⁴. Cette formulation, qui n'est pas sans rappeler la citation apocryphe attribuée à Benjamin Franklin³¹⁵, a la vertu d'impliquer qu'il faille renforcer concomitamment, et non alternativement, la sécurité et la liberté.

93. L'agir de crise peut légitimement se substituer aux insuffisances du droit ordinaire quand la nécessité l'impose. Cependant, dans un État de droit, cette hypothèse impose un équilibre rationnel et juste³¹⁶. Pour être acceptables, les transgressions des droits et libertés fondamentaux doivent être ciblées, encadrées, nécessaires et proportionnelles³¹⁷. Elles doivent avoir pour stricte finalité de « conserver » la liberté, c'est-à-dire de permettre leur rétablissement ultérieur³¹⁸. Pour cela, la solution trouvée par la majorité des ordres juridiques européens est d'inscrire, avec toutes les difficultés théoriques et pratiques que cela implique, le non-droit dans le droit.

B – LA PRÉVISION JURIDIQUE DES SITUATIONS DE CRISE

94. S'il est fondamentalement contradictoire d'entendre conserver le droit en inscrivant en son sein les moyens de sa propre négation, abandonner l'État à l'anomie engendrée par la survenue inopinée d'une crise serait encore plus dangereux. En Europe continentale, cette prévision de l'exceptionnel s'est historiquement construite dans le droit, autour du modèle générique de « l'état d'exception » (§1). Résolument « acceptable », cette solution n'est pas pour autant « nécessaire », cette qualification devant être réservé à la seule idée intellectuelle

³¹³ LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », art. cit., p. 63.

³¹⁴ RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX, Observation thématique, L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'UE et de ses États membres à la menace terroriste, 31 mars 2003, p. 11.

³¹⁵ « Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre, et finit par perdre les deux ».

³¹⁶ ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 594 : « El dilema entre la libertad democrática y la seguridad del Estado no sea en absoluto inaccesible a una solución racional y democráticamente justa ».

³¹⁷ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 52.

³¹⁸ FERREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 210.

d'une démarche de prévention et d'anticipation des situations exceptionnelles. La longue histoire et l'assise intellectuelle conséquente de ce modèle ne suffisent pas à éclipser les limites théoriques qu'il porte, notamment à l'aune de modèles plus récents (§2).

§1 – Une réponse juridique à l'anomie de la crise

95. « *Si vis pacem, para bellum* ». L'État se doit de faire preuve de prophylaxie pour assurer sa pérennité face aux crises qui, presque inexorablement, le frapperont. L'histoire, la tradition légicentriste et la nécessité d'assurer la légitimité de l'agir de crise font du droit le médium privilégié de l'anticipation des situations exceptionnelles (a). Pour donner un cadre juridique aux crises à venir, les États d'Europe continentale ont majoritairement choisi de recourir au modèle historique du régime d'exception (b).

a – Une nécessaire intrusion de l'exceptionnel dans le droit

96. Pour assurer efficacement sa conservation face aux situations de crise qui, un jour ou l'autre, remettent en cause son autorité, l'intégrité de son territoire ou la sécurité de sa population, l'État se doit d'organiser *a priori* les modalités de sa réponse. Cet impératif fondamental, qui peut être qualifié de « prophylactique », permet de limiter les conséquences de la déstabilisation entraînée par la survenue d'une externalité négative.

97. Cette idée, aussi intemporelle qu'illustrée dans de nombreux champs, n'a rien d'excentrique. De Machiavel enjoignant le prince à agir avec industrie en temps de paix pour, « si Fortune venait à lui manquer », se trouver « prêt à vaincre »³¹⁹ à Bruce Ackerman qui, dans un vocabulaire plus contemporain, insiste sur la nécessité d'être toujours préparé pour le pire³²⁰, en passant par Rousseau mettant en garde l'État démocratique, « à chaque orage en danger de périr »³²¹ s'il ne sait prévoir les grandes crises, l'histoire de la pensée est irriguée par l'idée d'une nécessaire prévision des périls à venir. Jamais oisif en temps de paix³²², l'État se refusant à laisser l'avenir dicter son rythme fait de la prévision un remède à l'anomie de la crise. Une fois la crise passée, il revient à l'État de tirer les leçons de ses échecs pour maximiser ses chances futures de survie.

³¹⁹ MACHIAVEL, *Le prince*, *op. cit.*, p. 72.

³²⁰ ACKERMAN B., *Before the next attack...*, *op. cit.*, p. 168 : « It is never pleasant to think of the unthinkable. But once we start, perhaps we will systematically prepare for the worst as we hope for the best ».

³²¹ ROUSSEAU J.-J., *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, 1782, p. 98-99.

³²² MACHIAVEL, *Le prince*, *op. cit.*, p. 72.

98. Dans les États contemporains d'Europe continentale, cette prophylaxie s'exprime principalement à travers la règle de droit. Ce choix, aux racines et aux finalités multiples, répond directement à plusieurs impératifs inhérents aux rapports qu'ils entretiennent avec la règle de droit.

98.1. Le premier impératif peut être qualifié de « légicentrique ». Il résulte d'une croyance ancrée dans la pensée occidentale depuis l'antiquité – qui s'est progressivement structurée avec les siècles³²³ – en la capacité du droit – et dans une forme moderne, de la constitution – à discipliner le désordre. Dans la pensée d'Aristote³²⁴, c'est le *nomos* (la loi) qui dissout le *chaos* (le désordre). Au tournant du XVIII^e siècle, le mouvement idéologique du « constitutionnalisme » commandait de limiter le pouvoir au moyen de règles d'organisation judicieusement choisie, formant ensemble « la Constitution »³²⁵. Il revient dès lors à ces prescriptions, occupant le sommet de l'ordre juridique, de cadrer la réponse de l'État face aux crises, tant pour assurer son efficacité que pour se prémunir de l'arbitraire des décideurs. Dans la pensée légicentrique, le droit est donc un « lieu privilégié de la gestion des crises »³²⁶, qu'il faut nécessairement occuper pour ne faire des situations d'exception « des terrains vierges offerts à tous les dérèglements »³²⁷.

98.2. Le deuxième impératif peut être qualifié de « légaliste ». En démocratie, la légitimité, de type rationnelle légale³²⁸, est conditionnée par deux critères cumulatifs : les titulaires du pouvoir agissent au nom et en vue de l'intérêt général, et uniquement par les moyens que leur confère le droit. D'une part, pour que l'exercice du pouvoir de crise soit légitime, il doit donc être exercé de manière désincarnée, par des agents n'agissent pas selon le « seul décret de leur pensée »³²⁹, mais à l'aune d'une compréhension objective de prescriptions

³²³ ORTEGA SANTIAGO C., « El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo », UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 21, 2008, p. 331-353, spéc. p. 332.

³²⁴ PIERRÉ-CAPS A., « L'état d'exception dans la Rome antique », art. cit., p. 340.

³²⁵ HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 31.

³²⁶ V. GANNE Y., « L'anticipation de l'urgence par le droit... », in BRILLA M. et AL (dir.), *Le droit face à l'urgence...*, op. cit., p. 182.

³²⁷ ROBERT J., « Les situations d'urgence... », art. cit., p. 752.

³²⁸ Selon la typologie proposée par Max Weber (« Les trois types purs de la domination légitime », art. cit.), la légitimité du pouvoir dérive de trois types de dominations perçues comme légitimes : la domination traditionnelle, la domination charismatique et la domination rationnelle légale. Dans le cas présent, la prévision *a priori* de la possibilité de transgresser au droit ordinaire répond à l'impératif d'assurer une légitimité à l'action de type rationnelle légale (V. par ex. OZER A., *L'État*, op. cit., p. 79 ; HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 34).

³²⁹ SPINOZA, « *Traité théologico-politique* », trad. C. Appuhn, GF Flammarion, 1965, p. 329-332, cité par OZER A., *L'État*, op. cit., p. 105 : « Puisque (...) le libre jugement des hommes est extrêmement divers (...) ils ne pourraient vivre en paix si l'individu n'avait renoncé à son droit d'agir suivant le seul décret de sa pensée ».

leur ôtant toute liberté de choix. Par la magie du « mécanisme de la représentation », la décision prise n'est ainsi pas la leur³³⁰. D'autre part, l'agir de crise doit s'exercer sous une forme juridique, c'est-à-dire, au moyen de commandements tirés de l'application d'une règle générale, antérieure et connue des sujets³³¹. Si depuis la Révolution, le législateur tente de confiner les situations d'exception au sein de la légalité ou de la constitutionnalité³³², c'est pour assurer la légitimité de l'action politique face à la crise. Ce n'est donc qu'au prix d'artifices masquant le décalage parfois important qui existe en politique entre la présentation de la décision et ses ressorts réels, que les pouvoirs de crise peuvent, en démocratie, apparaître comme légitimes.

98.3. Le troisième impératif peut être qualifié de « pragmatique ». Il tient la prévision des pouvoirs de crise dans le droit comme une solution du moindre mal. D'une part, l'histoire démontre que le choix de ne pas inscrire dans le droit la possibilité de le transgresser mène à des atteintes de fait, plus dangereuses encore³³³. Plutôt qu'un droit respectant tous les canons démocratiques, mais ployant devant la force normative des faits et laissant, *de facto*, les transgressions s'opérer en dehors de son empire, il faut un droit prêt à affronter le pire, qui prévoirait sa propre mise en veille, de manière proportionnée et raisonnée, lors des situations qui l'exigent³³⁴. D'autre part, l'antiquité Romaine³³⁵ ou la II^e République française³³⁶ montrent qu'une prévision juridique judicieuse des crises participe à dissuader les gouvernants de faire un usage illégitime des pouvoirs d'exception ; le pouvoir arrêtant le pouvoir par la disposition des choses³³⁷. La normativisation³³⁸ – ou plus péjorativement, la banalisation³³⁹ – de l'exceptionnel dans le droit n'est pas toujours le symptôme d'un État aux tendances autoritaires.

³³⁰ V. FONBAUSTIER L., « Plaidoyer pour une quête d'essence », in JULIEN-LAFERRIERE F. et al. (dir.), *Quel sens pour le droit ?*, L'Harmattan, Presses Universitaires de Sceaux, Paris, 2008, 174 p., p. 13 ; HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 169.

³³¹ V. TROPER M., *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 71, 72 et 190 ; HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 85-87.

³³² SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 676.

³³³ En l'absence de prévisions, les autorités politiques agiront pour la sauvegarde de l'État, en dehors de tout cadre juridique ou par la création *ex nihilo* d'un droit nouveau (V. PHILIP-GAY M., « Temps et responsabilité des gouvernants », art. cit., p. 83).

³³⁴ V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, op. cit., p. 18-19.

³³⁵ Les dispositifs d'exception sous la Rome antique ont montré que le droit peut être une véritable garantie en situation de crise, tant qu'un organe veille à son respect (PIERRÉ-CAPS A., « L'état d'exception dans la Rome antique », art. cit.).

³³⁶ Les utilisations détournées et extensives dont fit l'objet l'état de siège à de multiples reprises – contre les monarchistes, les républicains et les bonapartistes – ont été limitées par des dispositions devenues plus contraignantes sous la II^e République (MASTOR W., SAINT-BONNET F., « De l'inadaptation de l'état d'urgence... », art. cit., p. 54-55).

³³⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. IV : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ».

³³⁸ ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 584.

³³⁹ ROBERT J., « Les situations d'urgence... », art. cit., p. 752.

Il peut être celui d'un État redoutant les conséquences de la désorganisation juridique autant que celles du fait exceptionnel lui-même.

b – Le choix continental du régime d'exception

99. Dès lors que l'on admet le principe d'une prévision de l'exceptionnel dans le droit, il convient d'en penser la forme et les modalités. C'est, dans le monde anglo-saxon, l'objet de *l'emergency preparedness*, c'est-à-dire du champ de recherche s'intéressant à la préparation par la règle de droit de la manière dont les pouvoirs publics feront face à l'urgence³⁴⁰. Schématiquement, ce processus implique plusieurs étapes ordonnées qui, partant de la situation factuelle d'un État à un moment donné, aboutissent par l'inscription dans le droit d'un dispositif d'exception.

99.1. La première phase mobilise des ressources théoriques et empiriques, dont l'énumération ne peut être que partielle (expertises géopolitiques et juridiques, données des services de renseignement, précédents historiques de crises étatiques ou études comparées) dont le traitement a pour finalité de recenser et de systématiser les situations de crises qui pourront survenir à plus ou moins long terme. À l'image du Général de Gaulle tirant les conséquences de l'impuissance de l'État français en 1940 pour penser l'article 16, toute disposition d'exception répond à un besoin ontologique pour l'état d'assurer sa protection future en appréciant le passé, et en envisageant l'avenir. Sous une forme accélérée, que l'actualité récente de la crise sanitaire illustre parfaitement, il peut aussi s'agir de répondre à un péril imminent ou déjà présent, aggravé par l'inadaptation de l'arsenal d'exception existant.

99.2. La seconde phase consiste à élaborer une stratégie de réponse aux situations de crises prospectives – ou plus pressantes – identifiées au préalable et, plus précisément, à penser des moyens d'action adaptés et proportionnés, susceptibles de permettre de préserver les intérêts menacés tout en limitant les externalités négatives, tant sur les plans matériels que juridiques, politiques ou moraux. Ce cahier des charges permet de penser un projet juridique de dispositif d'exception, à la fois situé dans la hiérarchie des normes et doté d'un contenu juridique formel et matériel.

³⁴⁰ GANNE Y., « L'anticipation de l'urgence par le droit... », art. cit., p. 164.

99.3. La troisième et dernière phase consiste à conférer une valeur juridique au projet de dispositif d'exception, par une révision de la Constitution, par un projet de loi et un débat parlementaire ou encore par voie réglementaire.

100. Parmi les nombreuses formes que peuvent revêtir les dispositifs juridiques de crise, l'Europe continentale a fait majoritairement le choix de « l'état d'exception » (ou, plus exactement, du régime d'exception³⁴¹). Ce modèle générique de pouvoirs de crise, largement commenté en doctrine³⁴², a pour ascendant historique le *justitium* romain³⁴³ ou, selon Carl Schmitt, la dictature romaine³⁴⁴. Il peut être défini comme une règle de droit ayant pour finalité de permettre aux autorités publiques d'affronter un péril majeur pour l'État, sa population, son territoire ou son ordre juridique, par des moyens exceptionnels, limités dans le temps et dans l'espace, tels que la suspension temporaire d'une ou plusieurs normes juridiques, la concentration de certains pouvoirs dans les mains d'une ou plusieurs autorités, ou encore l'accélération de certaines procédures. Consacrés explicitement, comme en France et en Espagne, ou infusés dans la pratique constitutionnelle d'États s'étant refusés à leur consécration explicite³⁴⁵, les régimes d'exception continentaux prennent des formes très variées, ce qui peut s'expliquer par la diversité des processus historiques aboutissant à leur mise en place³⁴⁶.

§2 – Les critiques adressées au modèle du régime d'exception

101. Le régime d'exception apparaît comme une solution pragmatique et lucide qui, libérée de l'idéal d'un droit intangible, parfait et universel qui animait les premières assemblées

³⁴¹ Si, comme précisé en introduction, cette étude privilégie la terminologie de « régime d'exception » à celle de « état d'exception » (cf. *supra*, n° 6), il convient de garder à l'esprit que la majorité des auteurs font le choix inverse.

³⁴² V. par ex. KERVEGAN J.-F., « État d'exception », in RAYNAUD PH., RIALS S., *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit., p. 231 ; RIVERO J., MOUTOUH H., *Libertés publiques*, Tome I, 9^e éd., Puf droit, Thémis Droit public, 271 p., p. 167-173 ; GUILD E., « Agamben face aux juges. Souveraineté, exception et antiterrorisme », *Cultures & Conflits*, 2004, n° 51 ; AGAMBEN G., « L'état d'exception », *Le Monde*, 12 décembre 2002 ; HASSNER P., « Vers l'État d'exception permanent ? », *Le Monde*, 23 juin 2003.

³⁴³ V. par ex. AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 71-86 et 115-118.

³⁴⁴ V. SCHMITT C., *La dictature*, op. cit. ; Pour une présentation du fonctionnement de la dictature romaine, V. FERREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 211 et s. ; Pour une critique du choix de rattacher l'état d'exception contemporain à la dictature romaine plutôt qu'au *justitium*, V. AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 81-82 et 86.

³⁴⁵ V. AGAMBEN G., *id.*, p. 23-24.

³⁴⁶ Pour un tableau comparé des régimes d'exception dans les États de l'Union européenne, V. SÉNAT, Note, *Législation comparée. Le régime de l'état d'urgence*, préc. ; Sur les régimes d'exception aux États-Unis d'Amérique, V. AGAMBEN G., *id.*, p. 13-14 et 26-41 ; Pour d'autres exemples étrangers, V. CERDA-GUZMAN C., « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *RFDC* n° 73, janvier 2008, p. 41-63, p. 47.

constituantes³⁴⁷, tire toutes les conséquences de la dureté du réel. Pour autant, la pertinence théorique de ce modèle et, par extension, l'opportunité d'y recourir dans le droit positif, font débat. Systématisée dans le droit, la lutte contre l'anomie de la crise peut elle-même devenir un mal pernicieux qui, par sa force de légitimation, ouvre la voie aux abus (a). La critique est d'autant plus forte que le modèle du régime d'exception (dit « néo-romain »), incapable de prévoir l'infinie diversité des situations de crise qui pourront advenir, paraît obsolète à l'aune du modèle « législatif » (b).

a – Une légitimation de l'agir à double tranchant

102. La systématisation de l'inscription et du recours aux régimes d'exception apporte des réponses, mais pose aussi de nouvelles problématiques, peut-être tout aussi préoccupantes. Les arguments développés précédemment, volontairement présentés sous le meilleur jour, doivent maintenant être reconsidérés et, pour certains, invalidés.

103. L'impératif légicentrique, faisant du droit le lieu privilégié de la gestion des crises, est aujourd'hui remis en cause. Les auteurs sont en effet nombreux à dénoncer le « panjuridicisme » contemporain. Très marquée en occident – et particulièrement vive en France³⁴⁸ –, cette tendance se caractérise par une volonté de tout réguler par le droit, c'est-à-dire, de laisser l'empire du droit s'immiscer toujours plus en profondeur dans les différents champs sociaux ou, selon l'expression de Jurgen Habermas, à coloniser l'ensemble du monde vécu³⁴⁹. Déjà problématique en elle-même, cette tendance panjuridique porte des dangers particuliers lorsqu'elle s'immisce jusque dans le champ des pouvoirs de crise.

103.1. Le premier danger est d'ordre quantitatif. Lorsqu'elle touche le droit d'exception, l'inflation législative entraîne des conséquences particulièrement délétères que dénoncent de nombreux juristes³⁵⁰. D'une part, la multiplication des textes provoque une

³⁴⁷ V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, op. cit., p. 26.

³⁴⁸ CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996); CONSEIL D'ÉTAT, 2006, p. 231, cité par HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 721 : « L'une des caractéristiques de l'exception française, liée aux colbertismes de droite ou de gauche, réside en effet dans la propension à attendre des miracles de la loi, à la juger en fonction de ses motifs plutôt que de ses conséquences, et à faire appel à l'État législateur à tout propos, en escomptant des résultats à la fois prompts, bienfaisants et exempts d'effets pervers ».

³⁴⁹ HABERMAS J., Cité par TERRÉ D., *Les questions morales du droit*, PUF, Ethique et philosophie morale, 2007, 362 p., p. 1.

³⁵⁰ V. par ex. CERDA-GUZMAN C., « La Constitution : une arme efficace... », art. cit., p. 51-52; AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 23-26.

complexification évitable de la norme³⁵¹. D'autre part, la juxtaposition des textes favorise les conflits accidentels entre plusieurs normes et participe, en faisant coexister des prescriptions contradictoires, à générer de l'arbitraire³⁵².

103.2. Le second est d'ordre qualitatif. Le phénomène des lois « faits-divers » qui l'accompagne inévitablement, amène à conditionner la sauvegarde de l'État à des textes peu réfléchis, enfermés dans leur contexte de naissance et écrits dans l'urgence. Révélant leurs lacunes lors des crises, ils ne servent ni le besoin de garantir un niveau minimal de sécurité juridique ni l'efficacité de la réponse étatique au péril qui le menace.

103.3. Le troisième est d'ordre structurel. L'inscription de l'exception dans le droit n'est jamais une pratique anodine. D'une part, le seul fait de poser une exception à une règle peut aboutir à la dénaturer ou à lui retirer toute effectivité³⁵³. D'autre part, il est toujours risqué d'habiliter une autorité à prendre acte des changements sociétaux pour apporter des exceptions aux règles, y compris lorsqu'il s'agit du Parlement³⁵⁴. Ce risque est exacerbé pour l'exception d'ordre constitutionnel. Amenant à modifier les rapports de pouvoir eux-mêmes³⁵⁵ et étant susceptibles d'abus spécifiques³⁵⁶, elle aurait, à l'image du droit constitutionnel lui-même³⁵⁷, une dimension plus dramatique que dans les autres matières du droit³⁵⁸. La passion et la violence qui caractérisent le débat constituant autour de l'article 16 de la Constitution de 1958 en témoignent³⁵⁹.

104. L'argument légaliste, conditionnant la légitimité de la réponse à la crise à sa conformité au droit, montre, sans être pour autant irrecevable, des contreparties problématiques dans le champ du droit d'exception.

104.1. La légitimité conférée par l'inscription dans le droit des états d'exception est nécessaire à l'acceptabilité des décisions, mais elle peut aussi conduire à couvrir les abus du

³⁵¹ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 16.

³⁵² VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 34 ; LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, op. cit., p. 288-290.

³⁵³ LEURQUIN-DE VISSCHER F., *id.*, p. 289-290.

³⁵⁴ LEURQUIN-DE VISSCHER F., *id.*, p. 279-282 ; VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 278.

³⁵⁵ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 675.

³⁵⁶ Pour un inventaire des dangers propres à l'exception et à l'urgence en droit constitutionnel, V. FRIER P.-L., *L'Urgence*, op. cit., p. 393-397.

³⁵⁷ Parce qu'il est fondement de la communauté politique et du droit lui-même, le droit constitutionnel doit, du fait de sa radicalité intrinsèque, être distingué des autres branches du savoir juridique : « *se trata, propiamente, del momento más radical del Derecho* » (ORTEGA SANTIAGO C., « El derecho constitucional en su contexto... », art. cit., p. 331).

³⁵⁸ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 106 et 107.

³⁵⁹ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 677.

pouvoir. Maurice Hauriou, dans son célèbre commentaire de l'arrêt *Dames Dol et Laurent*, met en garde contre les effets sournois de la « doctrine de l'état de guerre », et redoute dans une formule éloquente que, « comme une colossale éponge, [elle] ne serve à laver toutes les illégalités et toutes les fautes et à diluer toutes les responsabilités »³⁶⁰. Un avertissement tout aussi mémorable peut être trouvé chez Pierre-Laurent Frier : « le droit introduit et accepte l'urgence pour excuser, absoudre, gommer le non-droit »³⁶¹.

104.2. Déjà lourde en état, cette accusation portée au droit d'exception est peut-être encore insuffisante. Selon l'indépassable principe d'imprévisibilité³⁶², les énoncés juridiques ne peuvent que prendre position à l'avance³⁶³. Autrement dit, le texte échappe à l'auteur du texte, qui ne sait jamais comment il va être interprété. Le droit d'exception y est particulièrement sujet : par nature indéfini³⁶⁴, il ne permet pas de prescrire à l'interprète des limites claires entre les actions abusives et les actions légitimes. Il ne peut, dès lors, constituer un obstacle infranchissable à la volonté de l'interprète. À cet égard, l'aura de légitimité conférée par le droit d'exception n'a pas pour seule fonction de laver les abus : elle a aussi la faculté de leur ouvrir la voie³⁶⁵. Lors des débats de juillet 2022 sur le texte abrogeant les régimes d'exception de la crise sanitaire, les parlementaires se montraient toujours réservés quant à la possibilité laissée à l'exécutif de mettre en œuvre par une seule ligne dans un décret des mesures dérogatoires, sans avoir à en justifier préalablement de la nécessité devant eux³⁶⁶.

b – L'existence d'une alternative viable

105. La force toute particulière du principe d'imprévisibilité dans le champ de l'exception ébranle déjà en partie la portée de l'argument prophylactique. Il faut, en outre, lui opposer les arguments sérieux de l'imperfection, de la perte d'adaptabilité et de l'atteinte à la souveraineté que représente la prévision *a priori* des situations de crise et de leurs modalités de réponse.

³⁶⁰ HAURIOU M., « Limites des pouvoirs de police en temps de guerre. Note sous C.E., 28 février 1919, Dames Dol et Laurent », *Sirey*, 1918-1919.3.33.

³⁶¹ FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*

³⁶² Sauf à faire preuve « d'orgueil épistémologique », ce principe est une donnée première et indépassable de la théorie de l'interprétation (VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 106).

³⁶³ *Id.*, p. 105 et 127.

³⁶⁴ Cf. *infra*, n° 132 et s.

³⁶⁵ Pour un constat analogue, V. FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 433 et s. : « L'existence des textes, si elle place des bornes aux abus, [ne leur ouvrirait-elle pas] en même temps la voie ? ».

³⁶⁶ BAS PH., rapporteur, BONNECARRÈRE PH., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

105.1. En définissant la prévision comme le fait de décider pour l'avenir en envisageant les différents scénarii plausibles³⁶⁷, il est possible, dans une certaine mesure, de prévoir l'exceptionnel³⁶⁸ en faisant des expériences passées – guerres civiles, crises économiques, crises sanitaires ou coup d'État – autant de leçons pour l'avenir. C'est d'ailleurs le propre du droit – et *a fortiori*, du droit d'exception – de composer avec l'imprévisible³⁶⁹. Néanmoins, l'impossibilité de connaître à l'avance le visage exact que prendront les crises à venir³⁷⁰ fait planer un certain paradoxe sur leur prévision juridique : ce qui n'est pas encore advenu reste, par définition, à expérimenter ou à déterminer³⁷¹ et ne peut donc être anticipé que de manière imparfaite par la règle de droit³⁷².

105.2. Derrière cette critique un peu légère de la prophylaxie se cache un argument plus sérieux. Une telle prévision des crises à venir peut s'avérer préjudiciable en faisant perdre à la réponse de l'État sa capacité à s'adapter aux faits nouveaux. L'exception appelle à une réponse exceptionnelle, libérée des dogmes du passé qui, comme autant de « chaînes pour l'avenir »³⁷³, ont pour effet de rendre le droit impuissant devant les réalités futures qu'il n'aura pas su imaginer et finalement, menace directement sa conservation³⁷⁴. Il faudrait alors, comme le dit Portalis, laisser à la jurisprudence les cas rares et extraordinaires³⁷⁵.

105.3. Enfin, une telle prophylaxie pourrait conduire – théoriquement du moins³⁷⁶ – à une perte de souveraineté. C'est ce qu'exprime Rousseau en ces termes : il est « contre la nature du corps politique que le Souverain s'impose une loi qu'il ne peut enfreindre »³⁷⁷, parce que « chaque acte de souveraineté ainsi que chaque instant de sa durée est absolu, indépendant de celui qui précède et jamais le souverain n'agit parce qu'il a voulu, mais parce qu'il veut »³⁷⁸.

³⁶⁷ CNRTL, entrée « prévoir ».

³⁶⁸ C'est l'idée au fondement même de l'*emergency preparedness* (cf. *supra*, n° 99).

³⁶⁹ V. not. GANNE Y., « L'anticipation de l'urgence par le droit... », art. cit., p. 163.

³⁷⁰ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 119.

³⁷¹ CNRTL, entrée « inconnu ».

³⁷² La doctrine le rappelle fréquemment. V. HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 564 ; TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 107 ; ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 584.

³⁷³ ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit. : « Il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir ».

³⁷⁴ V. SFEZ G., *Les doctrines de la raison d'État*, op. cit., p. 21.

³⁷⁵ PORTALIS J-E-M, Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801 : « C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les cas rares et extraordinaires qui ne sauraient entrer dans le plan d'une législation raisonnable, les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur, et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir, ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger ».

³⁷⁶ L'existence du régime historique de l'état d'urgence n'a pas empêché le Parlement français de voter un nouveau dispositif plus spécifique lors de la crise sanitaire (cf. *infra* n° 297). Si les régimes d'exception sont des chaînes pour l'avenir, les détenteurs de la souveraineté nationale en ont la clé.

³⁷⁷ ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., I, V.

³⁷⁸ ROUSSEAU, *Fragments politiques*, III, 11.

106. La série d'impératifs justifiant le principe du recours au modèle du régime d'exception appelle ainsi à de nombreuses nuances qui, une fois considérées, permettent de douter, avec tout autant de certitudes, de la pertinence théorique de ce modèle. Dangereusement légitimant, multiplié *ad nauseam* dans le droit positif, incapable de prévoir précisément les situations de crise à venir et susceptible de faire perdre à la réponse étatique son adaptabilité, il pourrait être remplacé par des autorisations concédées au cas par cas par le Parlement.

106.1. Si les Constitutions contemporaines sont nombreuses à prévoir des régimes d'exception, ou du moins, des dispositions spéciales permettant de composer avec les situations d'urgence et de crise³⁷⁹, certains États pensent autrement la sauvegarde de leurs intérêts les plus fondamentaux. À côté du modèle dit « constitutionnel » ou « néo-romain », celui de la prévision *a priori* de la crise par l'inscription dans le droit d'états d'exception, il existe une alternative parfaitement viable : le modèle dit « législatif »³⁸⁰. Brièvement résumé, il consiste à s'abstenir d'organiser par avance des pouvoirs d'exception, au profit d'habilitations *ad hoc* conférées par l'organe législatif à l'organe exécutif lorsque la crise survient et, à défaut, de légitimer juridiquement les mesures urgentes qu'il prend par une loi postérieure (une « *bill of indemnity* »).

106.2. L'idée d'inscrire dans le droit les transgressions majeures des droits et libertés fondamentaux que peuvent imposer les situations de nécessité suscite une véritable aversion dans la conception anglo-saxonne du droit. Profondément enracinée, cette conception persiste dans de nombreux ordres juridiques contemporains appartenant – ou issus historiquement – de la *Common Law*³⁸¹. Ainsi, la Grande-Bretagne ne reconnaît aucun pouvoir d'exception à l'exécutif qui ne soit pas délégué directement par une loi ordinaire du Parlement³⁸². Aux États-Unis, la situation juridique de l'exceptionnelle est plus hybride. Si la Constitution américaine prévoit deux mécanismes d'exception rapprochant son arsenal d'exception du modèle néo-romain³⁸³, ils sont, en pratique, peu mobilisés. Pour combattre les crises majeures qu'ils ont connues dans leur histoire récente, les États-Unis ont privilégié la législation ordinaire³⁸⁴.

³⁷⁹ FEREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 210 ; Pour des illustrations comparées, cf. *infra*, n° 113 et s.

³⁸⁰ *Id.*, p. 218.

³⁸¹ MUÑOZ MACHADO S., « Prologo », in ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 20.

³⁸² FEREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 215.

³⁸³ Arts. I, § 9, cl. 2 ; II, § 2, cl. 1., U.S. Constitution.

³⁸⁴ FEREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 215.

106.3. Les vertus de ce nouveau modèle peuvent être sérieusement discutées, tant au regard du pouvoir d'excepter illimité qu'il confère au Parlement dans des systèmes qui, de surcroît, fonctionnent sur le mode d'un parlementarisme majoritaire, que des illustrations peu engageantes de son application dans l'histoire récente³⁸⁵. La présentation par certains auteurs du modèle législatif comme une évolution salutaire et indispensable d'un modèle néo-romain archaïque, sinon symptomatique d'une fragilité démocratique, paraît à ce titre injustifiée. Pour autant, l'existence d'un modèle concurrent reste un coup sévère porté à la nécessité présumée de recourir aux régimes d'exception. De manière plus prospective, il est possible de voir dans la tendance contemporaine à la création de régimes d'exception spécialisés³⁸⁶, dans le recours de plus en plus systématique à des régimes de sortie de crise élaborés sur mesures par l'organe législatif³⁸⁷ et dans l'immixtion croissante de questionnements sur l'opportunité de continuer de recourir à des régimes d'exception dans les débats parlementaires³⁸⁸ autant de signaux faibles indiquant le déclin de ce modèle.

³⁸⁵ Le *Patriot Act*, cette loi antiterroriste promulguée le 26 octobre 2001 aux États-Unis, a montré que les pouvoirs d'urgence attribués par le Parlement, même s'ils sont supposés permettre la prise de normes temporaires pour rétablir la situation, peuvent conduire à modifier en profondeur la législation ordinaire.

³⁸⁶ Cf. *infra*, n° 274.

³⁸⁷ Cf. *infra*, n° 411 et s.

³⁸⁸ Lors du débat parlement sur le texte succédant aux différents régimes d'exception de la crise sanitaire, députés comme sénateurs ont débattu de l'opportunité, pour l'avenir, de créer un régime pérenne permettant d'appréhender les futures crises sanitaires. Alors que pour certains, il est préférable de disposer d'un cadre légal, construit sur la base d'une discussion approfondie, pouvant être rapidement déclaré lorsqu'une crise survient, il faudrait plutôt, pour d'autres, obliger l'exécutif à discuter au cas par cas des pouvoirs de crise qu'il réclame devant le Parlement, conformément à la logique d'un régime parlementaire (V. spéc. HOULIÉ S., président de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022 ; BAS PH., rapporteur, RICHARD A., BONNECARRÈRE PH., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022).

SECTION II – LA FONCTION DE L'ÉTAT D'URGENCE

107. La restitution de la place fonctionnelle occupée par le modèle de l'état d'urgence implique, dans un premier temps, d'identifier la place relative occupée par l'état d'urgence dans le droit positif, notamment vis-à-vis des autres régimes d'exception, ainsi que les fonctions qui lui sont attribuées dans la pratique, lorsqu'il est mobilisé. S'il faut rester critique sur les typologies doctrinales des régimes d'exception qui, parfois de manière très détaillée, notamment en Espagne, entendent situer les régimes d'exception les uns par rapport aux autres selon des critères parfois déconnectés du réel, la confrontation des états d'urgence du droit positif à ces modèles constitue une étape indispensable pour en isoler les caractéristiques **(A)**. Les spécificités du modèle de l'état d'urgence ne doivent cependant pas amener à le penser comme fondamentalement différent de celui de « l'état d'exception ». Le haut degré d'indétermination des états d'urgence du droit positif, ses effets ambigus sur l'ordre juridique et les dangers – factuellement avérés – inhérents à la mise en œuvre de ses mesures et à son inscription dans la durée sont des limites opérationnelles qu'il partage avec d'autres régimes d'exception **(B)**.

A – UN RÔLE JURIDIQUE SPÉCIFIQUE

108. Les occurrences directes de l'expression « état d'urgence » dans les droits positifs français, espagnols et étrangers permettent l'identification d'un ensemble de critères fonctionnels relativement cohérent. Si ces manifestations ne sauraient suffire à définir un modèle distinct des dispositifs nominalement désignés d'états d'urgence, cette première approche confirme la large diffusion de ce modèle, comme la constance de la place fonctionnelle qu'il occupe au sein de l'ordre juridique (§1). En confrontant les caractéristiques du modèle de l'état d'urgence – relatives aux modalités de déclaration, au degré de définition des pouvoirs conférés ou aux garde-fous institués – aux principales typologies construites par la doctrine, il ressort que l'état d'urgence occupe une position hybride, à mi-chemin entre les idéaux types de l'état d'exception et de l'état exceptionnel (§2).

§1 – La fonction de l'état d'urgence dans le droit positif

109. Ce qui ressort immédiatement du « proto-modèle » de l'état d'urgence pouvant être reconstruit sur la base du seul droit positif, c'est son succès juridique : il est au cœur des arsenaux d'exception français et espagnols. Des catastrophes naturelles aux révoltes, les états d'urgence constituent le dispositif privilégié de l'action de crise de l'État (**a**). Ce constat se confirme et se précise à l'aune d'exemples étrangers, tant au regard de la nature et du niveau de gravité des situations qu'il a vocation à appréhender que de son positionnement intermédiaire dans la hiérarchie des régimes d'exception (**b**).

a – Des occurrences directes et fonctionnelles dans les ordres juridiques étudiés

110. La rigueur de la méthode scientifique se heurte parfois à des problèmes qui paraissent insolubles. En l'espèce, la compréhension de la fonction occupée par l'état d'urgence dans le droit positif implique de s'appuyer sur l'analyse de dispositifs juridiques représentatifs de ce modèle. Or, pour identifier les états d'urgence du droit positif, il faut disposer au préalable d'une définition juridique réelle de cette notion, elle-même dépendante de la fonction juridique du modèle auquel elle renvoie. Pour sortir de cette boucle paralysante, il convient d'admettre stipulativement que les dispositifs explicitement désignés comme des « états d'urgence » renseignent directement sur la fonction juridique du modèle de l'état d'urgence et, ainsi, permettent l'identification d'autres régimes d'exception qui leur sont fonctionnellement assimilables.

111. Le droit français contemporain a récemment connu deux dispositifs répondant à l'appellation nominale d'état d'urgence : l'état d'urgence « sécuritaire » et l'état d'urgence « sanitaire ». Témoins directs de l'importance du modèle de l'état d'urgence dans l'arsenal d'exception français, ils donnent une première approximation de la place fonctionnelle occupée par ce modèle.

111.1. L'état d'urgence sécuritaire est prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie, telle que modifiée par sept normes de valeur législative entre 1955 et 2017³⁸⁹ et sept décisions QPC ayant abrogé certaines

³⁸⁹ La loi du 7 août 1955, l'ordonnance du 15 avril 1960, la loi du 20 novembre 2015, la loi du 21 juillet 2016, la loi du 19 décembre 2016, la loi du 28 février 2017 et la loi du 11 juillet 2017.

de ces dispositions entre 2016 et 2018³⁹⁰, ainsi que par le code de la défense, qui fait référence à ce régime en son article L. 2131-1. Cet état d'urgence vise deux hypothèses factuelles distinctes : le « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » et les « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ».

111.2. Ce champ factuel exclut les situations d'ordre militaire. Celles-ci entrent dans le champ de l'état de siège prévu à l'article 36 de la Constitution et aux articles L. 2121-1 à L. 2121-8 du code de la défense, qui peut être déclaré en cas de « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée ». Il exclut aussi les situations qui, sans avoir spécifiquement une dimension militaire, sont d'une gravité telle que les intérêts les plus fondamentaux de l'État sont menacés. Celles-ci entrent dans le champ des pleins pouvoirs du Président de la République prévus à l'article 16 de la Constitution, déclarés « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». Bien que très dérogatoire, l'état d'urgence sécuritaire répond, dans l'arsenal français, à des circonstances moins graves que ces deux autres régimes d'exception.

111.3. L'état d'urgence sanitaire a été créé par la loi du 23 mars 2020³⁹¹, qui a ajouté un chapitre 1^{er} bis au titre III du livre 1^{er} du code de la santé publique. Temporaire, ce régime est abrogé par la loi du 30 juillet 2022³⁹². Plus spécifique que l'état d'urgence sécuritaire, il s'inscrivait dans le champ de sa seconde hypothèse de déclaration, sans la recouvrir entièrement. L'état d'urgence sanitaire peut être mobilisé en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. Sa finalité était de permettre aux autorités administratives de prendre des mesures utiles en cas d'épidémie. Les dérogations qu'il

³⁹⁰ Cons. const., déc. 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] ; Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre* [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II] ; Cons. const., déc. n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme* [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III] ; Décision n° 2016-624 QPC du 16 mars 2017, *M. Sofiyani I.* [Durée maximale de l'assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence] ; Cons. const., déc. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L.* [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence] ; Cons. const., déc. n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'homme* [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence] ; Cons. const., déc. n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association la cabane juridique / Legal Shelter et autre*.

³⁹¹ L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

³⁹² L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

permet sont moins intenses que celles permises par le dispositif de l'état d'urgence sécuritaire, dont il est directement inspiré.

112. Le droit espagnol contemporain ne connaît aucune occurrence littérale de l'expression « état d'urgence » : il n'existe pas d'*estado de urgencia* ou d'*estado de emergencia*. Cependant, dépasser la recherche d'occurrences littérales au profit d'une approche matérielle permet de rendre compte d'une remarquable proximité fonctionnelle entre les états d'urgence français et deux des dispositifs prévus par la Constitution espagnole de 1978.

112.1. La Constitution espagnole prévoit en son article 116 trois états d'exceptions, ultérieurement précisés et rendus applicables par la loi organique 4/1981 : l'état d'alerte (*estado de alarma*), l'état d'exception (*estado de excepción*) et l'état de siège (*estado de sitio*). Si l'état de siège, qui vise les situations insurrectionnelles ou militaires contre la souveraineté, l'indépendance, l'intégrité territoriale ou le système constitutionnel espagnol, correspond aux situations visées par l'état de siège français, les deux autres régimes d'exception recouvrent, de manière complémentaire, l'ensemble du champ des états d'urgence français.

112.2. L'état d'alerte admet de nombreuses hypothèses factuelles de déclaration, telles que les catastrophes naturelles, les épidémies, les pénuries de produits de première nécessité ou l'interruption des services publics. Il vise ainsi des situations analogues à la seconde hypothèse de déclaration de l'état d'urgence sécuritaire et, pour l'une, à l'hypothèse unique de l'état d'urgence sanitaire. Cette proximité est confirmée par la pratique. Lors de la crise du coronavirus, l'état d'urgence et l'état d'alerte ont assuré le même rôle fonctionnel dans leurs ordres juridiques respectifs.

112.3. L'état d'exception a vocation à remédier à des situations d'altérations graves de l'ordre public (*lato sensu*). Il correspond, substantiellement, à la première hypothèse de l'état d'urgence sécuritaire. Du fait de cette proximité fonctionnelle, plusieurs nomenclatures institutionnelles et doctrinales, françaises comme espagnoles, rapprochent comparativement l'état d'exception espagnol et l'état d'urgence français³⁹³. Dans un même sens, la littérature anglo-saxonne tend à traduire l'expression *estado de excepción* par *state of emergency*³⁹⁴ ce qui, au vu de la compréhension anglo-saxonne de cette dernière expression³⁹⁵ et des dispositions prévoyant l'état d'exception espagnol, apparaît comme parfaitement fondé.

³⁹³ GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución, op. cit.*, p. 1786-1787 ; SÉNAT, Note, Législation comparée. L'état d'urgence, préc.

³⁹⁴ COMMISSION DE VENISE, *Emergency Powers, Science and technique of democracy*, n° 12, 1995, p. 8-9.

³⁹⁵ Cf. *infra*, n° 181.

b – Une réalité positive instructive dans les ordres juridiques étrangers

113. Pour affiner le proto-modèle fonctionnel de l'état d'urgence identifié par l'analyse des prévisions positives françaises et espagnoles, il est pertinent de se tourner vers les exemples comparés. Une étude non exhaustive des occurrences – directes ou indirectes – du modèle de l'état d'urgence dans certains ordres juridiques étrangers et de l'articulation interne de ces régimes d'exception au sein de leurs arsenaux d'exception respectifs permet de confirmer certaines des tendances fonctionnelles du modèle de l'état d'urgence. Les hypothèses factuelles auxquelles les régimes d'exception répondent peuvent être hiérarchisées à l'aune du critère de la prégnance des considérations politiques et régaliennes qui les traversent.

114. Les menaces militaires et insurrectionnelles occupent le haut de l'échelle des crises. Si, dans la plupart des États, elles sont appréhendées à travers le modèle de l'état de siège ou par d'autres régimes spécialisés, ces menaces peuvent relever d'un état d'urgence lorsque leur gravité est limitée.

114.1. Les états d'urgence n'ont pas vocation première à répondre à des situations de nature militaire ou insurrectionnelle. En France et en Espagne, ces menaces sont appréhendées à travers le modèle de l'état de siège. Dans d'autres États, les régimes d'exception dédiés à ces hypothèses factuelles ne relèvent pas directement du modèle de l'état de siège, à l'image de l'état de défense³⁹⁶ et de l'état de tension³⁹⁷ en Allemagne.

114.2. Il est cependant fréquent que les hypothèses factuelles de déclaration des états d'urgence empiètent partiellement sur le champ d'application de ces dispositions réputées plus dérogatoires. C'est le cas en France, du fait de l'indétermination notionnelle des énoncés, mais aussi en Espagne, où prévaut une conception gradualiste du rapport entre les hypothèses de recours aux dispositifs de l'article 116, ainsi qu'au Portugal, où l'article 19.3 de la Constitution pose le critère de la « moindre gravité » des circonstances de fait pouvant donner lieu à la déclaration de l'état d'urgence³⁹⁸.

115. La calamité publique, ou selon une terminologie plus moderne la catastrophe naturelle, industrielle ou sanitaire, occupe l'extrémité basse de cette échelle. Face à une telle menace, les ordres juridiques étudiés prévoient soit l'existence d'un régime d'exception dédié,

³⁹⁶ Arts. 12a III – VI, 53a, 87a III, 96 et 115a-1, Loi Fondamentale allemande.

³⁹⁷ Arts. 80a et 87a III, Loi Fondamentale allemande.

³⁹⁸ L'article 19 de la Constitution portugaise de 1979 et la loi organique n° 44 du 30 septembre 1986 prévoient la possibilité de déclarer l'état d'urgence (NB : traduction officielle) en cas d'agression militaire, d'atteinte à l'ordre constitutionnel ou de calamité publique.

soit l'intégration de cette hypothèse à un régime d'exception plus englobant, relevant souvent du modèle de l'état d'urgence, soit encore une solution hybride. Ces dispositifs, aux caractéristiques variées, ont été mobilisés par la quasi totalité des États-membres de l'Union européenne pendant la crise de la Covid-19³⁹⁹.

115.1. La première possibilité correspond au modèle espagnol de l'état d'alerte. Elle est aussi illustrée par l'ordre juridique hongrois contemporain, où la nouvelle constitution a désolidarisé « l'état de péril imminent » (qui vise les calamités publiques) de l'état d'urgence⁴⁰⁰, ainsi que par le cas allemand, où les calamités publiques relèvent du régime spécialisé de « l'entraide judiciaire et administrative et de l'aide en cas de catastrophe »⁴⁰¹.

115.2. La deuxième possibilité correspond au modèle français, dans lequel la lutte contre les calamités publiques est annexée au dispositif plus général de l'état d'urgence de 1955. C'est aussi le cas de l'ancienne Constitution hongroise, dans laquelle le régime de l'état d'urgence incluait les situations de calamité publique⁴⁰². Ce modèle peut néanmoins admettre des tempéraments, à l'image de l'état d'urgence sanitaire qui a eu pour effet d'excepter temporairement du champ de l'état d'urgence sécuritaire l'hypothèse spécifique de la crise sanitaire.

115.3. À égale distance des modèles français et espagnols, le cas turc dessine les contours d'un modèle hybride, dans lequel les deux hypothèses factuelles se rattachent substantiellement à un même régime, mais sont dotées d'une grande indépendance⁴⁰³. En effet, si la Constitution turque prévoit un régime commun de l'état d'urgence et fait mention au singulier de sa proclamation, ses hypothèses factuelles, respectivement le trouble grave à l'ordre public et la calamité publique⁴⁰⁴, sont prévues à deux articles distincts et sont doublées de différences procédurales importantes.

115.4. Ainsi, l'état d'urgence peut avoir pour fonction auxiliaire de régir des situations qui relèvent des calamités publiques quand il n'existe pas de régime dédié, mais ce n'est que très rarement son objet principal. Le seul exemple trouvé en ce sens est le cas italien, dans

³⁹⁹ V. not. Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 7 et s.

⁴⁰⁰ Arts. 48 et 50, Loi fondamentale de la Hongrie du 18 avril 2011.

⁴⁰¹ Arts. 35 II et III, Loi Fondamentale allemande. Il prévoit l'assistance mutuelle entre les Länder en cas de catastrophe, notamment sous la forme d'une aide policière et logistique.

⁴⁰² Art. 19, Constitution de la République de Hongrie du 20 août 1949.

⁴⁰³ Pour la Commission de Venise, ces différences sont suffisantes pour évoquer deux régimes différents (V. *Emergency Powers...*, préc., p. 10).

⁴⁰⁴ V. arts. 119 à 121, Constitution turque du 18 octobre 1982.

lequel l'état d'urgence législatif a vocation exclusive à répondre aux situations de calamités publiques⁴⁰⁵.

116. Le milieu de l'échelle des crises recoupe un ensemble plus disparate d'intérêts plus ou moins vitaux pour l'État, pour lequel l'état d'urgence apparaît comme une réponse privilégiée.

116.1. Comme le met en évidence la typologie de Vicente Álvarez García, la menace peut porter, de manière décroissante, sur la survie de l'État, qui constitue l'élément minimal de la continuité de la vie du groupe social ; sur le maintien des services essentiels au fonctionnement de la communauté et le maintien de l'ordre public, qu'il faut maintenir à un niveau minimum pour assurer la santé et la coexistence pacifique au sein de la communauté ; et, enfin, sur les intérêts individuels, à savoir la garantie des droits et libertés⁴⁰⁶. Cette catégorie par défaut de « péril » comprend les actes terroristes, les troubles importants à l'ordre public causés par des manifestations violentes et toute autre situation grave pour les intérêts de l'État ne relevant d'aucun des deux autres champs spéciaux.

116.2. Les arsenaux d'exception étudiés révèlent que, de manière générale, la lutte contre ces périls s'organise autour du modèle de l'état d'urgence. C'est le cas en France et en Espagne, comme vu précédemment, mais aussi au Royaume-Uni, où les articles 19 et suivants du *Civil Contingencies Act* du 18 novembre 2004 prévoient des pouvoirs d'urgence (« *emergency powers* ») en cas de graves dommages susceptibles d'affecter les personnes ou les biens, de terrorisme ou d'atteintes sérieuses à la sécurité.

116.3. Il existe néanmoins des exceptions. Premièrement, quand ces circonstances revêtent une gravité extrême, sans pour autant revêtir un caractère militaire, elles peuvent relever de l'état de siège, comme c'est le cas dans l'ordre juridique turc⁴⁰⁷. Deuxièmement, quand elles revêtent une gravité moindre, sans changer de nature, il peut être prévu de recourir à un régime d'exception moins intense, comme sous l'empire de la loi fondamentale hongroise

⁴⁰⁵ Loi italienne n° 225/1992 du 24 février 1992 portant institution du service national de protection civile (*stato di emergenza*).

⁴⁰⁶ **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 575.

⁴⁰⁷ L'état de siège prévu à l'article 122 de la Constitution turque de 1982 vise situations de nature différentes (insurrectionnelles, guerrières), ainsi que de même nature, mais d'intensité supérieure (« dans les cas d'extension d'actes de violence plus graves encore que ceux qui rendent la proclamation de l'état d'urgence nécessaire »).

de 1949⁴⁰⁸. Enfin, troisièmement, la prise en compte de ces hypothèses factuelles intermédiaires peut être assurée par plusieurs dispositifs, comme c'est le cas en Italie⁴⁰⁹ et en Allemagne⁴¹⁰.

117. Il apparaît, à l'issue de cette brève comparaison fonctionnelle des états d'urgence dans le monde, que la nature et la gravité des circonstances factuelles visées constituent les critères principaux du choix du nom – et par extension, de la filiation historique – d'un régime d'exception. Les états d'urgence nominaux sont, en ce sens, principalement associés à des circonstances de faits menaçant l'ordre public et, plus subsidiairement, à des situations de calamité publique⁴¹¹. Il serait toutefois insuffisant de fonder la distinction entre le modèle de l'état d'urgence et les autres modèles de régime d'exception sur ce seul critère.

§2 – La place de l'état d'urgence dans les typologies doctrinales

118. Si les auteurs s'accordent sur le principe d'une distinction entre l'état de nécessité et le régime d'exception, les typologies des régimes d'exception qu'ils proposent manquent d'unité. Distinctes par leur degré de généralité, le nombre de classes qu'elles admettent ou les terminologies qu'elles emploient (a), ces constructions abstraites de la doctrine permettent néanmoins de situer l'état d'urgence comme un régime hybride, empruntant, selon un équilibre soumis à des variations, aux modèles de l'état d'exception et de l'état exceptionnel (b).

a – Une typologie doctrinale gradualiste des régimes d'exception

119. La grande majorité des auteurs s'accordent sur une distinction fondamentale entre « état de nécessité » et « état d'exception » (ou, dans cette étude, de « régime d'exception »⁴¹²). L'état de nécessité est l'action de fait prenant place en l'absence d'un droit d'exception ou

⁴⁰⁸ La Constitution de la République de Hongrie du 20 août 1949 réserve « l'état d'urgence » aux hypothèses les plus graves. Pour les situations d'une gravité inférieure, elle prévoit « l'état de danger », et « l'état de péril imminent ».

⁴⁰⁹ Il s'agit du décret-royal italien n° 773 du 18 juin 1931 prévoyant l'état de péril public (régime depuis tombé en désuétude), de l'article 77 de la Constitution, permettant au gouvernement de prendre des mesures provisoires ayant valeur de loi dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence et de l'article 13 de la Constitution, qui permet de limiter la liberté personnelle dans les cas exceptionnels de nécessité et d'urgence.

⁴¹⁰ En Allemagne, le champ du modèle de l'état d'urgence est épuisé par « l'état de crise intérieure » (arts. 91 et 87a, IV, Loi fondamentale allemande), ainsi que par la notion de « péril en la demeure » qui irrigue la procédure pénale et le « droit policier » (V. SÉNAT, Note, Législation comparée. Le régime de l'état d'urgence, préc.).

⁴¹¹ Ce constat rejoint substantiellement la définition des états d'urgence proposée par des auteurs comme Karine Roudier (« L'état d'urgence dans les pays de l'Union européenne : approche comparative », *P@ges Europe*, mai 2017, en ligne), même si à notre sens, la définition proposée par cette auteure souffre de la faiblesse de ne pas avoir nuancé son constat, en affirmant que l'état d'urgence ne relève pas d'une situation d'agression armée, alors qu'il existe pourtant des ordres juridiques où c'est le cas.

⁴¹² Cf. *supra*, n° 6.

lorsque la capacité prévisionnelle du droit est outrepassée par le fait⁴¹³. Cet agir extrajuridique peut, sous certaines conditions, être « excusé » : c'est l'exonération politique ou juridique de l'autorité d'application par l'organe législatif⁴¹⁴. Dans un sens, l'état de nécessité s'apparente à une violation juridique de la Constitution par le pouvoir exécutif au nom d'un principe suprajuridique, dérivé de la maxime « *salus populi suprema lex* »⁴¹⁵. Contrairement à une confusion fréquemment véhiculée par les auteurs, l'état de nécessité n'est donc pas toujours la forme la plus « violente » et « dangereuse » de l'action de crise : elle est seulement la plus indépendante du droit positif. Par opposition, tout agir de crise prévu par le droit relève de la catégorie du régime d'exception.

120. Cette conception très extensive du régime d'exception doit être affinée, tant la vaste réalité à laquelle elle renvoie – du régime peu dérogatoire à la véritable dictature constitutionnelle – empêche tout débat constructif. La doctrine a, pour cette raison, proposé de nombreuses typologies des régimes d'exception⁴¹⁶, qu'il est possible de rassembler selon le nombre de classes qu'elles admettent.

121. Depuis Carl Schmitt, il est fréquent en doctrine de penser le modèle du régime d'exception sous la forme d'une opposition binaire, fondée sur le niveau de contrainte exercé sur l'autorité d'application. Cependant, plusieurs critiques sérieuses obligent à en reconsidérer la pertinence.

121.1. L'opposition binaire de référence est attribuée à Carl Schmitt, qui renvoie dos à dos « dictature de commissaire » et « dictature souveraine ». Elle permet de discriminer les régimes d'exception limitants, des chèques en blanc faits à l'interprète authentique de crise. Dans le premier cas, les pouvoirs de l'autorité habilitée sont déterminés par avance. Tenu au respect de la légalité extraordinaire par des limites juridiques concrètes, il ne peut être tenu pour un législateur omnipotent⁴¹⁷. Il s'agit, par exemple, du modèle adopté par l'état de siège espagnol et par l'état de siège français. Au contraire, les régimes d'exception de la seconde catégorie confèrent à l'interprète de crise – le plus souvent, l'organe exécutif – un pouvoir quasi

⁴¹³ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 28-31 ; GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, p. 1765.

⁴¹⁴ Cet acte d'exonération prend une forme juridique – celle d'une « *ley de indemnidad* » – dans les régimes où le Parlement est souverain et politique si le Parlement est soumis à la Constitution (V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, 200 p., p. 28-31).

⁴¹⁵ V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 28-30.

⁴¹⁶ Pour une énumération de ces typologies chez les auteurs espagnols, se référer à GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, p. 1767.

⁴¹⁷ GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, p. 1765-1767.

illimité, sur le plan matériel comme temporel et avec des possibilités de contrôle très réduites⁴¹⁸. C'est le modèle de l'article 48 de la Constitution de Weimar en Allemagne, de l'article 16 en France, ou de l'article 10 d) de la *Ley organica del Estado* de 1967 en Espagne.

121.2. Les auteurs français et espagnols se sont approprié cette distinction sous de nouvelles terminologies. En France, Pierre-Laurent Frier distingue, parmi les « pouvoirs d'urgence », les mesures ayant un contenu prédéterminé de celles ayant un contenu indéterminé et donc, laissé à l'appréciation de l'autorité à laquelle elles sont confiées⁴¹⁹. De la même manière, en Espagne, Vicente Álvarez García⁴²⁰ et Julio Pérez-Serrano⁴²¹ distinguent la « législation d'exception », limitée par avance, de la « clause générale », laissée au pouvoir souverain de son interprète.

121.3. Cette typologie binaire fait l'objet de deux critiques parfaitement contraires. La première remet en cause l'idée même d'une typologie des pouvoirs d'exception. Pour François Saint-Bonnet, il faut exclure du champ du régime d'exception la dictature de commissaire qui, prévue par le droit, ne peut être tenue comme appartenant au modèle générique de l'état d'exception⁴²². Autrement dit, il n'existe qu'un seul type d'état d'exception : l'état de nécessité. La seconde, à laquelle souscrit cette étude, reproche au contraire à la typologie binaire des régimes d'exception son absence de nuance. Dichotomique plutôt qu'axiale, elle amène à caricaturer la réalité juridique. Une simple lecture des dispositions prévoyant les régimes d'exception tenus pour limitants montre qu'ils laissent une marge interprétative conséquente aux autorités d'application, de la même manière que les régimes d'exception tenus pour des clauses générales révèlent de sommaires procédures de contrôle.

122. En réponse à l'imprécision de la typologie binaire, Pedro Cruz Villalón propose d'ajouter une catégorie typologique intermédiaire et d'affiner la définition des deux catégories préexistantes. Sa typologie admet trois classes de régimes d'exception, qui sont, du plus intense

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 280 et s.

⁴²⁰ V. ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 132-133. Il faut préciser que l'auteur reconnaît, par ailleurs, la possible existence de constructions intermédiaires nées de la combinaison entre ces deux modèles.

⁴²¹ V. PÉREZ SERRANO J., *Tratado de Derecho Politico*, 2^e édition, Civitas, Madrid, 1984.

⁴²² Pour François Saint-Bonnet, il faut réserver la terminologie « d'état d'exception » – qu'il associe, substantiellement, à l'état de nécessité – aux seuls régimes d'exception de type indéterminé, c'est-à-dire, à la dictature souveraine. La dictature de commissaire étant prévue par le droit, elle ne pourrait relever de cette appellation (SAINT-BONNET F., *L'État d'exception*, *op. cit.*, spéc. p. 15).

au moins intense, la « dictature constitutionnelle », « l'état d'exception » et « l'état exceptionnel »⁴²³.

122.1. La dictature constitutionnelle (ou clause générale) se rapproche beaucoup de l'état de nécessité, à la différence que l'habilitation d'agir trouve son fondement dans le droit et les mesures prises doivent impérativement répondre à la finalité de surmonter la crise. Les pouvoirs sont réunis en des mains uniques, sans qu'il soit besoin de prévoir précisément les situations de crise qui pourront mener à la proclamation du dispositif d'exception. Il s'illustre classiquement, dans le droit positif contemporain, par l'article 16 de la Constitution française.

122.2. L'état d'exception (stricto sensu) est le *tertium genus* de l'opposition entre dictature constitutionnelle et état d'exceptionnel⁴²⁴. Tendanciellement vers la dictature constitutionnelle pour le constat de l'impossibilité de déterminer précisément les situations factuelles et les moyens juridiques qui pourront être mis en œuvre, il est cependant bien moins intense par ses effets. Il opère, en outre, une différenciation des acteurs du déclenchement et de la mise en œuvre, par une limitation *a priori* des normes juridiques qui pourront être atteintes et par l'existence de moyens de contrôle de l'action menée. Il est généralement illustré par l'état d'exception prévu par la Loi fondamentale de Bonn.

122.3. L'état exceptionnel se caractérise par un maintien complet de l'ordre constitutionnel, du fait d'une prévision limitative des situations pouvant mener à sa déclaration, des compétences qui pourront être mises en œuvre sous son empire et des droits et libertés fondamentaux qu'il permet d'atteindre. Répondant à des critères stricts et détaillés⁴²⁵, cette classe de régime d'exception témoigne d'un effort réel pour maintenir l'empire de la loi dans les situations de situations de crise. Sa manifestation classique est l'état de siège légalisé, qui prévoit les hypothèses factuelles pouvant se produire et les réponses juridiques qui pourront être adoptées.

123. En portant l'idée fondamentale que la différence entre une clause générale et un état exceptionnel n'est pas de nature, mais de degré, cette typologie tripartite ouvre la voie à la critique constructive du degré de détermination des régimes d'exception du droit positif⁴²⁶, sans

⁴²³ V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p.33-35. Sauf précision contraire, les développements qui suivent sont directement issus de ce passage.

⁴²⁴ Sur cette expression, V. MARTÍNEZ CUEVAS M. D., *La suspensión individual...*, *op. cit.*, p. 75-83.

⁴²⁵ L'auteur énumère les critères suivants : une définition de la situation exceptionnelle ; la détermination des compétences d'appréciation de la situation et de déclaration de l'état exceptionnel ; la détermination strictement détaillée des mesures qui pourront être prises ; et éventuellement, une série de garanties additionnelles pour prévenir les utilisations abusives de ce régime d'exception.

⁴²⁶ Cf. *infra*, n° 759 et s.

toutefois qu'une telle classification ne puisse présager de l'effectivité de la contrainte exercée par le dispositif sur ses interprètes⁴²⁷. Si cette typologie ne permet pas de rendre compte des infinies nuances qui différencient les régimes d'exception positifs, au moins la finesse des recoupements qu'elle permet est-elle suffisante, dans l'immédiat, pour déterminer la place du modèle de l'état d'urgence.

b – La place hybride du modèle de l'état d'urgence

124. Certaines classes typologiques sont rigoureusement étrangères au modèle de l'état d'urgence. D'une part, en étant prévu par le droit et doté de limites juridiques, matérielles et procédurales, l'état d'urgence ne peut relever de la classe des états de nécessité, c'est-à-dire du modèle de la dictature souveraine au sens donné par Schmitt. D'autre part, la force dérogatoire de l'état d'urgence, ses effets globaux sur la séparation des pouvoirs et la liberté d'appréciation qu'il confère aux autorités d'application le détachent tout à fait de la catégorie des mesures ou moyens d'urgence⁴²⁸, simples cas exceptés permettant des aménagements procéduraux du fonctionnement ordinaire du droit⁴²⁹ qui se retrouvent fréquemment en droit constitutionnel français⁴³⁰.

125. Le véritable débat concerne le positionnement de ce modèle dans la typologie tripartite proposée par la doctrine. Dans celle-ci, le critère utilisé pour distinguer les différentes classes de régime d'exception réside dans leur degré de prévision des énoncés, c'est-à-dire des conditions de déclaration du régime d'exception, de ses effets juridiques ou des modalités de son contrôle. Déterminer la place de l'état d'urgence dans cette typologie consiste donc à confronter les caractéristiques substantielles des états d'urgence identifiés dans le droit positif aux modèles types des typologies doctrinales.

⁴²⁷ Un régime d'exception fondé sur des dispositions juridiques au niveau de détermination satisfaisant peut tout à fait, une fois mis en application, se montrer inefficace à contenir la liberté de ses interprètes (cf. *infra*, n° 648 et s.).

⁴²⁸ Les mesures, moyens ou procédures d'urgence sont des instruments juridiques prédéfinis, permettant d'accélérer ou d'alléger certaines procédures ordinaires sans qu'il soit besoin de suspendre les droits et libertés fondamentaux, et ce, afin d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics sans toutefois que l'ordre public soit menacé (V. not. **GONZÁLEZ H. R.**, *Estado de no derecho...*, *op. cit.*, p. 49-50).

⁴²⁹ Les procédures d'urgence ne sont pas des moyens exceptionnels de droit, mais des cas exceptés : bien que devant être exceptionnels par rapport à un modèle idéal de démocratie, ils ne constituent pas une suspension du droit constitutionnel et sont prévus en intégralité par les textes (V. **TROPERM.**, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 102).

⁴³⁰ Entrent dans cette classe le mécanisme des ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958, la procédure parlementaire accélérée de l'article 45 ou encore l'exception d'urgence du contrôle de constitutionnalité de l'article 61.

126. Le modèle de l'état d'urgence ne relève pas de la classe des clauses générales. Aucun des états d'urgence identifiés, en France, en Espagne, mais aussi au Portugal, en Italie, en Hongrie ou en Turquie n'est totalement dénué de conditions de déclaration, de modalités de mises en œuvre ou de possibilité de contrôle.

127. La place de l'état d'urgence par rapport aux deux classes restantes, l'état d'exception (stricto sensu) et l'état d'exceptionnel, est plus difficile à déterminer. Il paraît en tout état de cause se situer quelque part entre ces deux catégories typologiques dont, selon les définitions données par Pedro Cruz Villalón, la principale distinction réside dans le degré supérieur de prévision juridique de la première, notamment concernant les circonstances de faits pouvant donner lieu à la déclaration et les pouvoirs pouvant être mobilisés lors de la mise en œuvre⁴³¹.

127.1. Dans les ordres juridiques étudiés, l'état d'urgence occupe typiquement la place – lorsqu'elle existe – située entre les régimes d'exception répondant aux crises militaires et insurrectionnelles et ceux répondant aux calamités publiques, avec des possibilités de chevauchement ou de substitution entre l'état d'urgence et ces deux états types. Le modèle de l'état d'urgence aurait donc, selon les exemples types donnés par Pedro Cruz Villalón, le caractère d'un état exceptionnel. En effet, il tient l'état de siège légalisé comme la référence même du modèle de l'état exceptionnel. Moins dérogoires, les états visant les situations de calamité publiques appartiennent aussi, par déduction, à la catégorie des états exceptionnels. Finalement, l'état d'urgence, fréquemment tenu pour un régime « intermédiaire » entre ces deux classes de régime d'exception⁴³², aurait lui aussi la nature d'un état exceptionnel.

127.2. Toutefois, la variété des dispositifs étudiés, et en particulier les différences qu'entretiennent les états d'urgence français et espagnols⁴³³, amène à tempérer cette assertion. Si par certaines de ses prévisions, l'état d'urgence sécuritaire français relève bien de la classe de l'état exceptionnel, le faible degré de définition des hypothèses factuelles de sa déclaration le rapproche plutôt du modèle de l'état d'exception⁴³⁴. L'état d'urgence ne correspond ainsi à

⁴³¹ Ces deux éléments sont, dans l'état l'exceptionnel, « strictement énumérés », de manière à assurer une certaine prévisibilité des situations de fait, et des situations de droit qui peuvent naître une fois celles-ci qualifiées (CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 31).

⁴³² *Encyclopædia Universalis*, entrée « état d'urgence ».

⁴³³ Alors que l'article 1 de la loi française du 3 avril 1955 se contente d'évoquer des « événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique », sans définir ce concept, l'article 4 de la loi organique espagnole 4/1981 énumère quatre hypothèses précises de déclaration de l'état d'alerte (cf. *infra*, n° 293 et 443).

⁴³⁴ Pire, l'absence d'une séparation stricte entre l'autorité de déclaration et l'autorité d'application de l'état d'urgence sécuritaire français, qui peut être déclaré par le seul Conseil des ministres, amènerait à le classer parmi les clauses générales (V. en ce sens CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 34-35).

aucune des classes proposées sous une forme pure. Il faut dès lors admettre que les frontières entre ces deux classes typologiques sont poreuses et, au-delà, penser le modèle de l'état d'urgence non pas comme un point de l'axe entre état d'exception et état exceptionnel, mais comme un segment des possibles.

128. Pour en déterminer les extrémités, il est possible de s'appuyer sur certains développements du discours public sur les états d'urgence, notamment dans la période 2015-2017 en France⁴³⁵.

128.1. Comme l'a montré avec brio Véronique Champeil-Desplats, à travers une analyse minutieuse du discours de l'exécutif⁴³⁶, l'enjeu pour les autorités responsables de la mise en œuvre et du bilan de ce dispositif était alors de présenter l'état d'urgence sécuritaire comme compatible avec l'État de droit, et donc, conformément à la typologie présentée ci-dessus, comme un état exceptionnel et non un état d'exception.

128.2. Cet objectif fut servi par une véritable stratégie d'euphémisation, évitant le substantif exception au profit des adjectifs exceptionnels et dérogation et évitant ainsi de qualifier l'état d'urgence d'« état », en y voyant plutôt un « étant » sous la forme d'un ensemble de mesures et de procédures⁴³⁷. Surtout, cette stratégie s'appuie sur une redéfinition intéressée des concepts d'état d'exception et d'État de droit, visant à délier l'état d'urgence du premier pour mieux le rattacher au second⁴³⁸. Les débats parlementaires rendent parfaitement compte de la manière dont est opéré ce glissement sémantique⁴³⁹. Fort de cette conception, les autorités allèrent jusqu'à soutenir que l'état d'urgence agissait comme un véritable « bouclier » de l'État

⁴³⁵ Si la question de la place de l'état d'urgence dans les typologies des régimes d'exception relève, de toute évidence, des seules sciences juridiques et politiques, les responsables politiques français s'en sont emparés dans le débat public à des fins performatives, spécialement lors de la mise en œuvre antiterroriste de l'état d'urgence sécuritaire.

⁴³⁶ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 10.

⁴³⁷ V. *id.*, p. 23-26 ; Exposé des motifs, projet de loi constitutionnelle, n° 3381, 23 décembre 2015, de protection de la Nation.

⁴³⁸ Plus précisément, les personnalités responsables de l'exécutif ont rattaché à la notion d'état d'exception les propositions les plus dures de l'opposition, pour mieux les déconsidérer en se plaçant dans le camp de l'État de droit, du respect de la Constitution et de ses droits et libertés.

⁴³⁹ L'état d'urgence est un « régime exceptionnel réglementé de très près » (SCHWARTZ R., rapporteur de la commission de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955) ; Il empêche de prendre « des mesures d'exception, au sens où d'aucuns pourraient l'entendre, mais des mesures exceptionnelles » (VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015) ; « D'autres démocraties occidentales ont également recours, quand les circonstances l'exigent, à une légalité exceptionnelle » (HOUILLOIN PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005) ; « L'état d'urgence n'est pas un état d'exception : c'est une réponse exceptionnelle à des circonstances qui le sont tout autant » (FOURAGE H., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016) ; François de Rugy rejette le qualificatif d'état d'exception, qui ne serait utilisé que par ceux qui dénigrent l'état d'urgence (DE RUGY F., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

de droit⁴⁴⁰. Pourtant, à partir de décembre 2016, une évolution sémantique importante se fit sentir : Bruno le Roux, puis Gérard Collomb qualifièrent explicitement l'état d'urgence d'état d'exception⁴⁴¹, rapprochant le discours majoritaire d'une position doctrinale assez répandue⁴⁴².

128.3. Si ces positions publiques parfois ubuesques, mais toujours changeantes, ne permettent pas de trancher sur la classification typologique des états d'urgence, au moins révèlent-elles l'absence de tout consensus intellectuel sur la nature même de l'état d'urgence et, au-delà, l'enjeu sémantique et performatif majeur que sous-tend une telle classification.

129. De ces quelques réflexions théoriques, logiques, comparatives et empiriques, il faut retenir que l'état d'urgence s'inscrit, globalement, dans la catégorie des états exceptionnels et qu'il admet ponctuellement, mais aussi parfois substantiellement, des emprunts au modèle de l'état d'exception. La multiplicité de ses manifestations positives, les joutes sémantiques sur son appartenance à l'une ou l'autre de ses catégories et les désaccords doctrinaux sur les termes mêmes de la controverse empêchent de s'avancer davantage.

B – DES LIMITES OPÉRATIONNELLES PARTAGÉES

130. Qu'il s'agisse des liens unissant le modèle de l'état d'urgence au droit ordinaire – sinon au droit lui-même – ou des imprécisions notionnelles parfois dangereuses qui irriguent les énoncés juridiques prévoyant les états d'urgence, force est de constater que cet objet partage avec les autres régimes d'exception des ambiguïtés, voire des limites, qui incitent à la plus grande prudence dans sa mise en œuvre (§1). Le risque encouru n'est pas que théorique : tout comme les états d'exception historiques, de la Rome antique à la République de Weimar, les états d'urgence sont particulièrement susceptibles d'entraîner des atteintes excessives ou injustifiées aux valeurs fondamentales défendues par l'État, notamment – et c'est peut-être là la spécificité de l'état d'urgence – au regard du caractère toujours plus systématique et pérenne de ses mises en œuvre (§2).

⁴⁴⁰ V. par ex. CAZENEUVE B., Discours la présentation de la première loi de prorogation de l'état d'urgence devant la Commission des Lois à l'Assemblée nationale prononcé le 20 novembre 2015.

⁴⁴¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 23-26.

⁴⁴² ROUSSEAU D., « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit. : « C'est la mise en suspension de l'État de droit (...) Si l'État de droit est, définition minimale, un équilibre entre respect des droits fondamentaux et sauvegarde de l'ordre public, l'état d'urgence, c'est le déséquilibre revendiqué au profit de la sauvegarde de l'ordre public ».

§1 – Un objet juridique indéterminé

131. L'efficacité et la large diffusion du modèle de l'état d'urgence doivent en partie être attribuée, comme pour tout régime d'exception, à son degré important d'indétermination. Partiellement ouvertes et résolument cryptiques, ses dispositions confèrent aux autorités d'application une marge d'interprétation aussi dangereuse que nécessaire à l'agir de crise (**a**). Cette ambiguïté consubstantielle complique toute tentative de compréhension des rapports que l'état d'urgence entretient avec l'ordre juridique, faisant douter de son appartenance même au droit (**b**).

a – Une texture ouverte répondant à l'imprévisibilité du fait

132. En tant que vecteur de significations, utilisant le langage et son imprécision consubstantielle, le discours du droit comporte toujours un certain flou, ouvrant la voie à l'interprétation⁴⁴³. Si l'indétermination notionnelle (ou définitionnelle⁴⁴⁴) peut se montrer problématique dans de nombreuses situations, elle n'est pas indépassable. Les notions juridiques n'ont pas toujours vocation à l'exhaustivité, c'est-à-dire, à « épuiser tous les cas qui se présentent dans le réel ». Sous réserve que « le système conceptuel permette de statuer sur tous les cas qui se présenteront »⁴⁴⁵, un droit partiellement indéterminé remplit sa fonction.

133. Dans certains champs juridiques, l'indétermination de la règle de droit fait même partie intégrante du rôle fonctionnel qui lui est attribué. La légistique, surtout lorsqu'elle est constitutionnelle, implique parfois de décrire les missions des acteurs du droit dans des termes volontairement imprécis, afin qu'ils puissent faire dépendre leur signification de la volonté de celui à qui le pouvoir est délégué⁴⁴⁶. Une rédaction floue peut être motivée par des considérations pratiques⁴⁴⁷, comme celle de faire primer l'adaptabilité et la flexibilité de la règle sur la sécurité juridique. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 5 de la Constitution française, dont l'obscurité est essentielle à l'effectivité du rôle d'arbitre conféré au Président de la

⁴⁴³ Cf. *infra*, n° 206.

⁴⁴⁴ La notion « d'indétermination définitionnelle » est employée par CAIRE A.-B., « Fictions et présomptions », art. cit.

⁴⁴⁵ ROUVIÈRE F., « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *Cahiers de méthodologie juridique*, 2014-5, n° 28, p. 2213-2230, p. 2223.

⁴⁴⁶ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 70.

⁴⁴⁷ V. MACKAAY E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langage*, n° 53, mars 1979, p. 33-50 ; BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 115-120 ; CORNU G., *Linguistique juridique*, op. cit., p. 90.

République⁴⁴⁸, comme de la notion pénale de « mise en péril de mineur », suffisamment ouverte pour permettre une appréciation circonstanciée du juge⁴⁴⁹.

134. Le rôle fonctionnel joué par l'indétermination notionnelle est essentiel à l'efficacité des dispositifs issus du modèle de l'état d'exception⁴⁵⁰. Par définition, la situation exceptionnelle, tout comme la réponse exceptionnelle qu'elle appelle, comporte toujours une part novatrice d'imprévu. Dès lors, tenter de définir avec trop de précision les termes de l'état d'exception, c'est ôter aux gouvernants la liberté d'action dont ils ont besoin pour surmonter la crise⁴⁵¹ ou même, pour paraphraser le Cardinal de Retz, sortir de l'ambiguïté au détriment de l'efficacité⁴⁵². Dans le champ de l'état d'exception, il est ainsi une « prévoyance très nécessaire de sentir qu'on ne peut tout prévoir »⁴⁵³. Devant l'incapacité de caractériser précisément l'infinie variété des périls qui pourraient survenir – et donc d'ôter à ces situations le caractère d'exception⁴⁵⁴ – tout comme les outils juridiques qui permettraient de les surmonter avec efficacité, le législateur se doit de conférer aux autorités d'application une salvatrice marge d'interprétation.

135. Si l'indétermination notionnelle de l'état d'urgence est réputée plus contenue que dans d'autres modèles (comme l'état d'exception *stricto sensu* et la clause générale)⁴⁵⁵, elle lui reste consubstantielle. De même que nul ne peut affirmer avec certitude, à la seule lecture de l'article 16 de la Constitution française, ce que le constituant entend par « mesures exigées par les circonstances »⁴⁵⁶, la caractérisation d'un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou, au-delà, le choix d'un dispositif d'exception plutôt que d'un autre, est en grande partie abandonné à l'appréciation de leurs interprètes authentiques⁴⁵⁷.

⁴⁴⁸ V. par ex. **HAMON F., TROPER M.**, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 425.

⁴⁴⁹ Art. 227-17, code pénal : « Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ». Le juge peut ainsi apprécier la matérialité du délit en fonction du niveau d'indépendance de l'enfant et de nombreux autres critères que le texte ne saurait caractériser *a priori*.

⁴⁵⁰ Guillaume Tusseau fait un constat similaire pour le concept d'urgence : « plus la dénotation de l'urgence est indéterminée, plus ce concept remplit le rôle qui lui est assigné dans les discours juridiques » (**TUSSEAU GU.**, « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 134 et s.).

⁴⁵¹ V. par ex. **ALZAGA VILLAAMIL Ó.** (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, *op. cit.*, p. 592-593.

⁴⁵² **DE GONDI J.-F.-P.**, *Mémoires*, 1717 : « On ne sort de l'ambiguïté qu'à son détriment ».

⁴⁵³ **ROUSSEAU**, *Du contrat social*, G.F. Flammarion, Paris, 2001, p. 164.

⁴⁵⁴ V. **ALZAGA VILLAAMIL Ó.** (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, *op. cit.*, p. 585.

⁴⁵⁵ Cf. *supra*, n° 120 et s.

⁴⁵⁶ **HAMON F., TROPER M.**, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁵⁷ Cf. *infra*, n° 426 et s.

136. Cette ambiguïté inévitable et même, dans une certaine mesure, souhaitable, a cependant une lourde contrepartie : celle d'une application incontrôlée, laissée à la discrétionnarité de l'interprète. Un agir de crise légitimé par l'aura du droit, mais dont la nécessité et la proportionnalité sont abandonnées à un seul. César règne aussi sur la grammaire (« *Caesar dominus et supra grammaticam* ») : le pouvoir de décider réside dans la lettre lâche du dispositif, qui lui donne tout son intérêt en temps de crise, mais qui concentre aussi l'essentiel de ses dangers.

b – Un rapport ambivalent à la règle de droit

137. La lettre lâche, les pouvoirs exceptionnels qu'il confère aux autorités d'application et les transgressions majeures des règles ordinaires de droit qu'il permet posent la question brûlante de la place des différents régimes d'exception dans la hiérarchie des normes, sinon par rapport au droit lui-même. La doctrine, déjà en désaccord sur la discipline à laquelle cette interrogation doit être rattachée⁴⁵⁸, montre, derrière des variations terminologiques d'ordre cosmétique⁴⁵⁹, un véritable désaccord de fond.

138. Un premier groupe d'auteurs s'accorde sur l'idée qu'il faut distinguer rigoureusement le droit d'exception, qui n'a de droit que le nom, des règles de droit ordinaires. Pour Blackstone, le droit se caractérise par une certaine prévisibilité, que l'interprétation ouverte et les limites ténues des pouvoirs d'exception ne satisfont pas. Il faut donc en tirer la conséquence logique que le droit d'exception n'est pas du droit, mais plutôt « quelque chose qui se fait passer pour tel »⁴⁶⁰. Raymond Carré de Malberg arrive à une conclusion analogue, mais par un raisonnement distinct, plus proche de la théorie allemande du *Notrecht*⁴⁶¹. Il part du présupposé que « droit et nécessité sont deux termes qui s'excluent ». Aussi, par leur caractère exceptionnel, les pouvoirs de crise sont « dénués de régularité juridique » et revêtent, dès lors,

⁴⁵⁸ Selon les auteurs, cette interrogation relève soit de la philosophie du droit (SEDANO LORENZO A., *El estado de alarma y la justicia militar...*, *op. cit.*, p. 32), soit de la théorie du droit (AGAMBEN G., *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 88). Il faut cependant relativiser cette opposition doctrinale, tant les frontières entre théorie et philosophie du droit sont, elles-mêmes, sujettes à controverse (V. TROPER M., *La philosophie du droit, op. cit.* ; TROPER M., *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Léviathan, 2001, 352 p.).

⁴⁵⁹ Quels sont les liens entre le droit commun et le droit d'exception ? (NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 34) ; Quelle relation entretiennent l'ordre juridique et l'exception ? (AGAMBEN G., *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 86) ; La nécessité est-elle dans ou en dehors du droit ? (GONZÁLEZ H. R., *Estado de no derecho...*, *op. cit.*, p. 82-88).

⁴⁶⁰ BLACKSTONE W., *Commentaries on the law of England*, 1765-1769, Book 1, Chap 7, p. 400, cité par KLIBI S., « Droit constitutionnel d'exception et risque », *art. cit.*, p. 116.

⁴⁶¹ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », *art. cit.*, p. 109.

le caractère exclusif de « moyens de fait ou de nécessité »⁴⁶². Pour ces auteurs, le recours aux pouvoirs d'exception amène ainsi l'État à se placer temporairement « en dehors du droit », sinon « dans le non-droit »⁴⁶³.

139. Rejetant cette analyse, un second groupe d'auteurs a en commun de conférer une nature juridique certaine au droit d'exception. Au vu de l'incompatibilité des arguments mobilisés, il faut distinguer au moins deux raisonnements.

139.1. Le raisonnement « volontariste dogmatique » présuppose que le droit permet toujours, même implicitement, la possibilité de sa suspension dans les situations d'exception. Par une lecture constructive des textes, visant à déceler, au cas par cas ou par principe, les fondements parfois « cachés » des dérogations prises, les tenants de cette position refusent donc de reconnaître au droit d'exception, à qui ils attribuent pourtant une force dérogatoire particulière, un caractère extrajuridique. Cette position a fait l'objet de nombreuses critiques. Motivée par une volonté peu scientifique de diminuer l'entorse au positivisme que représente le droit d'exception⁴⁶⁴ et de préserver la vision d'un monde juridique intangible⁴⁶⁵, elle serait source de nombreux maux⁴⁶⁶.

139.2. Le raisonnement « réaliste de l'interprétation » concède également un fondement implicite à l'état d'exception⁴⁶⁷. Seulement, cette fois, il n'est pas inhérent au système juridique lui-même, mais à la liberté juridique absolue de l'interprète d'application, susceptible de lui conférer à dessein un fondement juridique. Ainsi, tel le roi Midas, « le droit transforme en droit tout ce qu'il touche »⁴⁶⁸. Dans un même sens, pour Hermann Heller, « n'y a pas de "situation normale" et de "situation d'exception" sans une norme qui permette de les distinguer »⁴⁶⁹. Contrairement à la première, cette lecture confère ainsi une nature juridique à

⁴⁶² CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État...*, *op. cit.*, p. 619-620.

⁴⁶³ V. GONZÁLEZ H. R., *Estado de no derecho...*, *op. cit.*, p. I.

⁴⁶⁴ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », *art. cit.*, p. 676.

⁴⁶⁵ FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 534.

⁴⁶⁶ *Id.*, p. 513 et s.

⁴⁶⁷ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 108-109 : « tout état d'exception se fonde sur une règle au moins implicite ».

⁴⁶⁸ *Ibid.* : « La plasticité du droit et l'autonomie dont disposent les autorités d'interprétation permettent de donner un fondement juridique à n'importe quel type de décision (...) de même que le roi Midas transformait en or tout ce qu'il touchait, le droit transforme en droit tout ce qu'il touche (...) par conséquent, l'exception est juridique elle aussi ». Cette assertion est à mettre en lien avec la théorie tropéenne du double syllogisme, selon laquelle le juge constitutionnel peut se référer, dans le visa de sa décision, à des principes *supra*constitutionnels qu'il a lui-même dégagés (cf. *infra*, n° 737). Dès lors, même en l'absence d'un principe consacré explicitement, le juge peut appuyer sa décision sur le principe constitutionnel de sauvegarde de l'État.

⁴⁶⁹ JOUANJAN O., HELLER H., *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, 2012, 114 p., p. 23.

l'état d'exception non pas au regard de présupposés idéologiques, mais à l'aune d'un postulat théorique fort sur la nature du droit et de l'interprétation.

140. Située entre ces deux positions radicales, la majorité des auteurs refuse autant d'assimiler le droit d'exception au droit ordinaire, que de l'en détacher tout à fait. Il est alors soit enfermé dans une catégorie qui lui est propre⁴⁷⁰, soit en équilibre précaire – théoriquement ou empiriquement – sur la frontière hypothétique séparant le droit du non-droit. Cette dernière variation connaît au moins deux déclinaisons.

140.1. Pour certains auteurs, le droit d'exception est à la fois du droit et du non-droit⁴⁷¹, ou selon des terminologies concurrentes, dans et en dehors de la norme⁴⁷², illégal et cependant juridique,⁴⁷³ ou au contraire non-juridique, mais conforme au droit⁴⁷⁴. Pour Carl Schmitt, qui en est la figure de proue, l'état d'exception suspend l'empire du droit, mais ne s'affranchit pas pour autant de tout ordre. Il y substitue l'ordre politique, ou plutôt le révèle sous le vernis juridique qui le dissimule habituellement. Ni infraction à l'ordre juridique, ni part intégrante du droit ordinaire, le droit d'exception est un cas-limite qui met le droit à l'épreuve et en révèle les mécanismes profonds⁴⁷⁵. Dans le sillage de Carl Schmitt, Giorgio Agamben a développé cette idée, ou plutôt l'a noyée⁴⁷⁶. En ayant tout dit, il n'a assurément rien oublié.

140.2. Pour d'autres auteurs, les rapports entre le droit d'exception et le droit ordinaire sont caractérisés par leur mouvance. À la frontière entre le droit et le non-droit, l'état d'exception est cette possibilité d'un glissement progressif, mais jamais absolu, entre ces deux extrêmes. Dans la pensée de Pierre-Laurent Frier, il est ainsi intimement lié au droit initial, mais

⁴⁷⁰ En remplissant la fonction dérogatoire d'habiliter une autorité pour excéder les limites habituelles de sa compétence, le droit d'exception n'est pas tant une sortie du droit que la création de nouvelles normes, distinctes de celles des temps normaux (VANDER STICHELE A., *La notion d'urgence en droit public*, Bruylant, 1986, 149 p., selon TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 136).

⁴⁷¹ TUCHSCHERER E., « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Les langages du politique*, n° 73, 2003, p. 25-42.

⁴⁷² VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 18.

⁴⁷³ AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 47-53.

⁴⁷⁴ SACHICA L. C., *Entre la regla y la excepción*, op. cit., p. 17.

⁴⁷⁵ TUCHSCHERER E., « Le décisionnisme de Carl Schmitt... », art. cit. ; BARASH J. A., « Hermann Heller critique de Carl Schmitt », *Cités* 2001/2 (n° 6), p. 175-178.

⁴⁷⁶ AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit. : Le droit d'exception, forme légale de ce qui ne peut avoir de forme légale (p. 10). Il est le seuil ou le concept limite de l'ordre juridique (p. 15), en se plaçant en équilibre entre le droit et non-droit, dans une zone d'indistinction (p. 41-43). L'état d'exception et le droit sont articulés, mais de force. Leur suture, leur liaison absolue n'est pas possible, car ils résultent d'une fracture (p. 146-147). Le souverain, en décidant de la suspension des normes, est en dehors du droit tout en lui appartenant (p. 60-61). Il fait émerger un ordre – qui se distingue du chaos, mais aussi d'un ordre juridique normal – et avec qui il entretient un rapport souvent paradoxal (p. 57-58).

offre aux autorités une « gamme de ton » leur permettant de disposer, par des glissements successifs vers le non-droit, de l'ensemble des pouvoirs que la situation réclame⁴⁷⁷.

141. Comme les autres états d'exception, l'état d'urgence incarne-t-il l'échec d'un droit qui « las de la lutte, cède, et admet sa propre limite face à la situation de fait », ou au contraire, ce moment précis où le droit se « réalise le mieux » en assurant sa « propre pérennité »⁴⁷⁸ ? Multipliant les points de contact autant que les contradictions, les liens qui l'unissent à la règle de droit paraissent trop complexes pour être réduits à une réponse binaire. Avec prudence, l'état d'urgence peut alors être tenu comme un moment d'autorité au sein même de la règle de droit⁴⁷⁹, révélateur du fonctionnement réel de l'ordre juridique et de la possibilité paradoxale qu'il porte, de conserver en suspendant et de fonder en excluant⁴⁸⁰.

§2– Une dangerosité factuelle avérée

142. L'histoire et l'actualité le montrent sans détour : l'état d'urgence, en tant qu'état d'exception, fait peser un danger bien réel sur l'État, son droit et sa population. Il s'agit, sous sa forme immédiate, du risque d'abus et de détournement, sinon des conséquences mêmes d'un exercice régulier des pouvoirs hautement dérogatoires qu'il confère (a). Il s'agit aussi, sous une forme médiante et peut-être encore plus préoccupante, du danger inhérent aux « traces » juridiques et politiques qui survivent à son extinction (b).

a – Des dangers intrinsèques intensifiés par les abus de la pratique

143. Dépeint par certains comme bouclier de « l'État de droit »⁴⁸¹ et remède à l'anomie et à l'inconnu et, par d'autre, comme un « loup » dans la « bergerie » juridique, synonyme de violence et de discrétionnarité, l'état d'urgence est plus raisonnablement, comme tout état d'exception, une tentative toujours imparfaite, mais parfois opportune, de concilier le besoin de prévoir les situations de danger, assurant ainsi la sécurité des relations sociales et juridiques, et

⁴⁷⁷ FRIER P.-L., *L'Urgence, op. cit.*, p. 382 et s.

⁴⁷⁸ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 105 et s.

⁴⁷⁹ *Id.*, p. 146.

⁴⁸⁰ AGAMBEN G., *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁸¹ Cf. spéc. *infra*, n° 385 et s.

le besoin de laisser une marge de liberté aux autorités d'application, en raison de l'impossibilité de prévoir chaque cas qui pourrait se produire⁴⁸².

144. À la fois lutte contre le péril et catalyseur de tous les dangers, il porte en lui les germes de sa propre instabilité⁴⁸³. En effet, dès lors qu'ils se traduisent par des mesures d'application⁴⁸⁴, les pouvoirs exceptionnels auxquels habilite les états d'urgence entraînent indéniablement des conséquences importantes sur le fonctionnement de l'état de droit et sur les libertés fondamentales, et ce, même lorsqu'il en est fait un usage conforme sur le plan juridique.

145. L'application tout à fait régulière de l'état d'urgence porte au moins trois dangers intrinsèques. Premièrement, il est toujours périlleux d'atteindre les garanties de séparation des pouvoirs, en attribuant, de manière plus ou moins absolue, le pouvoir décisionnel à une ou plusieurs personnes⁴⁸⁵. Deuxièmement, les pouvoirs conférés par les états d'urgence ont, par principe, un effet intense et déstabilisant sur l'état de droit et les libertés fondamentales. Enfin, troisièmement, ces pouvoirs ont un champ d'application très large, qui ouvre la voie à leur emploi face à des situations très variées. Autant d'inquiétudes que la récente crise sanitaire s'est chargée de raviver⁴⁸⁶.

146. Ces dangers, liés au fonctionnement même de l'état d'urgence, ne changent pas de nature lorsque les pouvoirs conférés font l'objet d'un emploi abusif. En revanche, ils trouvent une nouvelle intensité. De manière générale, l'utilisation abusive de l'état d'urgence renvoie à une mise en tension excessive de certains principes républicains⁴⁸⁷ ou à une mobilisation des pouvoirs de l'état d'urgence guidée par l'arbitraire des convictions idéologiques individuelles, au détriment de l'intérêt général⁴⁸⁸. S'il est indéniable que qualifier un comportement interprétatif d'abusif comporte une dimension relative et subjective, l'abus peut être objectivé

⁴⁸² V. **CAMUS G.**, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1965, 428 p., p. 11.

⁴⁸³ V. **DEKEUWER-DEFOSSEZ F.**, « Préface », in **MABAKA P. M.** (dir.), *Constitution et risque(s)*, *op. cit.*, p. 9-10 ; **MABAKA P. M.**, « La constitution, un fait générateur de risque », *in id.*, p. 127.

⁴⁸⁴ Ce n'est en effet pas la déclaration de l'état d'exception en elle-même qui porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux, mais les mesures d'application prises sur la base de cette décision initiale (V. **BARANGER D.**, « Quel "état de droit"... », art. cit., p. 355 et s. ; CE (ord.), 29 octobre 2020, n° 445367, cons. 16).

⁴⁸⁵ V. par ex. **AGAMBEN G.**, *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 145 ; **HAMON F.**, **TROPER M.**, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 102 ; **NGUYEN T. H.**, *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 197 et s.

⁴⁸⁶ Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 8.

⁴⁸⁷ C'est l'accusation portée, parmi d'autres exemples, aux atteintes à la liberté religieuse sous l'état d'urgence sécuritaire (V. **MOINE A.**, « Prévention du terrorisme islamique et liberté religieuse », *Civitas Europa*, Université de Lorraine, IRENEE, n° 36, juin 2016, p. 179-195).

⁴⁸⁸ Cf. *infra*, n° 582 et s.

à l'aune des prévisions littérales du droit, en particulier aux moyens de certains outils scientifiques⁴⁸⁹.

147. Le détournement de pouvoir est une forme particulière d'abus, caractérisée par la poursuite d'un « but illicite » dans la mise en œuvre d'un état d'urgence⁴⁹⁰. Si, dans une forme édulcorée, il répond seulement à une volonté d'efficacité politique⁴⁹¹ ou de commodité pratique⁴⁹², et ne touche que certaines mesures, il est aussi des cas graves dans lesquels le détournement touche un régime d'exception dans son ensemble, menant à sa déclaration ou à son maintien pour une finalité indifférente, sinon contraire à la réalité juridique du dispositif. Les états d'urgence sont alors utilisés pour intimider les mobilisations démocratiques⁴⁹³, pour protéger l'appareil d'État contre sa propre population⁴⁹⁴, sinon comme le moyen d'un véritable « terrorisme d'État ». La doctrine nomme cette hypothèse « état d'exception fictif », « état de siège fictif » ou « *fancied emergency* »⁴⁹⁵. Renvoyant aux heures les plus sombres de l'histoire européenne⁴⁹⁶, de tels détournements de pouvoirs démontrent que l'état d'urgence peut se révéler pire que la situation de nécessité à laquelle il est sommé de répondre.

148. Sous une forme moins extrême, de tels excès sont largement illustrés dans le cadre des applications des états d'urgence. La mise en œuvre de l'état d'alerte espagnol lors de la crise des contrôleurs aériens est aujourd'hui reconnue comme résultant d'un détournement intéressé de sa finalité même⁴⁹⁷. Plusieurs des pouvoirs octroyés sur le fondement de ce même

⁴⁸⁹ Il s'agit en particulier du cadre interprétatif, tel que proposé en fin d'étude (cf. *infra*, n° 769 et s.).

⁴⁹⁰ V. **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁹¹ À titre illustratif, la procédure accélérée de l'article 45 de la Constitution de 1958 est fréquemment engagée à la suite d'un « désaccord fictif entre les deux assemblées ». Dans cette situation, la finalité de la disposition (résoudre un désaccord paralysant entre les chambres) et le moyen de la disposition (utiliser une procédure dérogatoire et plus souple) ont été inversés, la finalité originelle devenant le moyen au service d'une fin dissimulée (V. **HAMON F.**, **TROPER M.**, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 705 ; **PLATON S.**, « Vider l'article 16 de son venin... », art. cit., p. 97-116).

⁴⁹² À titre illustratif, le Roi belge déroge chaque année à l'heure d'abattage des animaux, a lors qu'une telle faculté a, selon les textes, pour seule justification « des circonstances sanitaires exceptionnelles » (**LEURQUIN-DE VISSCHER F.**, *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 246-247).

⁴⁹³ La Ligue des Droits de l'Homme rappelle à ce titre que le droit de manifester est une liberté fondamentale, et que les assignations à résidence à l'encontre des militants sont un usage détourné des prérogatives conférées aux autorités (V. **TRÉGUIER C.**, « L'urgence laisse place à l'arbitraire », *Politis*, 3 décembre 2015, en ligne).

⁴⁹⁴ Pour une thèse traitant habilement de cette problématique à Madagascar, se référer à **RAZAFINDRABE T.**, *De la gouvernance à Madagascar : états d'exception et déliquescence de l'État de droit*, thèse de doctorat, sous la dir. de Ch. M. Y. Delfour et J.-R. Garcia, 2018.

⁴⁹⁵ **AGAMBEN G.**, *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 12 et 100.

⁴⁹⁶ **AGAMBEN G.**, « De l'État de droit à l'État de sécurité », *Le Monde*, 24 décembre 2015 : « Il faut avant tout démentir le propos des femmes et hommes politiques irresponsables, selon lesquels l'état d'urgence serait un bouclier pour la démocratie. Les historiens savent parfaitement que c'est le contraire qui est vrai. L'état d'urgence est justement le dispositif par lequel les pouvoirs totalitaires se sont installés en Europe (...) le premier acte d'Hitler, après sa nomination, a été de proclamer un état d'urgence, qui n'a jamais été révoqué ».

⁴⁹⁷ Cf. *infra*, n° 436 et s.

régime lors de la crise sanitaire de 2020 sont, l'année suivante, jugés inconstitutionnels au regard de l'intensité des restrictions qu'ils font peser sur les droits et libertés fondamentaux⁴⁹⁸. Enfin, les mesures dérogatoires prises par l'administration dans le cadre de l'état d'urgence sécuritaire français entre 2015 et 2017 ont marqué les esprits⁴⁹⁹. Plusieurs d'entre elles sont, comme le relèvent la doctrine⁵⁰⁰, le rapport du CNCDH⁵⁰¹ ou le rapport de la Ligue des Droits de l'Homme⁵⁰², constitutives de détournements de pouvoir.

b – Une permanence porteuse de dangers renouvelés

149. De l'antiquité romaine⁵⁰³ à l'arrêt *Rolin* du Conseil d'État⁵⁰⁴, l'application d'un état d'exception a toujours eu vocation à être strictement limitée dans le temps. En effet, l'intensité des effets qu'il produit a comme nécessaire corollaire le temps court de sa mise en œuvre⁵⁰⁵. Dit autrement, la finalité même de l'état d'urgence fait de son maintien excessif dans le temps une contradiction dans les termes⁵⁰⁶ et conditionne sa légitimité à une mise en œuvre autodestructrice⁵⁰⁷. En contradiction avec ce principe de bon sens, la pratique contemporaine des états d'urgence se caractérise par des prorogations *ad nauseam*, doublées de durées de prorogation incompatibles avec l'effectivité du contrôle parlementaire⁵⁰⁸.

150. L'extinction – souvent trop tardive – de l'état d'urgence ne suffit pourtant pas à lui ôter tout caractère dangereux. En effet, en lui-même, le recours fréquent, systématique et prolongé à des régimes d'exception entraîne en effet une série d'effets néfastes pour le système juridique : il brouille les frontières entre l'ordinaire et l'exceptionnel, atteint la légitimité du

⁴⁹⁸ Cf. *infra*, n° 696.

⁴⁹⁹ Cf. *infra*, n° 584 et s.

⁵⁰⁰ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 83-94 ; HENNETTE VAUCHEZ S., « Introduction », in HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, op. cit., p. 8 ; COSSALTER PH., « Le contrôle par le juge des référés... », art. cit.

⁵⁰¹ V. par ex. CNCDH, Communiqué, État d'urgence : l'État de droit et les droits de l'homme en péril. Ayons le courage politique d'en sortir !, 26 janvier 2017, en ligne.

⁵⁰² V. par ex. LDH, Rapport, L'urgence d'en sortir !, 3 février 2016.

⁵⁰³ Le dictateur romain, investi par la *lex de dictatore creando*, devait abdiquer de lui-même lorsque sa mission était remplie. Le temps maximal était de six mois, ce qui était largement suffisant pour mener une campagne guerrière (V. PIERRÉ-CAPS A., « L'état d'exception dans la Rome antique », art. cit.).

⁵⁰⁴ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin et Boisverts*, n° 286835, Rec.

⁵⁰⁵ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 141 et s ; ARENDT H., *Condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 50 : « De même que la guerre a lieu pour la paix, de même toute activité (...) doit culminer dans le repos absolu de la contemplation ».

⁵⁰⁶ NEGRETTO G. L., *El problema de la emergencia...*, op. cit., p. 20.

⁵⁰⁷ V. TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 141 et s.

⁵⁰⁸ Cf. *infra*, n° 398 et s. et 553 et s.

recours aux états d'urgence et normalise les atteintes aux intérêts juridiques qu'il permet⁵⁰⁹. Au-delà d'un certain seuil, le recours systématique aux états d'urgence conduit ainsi à nier tout à fait au droit sa dimension normative et la déférence qui lui est due⁵¹⁰, jusqu'à l'endommager de manière permanente⁵¹¹.

151. Surtout, une fois la crise passée, il peut avoir laissé, parmi d'autres externalités négatives, des « traces » plus ou moins pérennes dans le système juridique⁵¹². Il faut à ce titre faire état de la tendance contemporaine à transcrire les mesures d'exception dans le droit commun. L'intégration dans la législation permanente de mesures de crise⁵¹³ et surtout, le recours de plus en plus fréquent aux décriés « régimes de sortie » des états d'urgence⁵¹⁴ participent, en pérennisant les atteintes aux droits et libertés fondamentaux, à la séparation des pouvoirs et aux principes de l'État de droit, à convertir l'ordre constitutionnel en une forme sans contenu⁵¹⁵. Lorsque l'exceptionnel devient, peu à peu, le « paradigme normal de gouvernement »⁵¹⁶, l'ordre juridique prend l'allure d'un « état d'exception permanent »⁵¹⁷.

152. Le risque est alors de voir une normalité nouvelle dans des mesures qui, quelques décennies en arrière, auraient été tenues pour exceptionnelles⁵¹⁸. L'actualité en propose de très nombreuses illustrations. Le ton satisfait du député Philippe Pradal, faisant valoir le caractère infondé du procès d'intention fait à la majorité présidentielle selon lequel l'état d'urgence sanitaire allait entrer dans le droit commun en est une : en même temps qu'il abrogeait les régimes d'exception de la crise sanitaire, le texte voté ce jour prévoyait en fait de nouvelles

⁵⁰⁹ V. par ex. **NEGRETTO G. L.**, *El problema de la emergencia...*, *op. cit.*, p. 18-20.

⁵¹⁰ **BASILIEN-GAINCHE M.-L.**, *État de droit et états d'exception...*, *op. cit.*, p. 258.

⁵¹¹ **AGAMBEN G.**, « De l'État de droit à l'État de sécurité », art. cit. ; **DYZENHAUS D.**, « L'état d'exception », in **TROPER M.**, **CHAGNOLLAUD D.** (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. II, *Distribution des pouvoirs*, p. 747.

⁵¹² Cette idée est développée en profondeur par Vanessa Codaccioni. Elle traite, en particulier, de l'exemple de la Cour de sûreté de l'État, juridiction d'exception créée par le Général de Gaulle en 1962, qui a pourtant perduré dans le droit positif jusqu'en 1981 (*Justice d'exception. L'État...*, *op. cit.*).

⁵¹³ Cf. *infra*, n° 406 et s.

⁵¹⁴ Cf. *infra*, n° 411 et s.

⁵¹⁵ **NEGRETTO G. L.**, *El problema de la emergencia...*, *op. cit.*, p. 20.

⁵¹⁶ **AGAMBEN G.**, *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 11 et s.

⁵¹⁷ **HASSNER P.**, « Vers l'État d'exception permanent ? », art. cit.

⁵¹⁸ Les mesures qui s'inscrivent dans durée, comme celles prises au tournant du 11 septembre aux États-Unis ou celles de la loi française du 3 octobre 2017, ne sont plus exceptionnelles, mais bien, *de facto*, constitutives d'une réalité nouvelle (**SAINT-BONNET F.**, « L'état d'exception la qualification juridique », *CRDF*, n° 6, 2007, p. 29-38).

mesures transitoires d'exception⁵¹⁹. À force de laisser l'état d'urgence diffuser sa toxine incidemment⁵²⁰, la société libérale s'accoutume à « avaler le venin sans le trouver amer »⁵²¹.

153. Conclusion du chapitre. La caractérisation de la place fonctionnelle de l'état d'urgence impliquait, dans un premier temps, de remonter à ses fondements les plus ontologiques. Il en ressort le portrait d'un État pris, lors des crises, dans une tension existentielle entre la nécessité d'assurer sa sauvegarde face aux périls intenses et évolutifs auxquels il est exposé et la crainte, assise par l'histoire tumultueuse des régimes d'exception, que le remède soit pire que le mal. En effet, l'introduction pérenne et préalable dans le droit des moyens de sa propre suspension comporte le risque supplémentaire d'échapper à son auteur et, par une légitimation de l'agir à double tranchant, de laver tous les excès. Sur le déclin, ce modèle paraît en réalité, au vu de nombreux signaux faibles, destiné à s'effacer au profit du modèle législatif. Le second temps de la réflexion a consisté à établir, sur une base à la fois empirique et théorique, les fonctions-types occupées par les états d'urgence dans leurs systèmes juridiques d'appartenance. Comme tout état d'exception, l'état d'urgence a pour principale fonction d'introduire flexibilité et adaptabilité dans la réponse étatique, au prix d'une texture sémantique ouverte et d'une dangerosité réelle. Sa singularité réside avant tout dans une double intermédiation : entre les modèles théoriques de l'état exceptionnel et de l'état d'exception et entre les régimes d'exception de faible et de haute intensité.

⁵¹⁹ PRADAL PH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

⁵²⁰ V. SAINT-BONNET F., « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit., p. 35-36.

⁵²¹ Ce sont les mots d'Étienne de La Boétie, à propos de la servitude (*Discours de la servitude volontaire*, op. cit., p. 21).

CHAPITRE II – UNE APPROCHE SÉMANTIQUE

« C'est ce regard linguistique sur les mots et les phrases qui restitue un sens ou en libère un autre, décèle intention ou repère un intérêt, retrace le cheminement d'une pensée, démasque une erreur ou un faux sens, fait la part du doute et comprend l'essentiel ».

CORNU G., *Linguistique juridique*, p. 34.

154. Le versant sémantique de cette étude se décompose en deux étapes, nécessaires et suffisantes pour rendre compte de la signification de la notion juridique d'état d'urgence. La première consiste en l'analyse de la charge sémantique et de la signification empirique de cette notion dans ses différents langages d'appartenance. Plutôt que de structurer classiquement cette première analyse autour des différentes acceptions de cette notion dans les différentes matières juridiques, seront préférées des oppositions empruntées à la sémantique juridique⁵²², comme celle entre l'analyse du mot pris isolément et l'analyse du mot mis en relations (bilatérales et par familles) avec les mots qui lui sont apparentés. Il s'agit, dans un premier temps, de déterminer la charge potentielle de l'expression état d'urgence, par l'analyse séparée de ses mots constitutifs. Sur la base de ces significations spécifiques, il conviendra d'analyser la notion d'état d'urgence comme un construit politique, réceptionné dans les langages communs et juridiques et partiellement clarifié par la doctrine (**SECTION I**). La seconde étape implique un questionnement sur la catégorie même de notion juridique et, par extension, sur les possibilités d'appréhension par la science du droit d'une notion juridique donnée, de manière à être en mesure d'en produire une définition opérationnelle, notamment au regard des enjeux particuliers de cette étude. Elle constitue un préalable indispensable à la reconstruction, valorisée sous plusieurs formes complémentaires, d'une notion juridique d'état d'urgence connectée à ces réalités fonctionnelles et sémantiques (**SECTION II**).

⁵²² Le lexicographe doit, après avoir dégagé les différents sens, s'atteler à les présenter selon une certaine logique. Bien qu'il semble séduisant d'adopter un classement systématique par discipline, Gérard Cornu défend avec ferveur que « la division du droit par matière n'est pas le critère principal de la classification des sens d'un même terme juridique ». Et cela, au vu de « l'immense fonds de notions qui sont communes à toutes les disciplines » et du fait que les sens donnés pour chaque discipline sont souvent les espèces voisines et parfois jumelles d'un sens général et donc commun (V. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 111-116).

SECTION I – L'EXPRESSION ÉTAT D'URGENCE EN CONTEXTE

155. L'expression état d'urgence, si elle est intrinsèquement porteuse de significations, entretient aussi des proximités sémantiques importantes avec d'autres notions juridiques. Prise *ut singulari*, c'est-à-dire pour elle-même, l'expression état d'urgence révèle le large spectre des sens potentiels qu'elle contient. Ces derniers, hérités à la fois des unités sémantiques de base la constituant, du contexte historique de sa création et de ses mobilisations effectives dans les discours juridiques, donnent à penser une notion juridique porteuse, mais aussi trop complexe pour être appréhendée par sa seule lexicographie (A). Ce n'est, paradoxalement, qu'en confrontant la notion d'état d'urgence ainsi esquissée à ses familles sémantiques et opérationnelles, notamment aux notions de nécessité – dont elle est une forme spécifique – et d'exception – dont elle est à même de constituer le motif –, qu'il devient possible d'en comprendre toute la singularité (B).

A – LA CHARGE SÉMANTIQUE DE L'EXPRESSION ÉTAT D'URGENCE

156. Les deux notions qui composent l'expression état d'urgence sont porteuses d'une importante polysémie. L'interaction entre les significations qu'ils revêtent dans les langages courants et juridiques et, en particulier pour l'urgence, la concurrence des définitions doctrinales dont elle fait l'objet, disqualifient toute conception trop univoque de l'expression qui les réunit (§1). Cette complexité subsiste à une démarche généalogique. L'expression état d'urgence, inventée pour répondre à des besoins contingents et communicationnels dans le contexte de la guerre d'Algérie, n'est pas l'aboutissement d'une conceptualisation doctrinale. Pour cette raison, la doctrine peine aujourd'hui à lui donner de la consistance juridique (§2).

§1 – Les mots constitutifs de l'expression état d'urgence

157. La notion « d'état », qui renvoie à une situation de droit ou de fait ancrée dans la réalité, ne pose pas de véritable défi définitionnel. Le choix d'y recourir dans l'expression « état d'urgence » n'est cependant pas neutre (a). Beaucoup plus indéterminée, la notion « d'urgence », intuitivement associée à la pression temporelle d'une situation et à la nécessité d'agir avec célérité, appelle à une investigation plus poussée (b).

a – « État » : situation de fait ou de droit

158. Le mot « état » est issu du substantif masculin *estate*, dont l'usage est attesté depuis 1213. Les multiples sens du mot état, auxquels s'ajoutent les nombreuses locutions qui l'implique, enrichissent – autant qu'ils compliquent – la compréhension de l'expression « état d'urgence ».

159. Il renvoie, dans son acception qui n'implique pas de majuscule⁵²³, à la situation ou à la manière d'être d'un État, d'une chose ou d'une personne, à un moment donné. Il a en commun avec le mot « situation » de renvoyer à la réalité matérielle du monde, par opposition à un produit de la pensée⁵²⁴. Sa définition juridique en atteste : l'état est une situation caractérisée de fait ou de droit – et seulement par extension, la « constatation » de cette situation⁵²⁵. Tout comme l'expression « en situation » implique des conditions réelles ou analogues à la réalité⁵²⁶, « en l'état » renvoie à la réalité d'une chose à un moment donné. Le mot état renvoie aussi à l'idée de « capacité ». Les locutions « être en état de + infinitif » et « être en situation de + infinitif » signifient : « être à même » d'effectuer une action⁵²⁷, ou d'être préparé à quelque chose qui pourrait survenir⁵²⁸.

160. Ainsi, en plus d'être le constat d'une situation (l'état d'exception comme constat de l'existence d'une situation d'exception) et d'insister sur l'anormalité de la situation (l'État sous l'état d'exception n'est pas son état normal), l'expression état d'exception connote la capacité à réagir à cette situation : en déclarant un état d'exception, l'État se « met en situation » d'affronter la situation d'exception et de parvenir à la mettre « hors d'état de nuire », remettant ainsi le droit « en l'état ». Sémantiquement, la préférence de la doctrine pour l'expression « état d'exception » au détriment de celle de « régime d'exception » n'est donc pas neutre⁵²⁹.

161. Ce vocable permet de mettre l'accent sur la dimension factuelle de la nécessité et sur la nécessité d'y remédier, tout en occultant presque totalement ses autres dimensions, comme l'impossibilité de maintenir le droit ordinaire – bien que, conformément à la définition juridique

⁵²³ Un État (avec une majuscule) est une « entité juridique formée de la réunion de trois éléments constitutifs (population, territoire, autorité politique) et à laquelle est reconnue la qualité de sujet de Droit international » (CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 417-419).

⁵²⁴ CNRTL, entrées « état », « situation » et « réalité ».

⁵²⁵ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 416-417.

⁵²⁶ CNRTL, entrée « situation ».

⁵²⁷ CNRTL, entrée « situation ».

⁵²⁸ CNRTL, entrée « état ».

⁵²⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 10.

du mot état, il puisse aussi s'agir d'une situation juridique – ou les pouvoirs dérogatoires qu'il permet. C'est en tout cas le sens du choix opéré, au début du siècle, par le Conseil d'État, quand il nomme sa création jurisprudentielle « théorie des circonstances exceptionnelles »⁵³⁰.

b – « Urgence » : état de fait pressant appelant à une action juridique immédiate

162. Étymologiquement, le mot « urgence » dérive de l'adjectif du bas-latin *urgens*, qui signifie « pressant, ne souffrant de retard »⁵³¹, et du verbe *urgere*, riche de nombreuses significations : presser, écraser, pousser, bousculer, imprimer une force sur, sinon accabler ou tourmenter⁵³². Ce verbe peut aussi revêtir la signification de « s'occuper avec insistance de quelque chose, s'acharner à la poursuite d'un but »⁵³³.

163. Apparu aux environs de 1550⁵³⁴, il est progressivement popularisé à partir du XVII^e siècle, par exemple chez Molière⁵³⁵. Son usage reste rare avant la deuxième moitié du XVIII^e siècle⁵³⁶, au tournant duquel ce mot obtint son acception la plus usitée de service médical d'urgence⁵³⁷. Il a par la suite un réel succès dans la littérature, chez Hugo notamment⁵³⁸, dans une acception qui préfigure déjà celle que lui confère le Commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Société immobilière de Saint-Juste*⁵³⁹ et qui deviendra, dans le langage courant, celle de la véritable popularisation de ce terme⁵⁴⁰.

164. Dans la « société de l'urgence » contemporaine, sensibilisée au risque et accoutumée à l'accélération du temps social, la notion d'urgence est au cœur du langage courant⁵⁴¹.

⁵³⁰ Cf. *infra*, n° 246.

⁵³¹ REY A. (dir.), *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, *op. cit.*

⁵³² V. LEEMAN D., VAGUER C., « États "d'urgence" : "en urgence"... », art. cit. ; AUBERT N., *Le Culte de l'Urgence...*, *op. cit.*, p. 111 ; FINCHLSTEIN G., *La dictature de l'urgence*, *op. cit.*, p. 30.

⁵³³ AUBERT N., *ibid.*

⁵³⁴ REY A. (dir.), *Dictionnaire étymologique et historique de la langue française*, *op. cit.*

⁵³⁵ MOLIÈRE, *Le médecin malgré lui*, Acte III, scène 7 : « Sganarelle – Ce sont drogues dont on se sert dans les nécessités urgentes ».

⁵³⁶ CNRTL, entrée « urgence ».

⁵³⁷ STRICKLER Y., « Rapport de synthèse », in BRILLA M. et AL (dir.), *Le droit face à l'urgence...*, *op. cit.*, p. 209 ; FINCHLSTEIN G., *La dictature de l'urgence*, *op. cit.*, p. 30.

⁵³⁸ HUGO V., *Quatrevingt-treize*, rééd. Paris, Garnier-Flammarion, 1965, p. 127 : « Danton venait de se lever ; il avait vivement reculé sa chaise. – Écoutez, cria-t-il. Il n'y a qu'une urgence, la République en danger. Je ne connais qu'une chose, délivrer la France de l'ennemi. Pour cela tous les moyens sont bons ».

⁵³⁹ L'extrême urgence d'une situation fait exception au principe selon lequel l'administration doit se diriger vers le juge judiciaire pour autoriser la mise en mouvement de la force publique pour exécuter des actes de la puissance publique. Pour le commissaire Romieu, « quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'envoyer les pompiers » (V. ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 63-64).

⁵⁴⁰ En 1950, le terme « urgence » est huit fois plus usité qu'en 1800 (V. DVLF, « urgence »).

⁵⁴¹ BÉNÉVENTR., « La rhétorique de l'urgence », *La Lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n° 76, 2009/2, p. 13-20.

Incidemment, la quasi-totalité des branches du droit s'est vu, ces dernières décennies, irriguée par l'urgence : développement rapide des procédures de référé en droit administratif⁵⁴², pérennisation du plan Vigipirate instauré par une simple circulaire en 1991, principe de précaution inscrit dans la Charte de l'environnement ou recours fréquent aux états d'urgence. Faut-il encore en comprendre la signification exacte en droit.

165. La riche histoire sémantique et culturelle du mot urgence, comme les subtilités syntaxiques qui entourent son usage⁵⁴³ compliquent toute tentative d'en restituer une définition. Il ressort de l'usage contemporain de la notion d'urgence une dichotomie entre, d'une part, son usage en tant que nom – où le mot urgence renvoie à une situation qui requiert une action immédiate ou à la nécessité d'agir rapidement – et d'autre part, la formule « d'urgence » et l'adjectif « urgent », qui renvoient non plus à la situation de fait, ou au déroulement de l'action, mais au moment auquel une décision d'agir doit être prise. Si une décision doit être prise d'urgence, cela signifie qu'elle ne peut être différée, ou autrement dit, qu'elle doit être prise à bref délai sans que, du fait de cette obligation de rapidité, sa pertinence puisse être garantie⁵⁴⁴.

166. À ces difficultés s'ajoutent les caractères essentiellement intuitifs et casuistiques de cette notion, dont la doctrine juridique fait état dans sa large majorité. « Plus facilement ressentie que définie »⁵⁴⁵, il est difficile de proposer de l'urgence une définition opérationnelle qui, dépassant l'approche par l'exemple, constituerait une caractérisation théorique satisfaisante de cette notion essentiellement casuistique⁵⁴⁶. À contrario, il est assez évident et naturel de l'identifier dans des cas concrets, comme le montrent certaines études menées sur la prise de

⁵⁴² V. **ZERDOUMI F.**, *Les procédures d'urgence en droit du contentieux administratif: (10 ans de pratique jurisprudentielle)*, Thèse, sous la dir. de C. Mondou, Université de Lille 2, 2010, 560 p. ; **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 81-82.

⁵⁴³ Sur le plan syntaxique, la formule « d'urgence » porte sur le verbe de la phrase, alors que la formule « dans l'urgence » constitue un cadre pour ce qui est rapporté par le reste de la phrase, en explicitant les conditions dans lesquelles l'événement rapporté se déroule (V. **LEEMAN D.**, **VAGUER C.**, « États "d'urgence" : "en urgence"... », art. cit.).

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ **JESTAZ P.**, *L'Urgence et les principes classiques...*, *op. cit.*

⁵⁴⁶ **TESTU F.-X.**, « Casuistique », art. cit., p. 169 et s. : « chacun peut concevoir l'urgence, mais nul ne peut en donner une définition opérationnelle sans recourir à des exemples (...) la logique formelle rencontre ici ses limites, et l'interprète se trouve nécessairement renvoyé à une approche casuistique ».

décision en urgence⁵⁴⁷. Intuitive à l'esprit, l'urgence n'en est pas moins, et c'est là son apparent paradoxe, difficile à définir⁵⁴⁸.

167. Certains juristes ne vont pas se satisfaire de cette situation, où l'urgence, plus axiomatique que comprise, aussi floue que puisse l'être une perception intuitive, est condamnée à l'obscurité du sens, à la polysémie et à la transversalité⁵⁴⁹. Elle fait, dans le langage du droit, l'objet de plusieurs tentatives définitionnelles, dont il est possible de confronter les approches les plus intéressantes. Celles-ci divergent par leur contenu, mais aussi par leurs degrés de spécialisation et de précision.

168. Se pose, préliminairement, la question de la transversalité de la notion d'urgence en droit. Un certain consensus se dessine en doctrine autour d'une position intermédiaire, dans laquelle l'urgence n'est ni une notion-outil indifféremment applicable à toutes les branches du droit ni une notion de spécialité qui ne connaîtrait que des faux-amis. Selon celle-ci, l'urgence aurait un fondement unique en droit, cependant susceptible de générer, au gré de ses applications dans les différentes branches du droit, des questions définitionnelles et des enjeux spécifiques⁵⁵⁰. Partant de ce présupposé, la doctrine a proposé de nombreuses définitions générales et, plus ponctuellement, s'est essayée à des définitions spécifiques à une branche plus ou moins précise du droit.

169. Parmi les définitions à portée générale, les plus concises insistent sur la dimension temporelle de l'urgence. Elles le font sous au moins deux modalités différentes. Dans première

⁵⁴⁷ Ainsi, deux études menées autour des associations libres faites par des militaires autour des situations exceptionnelles montrent qu'ils se réfèrent à des exemples et à des procédures, bien plus qu'aux caractéristiques de ces situations. Bien que l'échantillon ne soit pas représentatif, l'étude constate en effet que 37% des réponses sont des exemples, pour seulement 9% de caractéristiques de ces situations par exemple. Il est de plus intéressant de noter que la réponse modale (c'est-à-dire la plus fréquemment énoncée) pour le régiment d'infanterie et le groupe de tireurs alpins n'est pas l'exemple (qui arrive deuxième), mais les procédures à suivre en tel cas (V. **DROZDA-SENKOWSKA E., RIC F., MULLER D.**, *Agir et décider collectivement en situation d'exception : une étude de cas*, Centre d'études en sciences sociales de la défense, 2007, 246 p., p. 96 et 97).

⁵⁴⁸ Dans la logique de Bergson, c'est parce que l'urgence sert très souvent à l'esprit qu'elle lui apparaîtrait comme naturel: « notre esprit à une irrésistible tendance à considérer comme plus claire l'idée qui lui sert le plus souvent » (**BERGSON H.**, « La pensée et le mouvant », Paris, PUF, 1938, p. 205, cité par **ROUVIÈRE F.**, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in **CAIRE A.-B.** (dir.), *Les fictions en droit...*, op. cit., p. 101). D'autant que, pour Locke, reprenant *l'anticipatio mentis* de Bacon, l'homme s'abandonne facilement aux premières anticipations de son esprit (**LOCKE**, *De la conduite de l'entendement*, Paris, Vrin, 1975, trad. Y. Michaud, §26, cité par **POPPER K. R.**, *Des sources de la connaissance...*, op. cit., p. 74.). Aussi, la large diffusion et la fréquente utilisation de la notion d'urgence dans le langage la rendent familière à l'esprit, sans nécessairement renseigner sur sa définition.

⁵⁴⁹ V. **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, op. cit.

⁵⁵⁰ Il est intéressant de constater que des tentatives de définitions à portée générale de cette notion se retrouvent dans les ouvrages généralistes (**CORNU G.** (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1044-1045), mais aussi dans des études spécifiques à l'urgence dans un domaine juridique de spécialité (**FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, op. cit., p. 518 et s. ; **CHRÉTIEN P.**, « La notion d'urgence », art. cit.), ce qui accrédite la thèse tenant l'urgence pour une « notion-outil ».

variante, assez minoritaire, l'urgence caractérise une situation de fait à la temporalité pressante qui, parce qu'elle constitue une anomalie dans le déroulement ordinaire du temps, constitue un danger⁵⁵¹. Dans une seconde variante, qui se retrouve chez la doctrine⁵⁵² comme dans plusieurs décisions judiciaires⁵⁵³, ce n'est tant la compression du temps qui constitue le danger, que la volonté d'agir qui entraîne le sentiment de la compression du temps. Ces deux positions ne sont pourtant contradictoires qu'en apparence. Comme le montre la définition proposée par Vicente Álvarez García, l'existence d'un danger menaçant de produire des conséquences produit une accélération du temps, qui, réciproquement, devient un danger en impactant les modalités de l'action devant être engagée⁵⁵⁴, et ce, qu'elle soit « préventive » ou « réparatoire »⁵⁵⁵.

170. La notion d'urgence a aussi fait l'objet de définitions juridiques détaillées qui, sous des terminologies différentes⁵⁵⁶, se rejoignent sur une volonté commune d'en identifier les dimensions constitutives. Selon la définition proposée par le *Vocabulaire juridique*⁵⁵⁷, prise ici comme point de départ, l'urgence réside avant tout dans une situation factuelle (caractérisée par une menace pouvant produire un préjudice irréparable), qui, mise en relation avec les finalités poursuivies par les décideurs (une volonté de sauvegarder un ou plusieurs intérêts), aboutit à constater la nécessité d'une action rapide (pour éviter ce préjudice et ainsi sauvegarder les intérêts défendus). Les autres typologies juridiques de l'urgence, très similaires à la première, divergent seulement par les noms et par le nombre de dimensions, ainsi que par celle qui est

⁵⁵¹ L'urgence réside dans ces moments « où le temps court plus vite, c'est-à-dire dangereusement » (RAYNAUD P., in JESTAZ P., *L'Urgence et les principes classiques...*, op. cit., p. IV).

⁵⁵² V. par ex AUMERAM X., « L'urgence dans la procédure de licenciement », in BRILLA M. et AL (dir.), *Le droit face à l'urgence...*, op. cit., p. 111.

⁵⁵³ L'urgence est « un concept à la dimension essentiellement temporelle [qui] implique que quelque chose doit être effectué immédiatement ou, du moins, rapidement » (STS, 621/1989, de 24 de julio de 1989); Invoquer l'urgence revient à « connoter un état des choses qui appelle une action drastique » (Comité judiciaire du Conseil privé à propos de l'Inde, Décision Bhagat Singh & Others v. The King Emperor AIR [1931] PC 111).

⁵⁵⁴ L'urgence, c'est la dimension temporelle d'un danger ou, plus précisément, l'imminence de sa matérialisation. Cette situation influe sur la capacité de manœuvre des organes habilités, avant même la concrétisation du danger (ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 255).

⁵⁵⁵ La doctrine s'accorde sur le fait que l'action urgente n'est pas toujours dictée par l'imminence de la matérialisation d'une menace (urgence dite préventive). Elle peut aussi l'être, une fois le danger matérialisé, par les conséquences néfastes qu'il produit (urgence dite réparatoire). Dans un cas comme dans l'autre, ce qui définira l'urgence de l'action à mener, c'est moins la comparaison des hypothèses de l'agir et du non-agir, que celles d'une action immédiate et d'une action différée (V. *Id.*, p. 262-265).

⁵⁵⁶ Ces dimensions constitutives sont nommées « niveaux » chez Pierre-Laurent Frier, « facteurs » chez Xavier Aumeran ou « contours » chez Nicole Aubert, mais leur identification relève exactement du même exercice intellectuel.

⁵⁵⁷ CORNU G. (dir.), op. cit., p. 1044-1045, « Urgence » : « Caractère d'un état de fait susceptible d'entraîner, s'il n'y est porté remède à bref délai, un préjudice irréparable [et entraînant] la nécessité d'agir pour la conservation d'un droit ou la sauvegarde d'un intérêt ».

tenue pour dominante. Ainsi, la définition proposée par Xavier Aumeran⁵⁵⁸ fusionne la finalité défendue et l'action d'urgence en une seule dimension, alors qu'elle sépare l'état de fait et le préjudice potentiel en deux dimensions spécifiques. Celle proposée par Francis Jauréguiberry⁵⁵⁹ propose, pour sa part, les mêmes éléments définitionnels sous la forme d'une typologie binaire. Enfin, certaines typologies plus spécifiques portent sur une seule de ces dimensions. C'est par exemple la démarche de Jacques Robert lorsqu'il propose une typologie – malheureusement peu convaincante⁵⁶⁰ – des situations d'urgence dans la Constitution française⁵⁶¹. Ces différentes typologies juridiques ne montrent d'ailleurs pas de différences fondamentales avec celles proposées dans le champ d'autres sciences humaines et sociales⁵⁶².

171. Dans le champ spécifique du droit public, il faut distinguer les définitions générales et les définitions qui synthétisent (ou paraphrasent) le droit positif. La définition proposée par Álvarez García, selon laquelle il y a urgence quand les pouvoirs publics doivent agir, et agir avec une rapidité telle qu'ils ne peuvent respecter les règles d'action ordinaire qui dirigent leur action⁵⁶³, entre dans la première catégorie. Au contraire, les deux acceptions de l'urgence en droit public proposée par le *Vocabulaire juridique* (en droit constitutionnel pour la première⁵⁶⁴ et dans la jurisprudence administrative pour la seconde⁵⁶⁵) entrent dans la seconde catégorie.

⁵⁵⁸ L'urgence se définit par trois facteurs : un état de fait, un préjudice potentiel pesant sur un intérêt et une volonté de protéger cet intérêt en agissant (AUMERAN X., « L'urgence dans la procédure de licenciement », art. cit., p. 111).

⁵⁵⁹ JAURÉGUIBERRY F., « Télécommunications et généralisation de l'urgence », *Sciences de la Société*, n° 44, mai 1998, cité par AUBERT N., *Le Culte de l'Urgence...*, op. cit., p. 111-112 : « L'urgence naît toujours d'une double prise de conscience : d'une part, qu'un pan incontournable de la réalité relève d'un scénario aux conséquences dramatiques ou inacceptables et, d'autre part, que seule une action d'une exceptionnelle rapidité peut empêcher ce scénario d'aller à son terme... Dit autrement, on court à la catastrophe si rien n'est immédiatement mis en œuvre ».

⁵⁶⁰ Il est possible d'objecter à cette typologie la porosité de ses frontières – un attentat est un élément extérieur qui s'impose au décideur, mais qui nécessite aussi d'accélérer les procédures traditionnelles – et un certain manque de cohérence : alors que la première et la troisième catégorie se rapportent à l'origine ou à l'élément déclencheur de la situation d'urgence, la deuxième porte sur l'appréciation de l'urgence et sur l'action qu'elle impose.

⁵⁶¹ ROBERT J., « Les situations d'urgence... », art. cit., p. 752 : « Celles qui naissent des destinées individuelles, celles qui sont justifiées par la nécessité d'accélérer les procédures traditionnelles, celles qu'imposent des éléments extérieurs ».

⁵⁶² Dans une perspective sociologique, Nicole Aubert estime que l'urgence « désigne à la fois, d'abord une situation (urgence contextuelle), ensuite un jugement porté sur cette situation (urgence subjective) et enfin une action tendant, en fonction de ce jugement, à remédier à cette situation (réaction immédiate) » (*Le Culte de l'Urgence...*, op. cit., p. 36). Très proche des propositions précédentes, elle a pour principale spécificité d'englober les fins défendues dans une opération intellectuelle plus générale de jugement de la situation, assimilable sous certains aspects à la « double prise de conscience » évoquée par Francis Jauréguiberry.

⁵⁶³ ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 256.

⁵⁶⁴ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 1044-1045 : « Circonstances pressantes que, d'après les textes, le gouvernement peut invoquer pour accélérer le cours des délibérations parlementaires et la discussion entre les assemblées (art. 45 al 2) ou abrégier le délai imparti au Conseil constitutionnel statuant sur la conformité de la loi à la Constitution (art. 61 al. 3) ».

⁵⁶⁵ *Ibid.* : « Circonstances pressantes qui, aux yeux de la jurisprudence, valident des actes juridiques qui, en temps ordinaire, auraient été illégaux ».

Ces deux dernières définitions se distinguent de la première par une compréhension fondamentalement différente de l'objectivité de l'appréciation de l'urgence⁵⁶⁶.

§2 – Les significations attribuées à l'expression état d'urgence

172. Attribuer une trop grande technicité à l'expression « état d'urgence » reviendrait à méconnaître la dimension performative de son apparition historique. Cette indétermination se traduit, dans les langages courants et juridiques, par des usages décousus et extensifs (a). Ne pouvant s'appuyer sur un noyau de sens bien délimité, les définitions juridiques qui en sont proposées se limitent le plus souvent à une paraphrase formelle des dispositifs en portant le nom. Il en résulte une compréhension propre à chaque système juridique (b).

a – Une création politique intégrée dans le langage courant

173. L'expression « état d'urgence » intègre le droit français par pure opportunité politique. Inventée dans les bureaux de l'état-major de la défense⁵⁶⁷, elle répond directement au besoin d'alors du Gouvernement français d'éviter de recourir au vocable de la guerre, ou même à celui de l'insurrection armée, dans un contexte où la guerre d'Algérie ne devait pas en porter le nom⁵⁶⁸. Dans l'impossibilité de déclarer l'état de siège, dispositif associé à un imaginaire guerrier et militarisé⁵⁶⁹, mais dans la nécessité de disposer de moyens d'agir à la hauteur de la situation, le Gouvernement crée de toute pièce une solution intermédiaire : l'état d'urgence⁵⁷⁰.

174. La dimension communicationnelle de cette création *ex nihilo* n'est pas sans rappeler celle de la « théorie des circonstances exceptionnelles » du Conseil d'État dont la dénomination,

⁵⁶⁶ Dans la définition de Vicente Álvarez García, l'urgence procède d'une nécessité objective d'agir, alors que dans le *Vocabulaire juridique*, il y a urgence quand l'acteur habilité – ou le juge – décide de mobiliser un dispositif d'urgence. Il s'agit d'une possibilité (*peut invoquer*), qui est motivée par l'objectif de provoquer des effets sur le droit (*invoquer pour*).

⁵⁶⁷ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 53.

⁵⁶⁸ FAURE E., *Mémoires*, tome II : *Si tel doit être mon destin ce soir*, Paris, Plon, 1987, p. 197, cité par BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 62 : « 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 ».

⁵⁶⁹ L'expression « état de siège » renvoie à l'image du siège d'une ville, d'un pays ou d'une forteresse, dans lequel les militaires se substituent aux autorités civiles pour administrer et défendre le lieu assiégé (BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 54).

⁵⁷⁰ SCHWARTZ R., rapporteur de la commission de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955 : « Il fallait trouver, entre le droit commun, qui est insuffisant pour faire face à une période insurrectionnelle, et l'état de siège, un moyen terme, une solution intermédiaire. C'est ce qui vous est proposé sous la dénomination d'état d'urgence ».

en connotant la guerre et la défense nationale, permet de légitimer juridiquement une action de crise particulièrement dérogatoire⁵⁷¹. Elle répond toutefois à une logique diamétralement opposée. Il s'agit de convaincre l'opinion que ce dispositif répond à une simple « montée de fièvre », dépassable par les seuls pouvoirs civils. En d'autres termes, il s'agit de servir une véritable stratégie d'euphémisation, tant de la situation réelle en Algérie que des pouvoirs que confère le dispositif du 3 avril 1955, qui, en avançant dissimulés, peuvent à raison être tenus pour moins libéraux que ceux de l'état de siège⁵⁷².

175. « Élément de novlangue », « invention langagière » ou « expression hypocrite », le vocable choisi porte une connotation réfléchie – à l'efficacité toutefois déclinante⁵⁷³ –, s'appuyant notamment sur la gravité moindre associée au terme urgence dans le champ sémantique de l'exception en droit⁵⁷⁴, qui détonne avec son absence de signification technique. L'expression état d'urgence ne veut, *in fine*, rien dire de précis⁵⁷⁵.

176. Cette dénotation floue a des répercussions directes sur les usages dont cette expression fait l'objet dans le discours public institutionnel et, de plus en plus fréquemment, dans le langage courant.

177. Dans son acception la plus répandue, l'expression état d'urgence est utilisée pour faire référence aux dispositifs juridiques du même nom. Avant 2020, il s'agissait exclusivement de la loi du 3 avril 1955. Le contenu et la pratique de ce dispositif, déclaré dès sa création dans le contexte algérien et mobilisé ensuite à plusieurs reprises sur l'ensemble de la durée de la V^e République, constituent l'exemple sur lequel s'est construite l'acception couramment admise

⁵⁷¹ L'expression « circonstance exceptionnelle » peut surprendre, car elle ne renvoie qu'à l'un des trois éléments de la théorie de la nécessité : l'élément factuel. La doctrine française a avancé des pistes d'explications d'ordre politique et psychologique à cette dénomination : le juge a préféré mettre l'accent sur un fondement plus évident, criant pour l'opinion publique, que sur le trop banal terme nécessité ou sur le trop faible terme urgence, pour justifier une sortie du droit (ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 103 ; LE BOS-LE POURHIET A.-M., *Les substitutions de compétences en droit public français*, Thèse, Paris I, 1985, 513 p., p. 343 et 344 ; FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 143 et 144).

⁵⁷² V, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 30 mars 1955, p. 2138 ; BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁷³ Conformément à la volonté originelle de ses pères, l'expression état d'urgence a longtemps profité d'une connotation moins dramatique que les expressions d'état de siège ou de guerre. Toutefois, la généralisation du recours aux états d'urgence sous la V^e République, en particulier depuis fin 2015, a dégradé sa connotation. Pour de nombreux Français, l'état d'urgence est moins associé à un accroissement de la sécurité qu'à un dispositif de contrôle illibéral, portant le risque d'une banalisation de l'exceptionnel (V. IFOP, « Les Français et l'état d'urgence », sondage pour Valeurs actuelles, juin 2016, en ligne).

⁵⁷⁴ Dans la jurisprudence et dans la doctrine administrative française, la notion « d'urgence » est en effet perçue, au moins jusque dans les années 1950, comme d'une moindre gravité par rapport à la nécessité ou à l'exception. Le choix de cette notion n'est en cela pas neutre, comme le remarque un membre du Conseil de la République considérant l'expression état d'urgence comme un « cruel euphémisme » (EL HADI M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955).

⁵⁷⁵ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 54.

de cette expression. Depuis la création de l'état d'urgence sanitaire en 2020, dénomination qui, là aussi, poursuit un objectif communicationnel certain⁵⁷⁶, cette expression fait, selon le contexte, référence à l'un ou l'autre des dispositifs. En effet, en dépit de son abrogation ultérieure, l'état d'urgence sanitaire a eu pour effet de dissocier cette expression d'un unique dispositif. Ce concept empruntant la voie d'une standardisation progressive, il est de plus en plus fréquemment fait référence à une catégorie de dispositifs juridiques : les états d'urgence⁵⁷⁷. Cette catégorie est soigneusement distinguée de celle des états d'exception dans la majorité des discours publics, alors que dans le langage courant, elles sont le plus souvent tenues pour synonymes.

178. En parallèle de cette dénotation qui suit schématiquement l'évolution du sens de cette expression dans le langage des juristes, les citoyens, les médias et certains représentants des institutions publiques cultivent d'autres usages de cette expression, à la pertinence parfois discutable. D'une part, l'expression est utilisée pour faire référence au contexte factuel dans lequel évolue l'État durant l'application de l'état d'urgence sécuritaire⁵⁷⁸. D'autre part, elle est déclinée, en France comme dans d'autres États européens et le plus souvent dans une perspective critique ou militante, à d'autres registres que l'ordre public, comme les problématiques économiques et sociales⁵⁷⁹, la crise écologique⁵⁸⁰, la crise politique⁵⁸¹ ou la célérité excessive du traitement médiatique de l'information⁵⁸².

⁵⁷⁶ D'un point de vue stratégique et communicationnel, le choix de créer un état d'urgence « sanitaire » permet de bien distinguer aux yeux des citoyens les mesures prises dans le cadre de la lutte contre le terrorisme des mesures prises actuellement pour endiguer la pandémie de corona virus.

⁵⁷⁷ V. par ex. Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 7 : « Face à la crise sanitaire qui a frappé le monde à partir de 2020, la quasi-totalité des États membres de l'Union européenne a été amenée à prendre des mesures d'urgence. Ces "états d'urgence" (...) ».

⁵⁷⁸ Par exemple, dans un sondage Ifop (« Les Français et l'état d'urgence », préc.) : « Vous savez que depuis les attentats du 13 novembre 2015, la France est en état d'urgence » ou dans le titre d'un article anglo-saxon : **HASKINS C.**, « Soon every weather event could become a state of emergency », *Theoutline.com*, juillet 2018, en ligne.

⁵⁷⁹ **MACRON E.**, Discours télévisé sur France 2, 10 décembre 2018 : « état d'urgence économique et social » ; **SALAH BENDJELLOUL M.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 30 mars 1955. p. 2132 : « avant de songer à décréter l'état d'urgence en Algérie pour y rétablir l'ordre, il convient d'établir d'autres états d'urgence. Il faut d'abord lutter contre la misère, contre le chômage (...) ».

⁵⁸⁰ Une pétition a été lancée en Belgique pour déclarer un « état d'urgence environnemental » (« Déclarons l'état d'urgence environnemental », *L'Écho.be*, septembre 2018, en ligne).

⁵⁸¹ Comme en témoignent les expressions « *estados de emergencia político* » et « *estado de sitio economico, civil* » (**GONZÁLEZ H. R.**, *Estado de no derecho...*, *op. cit.*, p. 49 et s).

⁵⁸² **SALINGUE J.**, « L'état d'urgence médiatique », vidéo, février 2016, en ligne.

b – Des définitions juridiques ancrées dans leurs ordres juridiques respectifs

179. Introduite en droit français pour des raisons performatives, l'expression état d'urgence n'a pas de signification précise dans le champ juridique. Cette origine explique la multiplicité des approches définitionnelles et des traits définitoires proposés par la doctrine française.

179.1. Les définitions proposées ne s'accordent pas sur la nature de la situation à laquelle cette expression renvoie. Pour certaines définitions, à l'image de la seconde acception de cette entrée dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu⁵⁸³, l'état d'urgence réside dans une situation de fait spécifique entraînant, lorsqu'elle est qualifiée, des conséquences juridiques. Sa définition se rapproche alors, sinon se fonde dans d'autres notions juridiques comme celle de circonstances exceptionnelles⁵⁸⁴. Pour d'autres définitions, à l'image de la première acception proposée par le même ouvrage⁵⁸⁵ ou des traits définitionnels identifiés dès 1955 par Roland Drago⁵⁸⁶, l'expression état d'urgence fait référence à une situation de droit.

179.2. Ces définitions associant à l'expression état d'urgence une situation de droit n'ont, en outre, pas toujours la même nature. La première acception de l'ouvrage de Gérard Cornu se contente de paraphraser la lettre de la loi du 3 avril 1955. Sans y faire une référence directe, elle en reprend les termes et doit donc être tenue comme une définition nominale, sinon « au sens de la présente loi », qui n'a pas le caractère d'une définition réelle ou doctrinale et n'admet, par conséquent, la subsomption d'aucun autre dispositif nommé « état d'urgence », à commencer par l'état d'urgence sanitaire. L'approche définitionnelle de Roland Drago fait à l'opposé l'effort d'une montée en abstraction. Sur la base du seul régime de 1955, qu'il classe parmi les états d'exception, il identifie l'une de ses caractéristiques essentielles : en permettant des dérogations au droit ordinaire, il parvient à en limiter juridiquement l'étendue, notamment

⁵⁸³ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1045 : « Situation pouvant ou non résulter de circonstances exceptionnelles et dont l'existence justifie que l'administration, sous réserve de l'appréciation du juge, passe outre certains délais ou exigences de forme ou de procédure ».

⁵⁸⁴ La définition précitée fait explicitement référence aux circonstances exceptionnelles, mais attribue à la situation d'état d'urgence un champ plus large, se confondant ou non, selon les cas, avec celles-ci. Surtout, elle fait état de prérogatives très similaires de l'administration face à ces situations. La théorie des circonstances exceptionnelles a en effet précisément vocation de permettre à l'autorité administrative d'empiéter sur le domaine de la loi ou de s'affranchir des règles de forme habituelles (V. not. CE, 16 mai 1941, *Courrent*, Rec. p. 89 ; CE, Ass., 16 avril 1948, *Laugier*, rec. p. 161).

⁵⁸⁵ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 1045 : « Situation dans laquelle les pouvoirs de police administrative se trouvent renforcés et élargis pour faire face soit à un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit à des événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamité publique ».

⁵⁸⁶ DRAGO R., « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 670 et s.

par rapport à la possibilité de déroger à toute législation préétablie portée par la théorie des circonstances exceptionnelles ou par l'état de nécessité⁵⁸⁷.

180. L'ordre juridique espagnol contemporain ne connaît pas « d'état d'urgence », ce qui explique qu'il n'existe pas de définitions doctrinales de cette notion dans le *Dictionnaire de l'espagnol juridique*. Pour autant, dans une démarche analogue à celle de l'ouvrage de Gérard Cornu, ce dictionnaire propose des définitions « au sens de la présente loi » des notions juridiques d'état d'alerte⁵⁸⁸ et d'état d'exception⁵⁸⁹, qui s'appuient directement sur l'article 116 de la Constitution de 1978 et sur la LOAES. Mises en perspectives avec la définition proposée par le *Vocabulaire juridique*, elles témoignent d'une grande proximité notionnelle entre l'expression état d'urgence en France et les expressions *estado de alarma* et *estado de excepción* en Espagne, qui n'est, au vu du caractère nominal des définitions proposées, que le reflet de la proximité matérielle entre ces dispositifs⁵⁹⁰.

181. Dans les États anglo-saxons, dans le droit international et dans le droit communautaire européen, les expressions de « state of emergency » et de « public emergency » ne correspondent qu'en apparence à l'expression état d'urgence telle qu'elle est comprise en France.

181.1. L'expression « *state of emergency* », qui se traduit littéralement par état d'urgence, est très usitée dans le monde anglo-saxon. Pour autant, elle y revêt une signification propre à sa famille juridique d'appartenance, qui s'éloigne substantiellement des premières définitions données de l'état d'urgence en France et en Espagne. Si elle a en commun avec l'expression continentale de renvoyer à la possibilité de déroger au droit ordinaire face à une situation de péril, les situations de faits visées sont plus intenses par leur nature ou par leur gravité, et ce, en anglais britannique comme en anglais américain⁵⁹¹. Pour certains auteurs, il

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ DPEJ, entrée « estado de alarma » : « situation extraordinaire que déclare le Conseil des ministres quand se produit une altération grave de la normalité du fait de catastrophes, calamités, disgrâces publiques, crises sanitaires, paralysie des services publics essentiels ou de pénuries de produits de première nécessité ».

⁵⁸⁹ DPEJ, entrée « estado de excepción » : « Régime juridique extraordinaire et transitoire approuvé par le Conseil des ministres avec l'autorisation préalable du Congrès des Députés quand le libre exercice des droits et libertés des citoyens, le fonctionnement normal des institutions démocratiques, celui des services publics essentiels pour la communauté ou tout autre aspect de l'ordre public se voit si gravement altéré que l'exercice des pouvoirs administratifs se trouve insuffisant pour l'établir ou le maintenir ».

⁵⁹⁰ En témoignent les résultats du test d'appartenance (cf. *infra*, n° 309).

⁵⁹¹ En anglais britannique, il s'agit d'un « système de règles temporaires pour composer avec une situation extrêmement dangereuse ou difficile » alors qu'en anglais américain, il s'agirait d'une « situation extrême causée par des conditions météorologiques violentes ou une guerre, dans laquelle un gouvernement s'accorde des pouvoirs spéciaux » (CAMBRIDGE DICTIONNARY, entrée « State of emergency »). Ces deux définitions cultivent plusieurs différences. D'abord, dans la première définition, « état » fait avant tout référence à l'action juridique (ou l'état du

faudrait même réserver l'expression *state of emergency* aux dispositifs qui dérogent à l'ordre constitutionnel lui-même, excluant par là les simples réponses administratives aux situations d'urgence⁵⁹². Il faut néanmoins faire cas à part de l'une des rares définitions de portée générale de ce concept. Proposée en 2008 par la Commission de Venise au détour d'un rapport sur le contrôle démocratique des forces armées⁵⁹³ et parfois reprise par les institutions françaises⁵⁹⁴, cette définition du concept de *state of emergency*, d'ailleurs traduit dans la version française du rapport par « état d'urgence », paraît en effet pleinement compatible avec les modèles français et espagnols de l'état d'urgence.

181.2. Les conventions internationales, qu'il s'agisse de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁹⁵, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵⁹⁶ ou de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁵⁹⁷, privilégient le vocable de « *public emergency* ». Ces situations, qui ont en commun d'impliquer à la fois des dérogations aux droits et libertés fondamentaux et à la distribution des pouvoirs et des fonctions au sein de l'État⁵⁹⁸ sont aussi désignés, de manière plus générale, par l'expression « *emergency rules* »⁵⁹⁹. L'état d'urgence paraît occuper le spectre bas de ces situations d'urgence publique, qui peuvent aller en gravité jusqu'à s'approcher de ce que le droit français nomme le « salut public »⁶⁰⁰.

droit), alors que dans la seconde définition, « état » fait référence avant tout à la situation de fait elle-même. Ensuite, ces deux définitions se démarquent par leur caractérisation des éléments de fait et de droit. Pour la première, l'état de fait est caractérisé par son degré de gravité, alors que pour la seconde, il l'est par sa nature. En ce qui concerne l'action juridique devant être mobilisée, il est dans les deux cas fait référence à son caractère dérogatoire. Néanmoins, alors que la définition britannique insiste sur le caractère temporaire des mesures mises en œuvre (temporalité), la définition américaine met l'accent sur leur caractère exceptionnel (gravité).

⁵⁹² MCELWAIN K. M., « Using Constitutional Data to Understand "State of Emergency" Provisions », *Social Sciences of Crisis Thinking*, Tokyo University, 2017, en ligne.

⁵⁹³ COMMISSION DE VENISE, Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées, n° 389/2006, 2008 : « L'état d'urgence découle d'une déclaration répondant à une situation extraordinaire constituant une menace importante pour un pays : une catastrophe naturelle, un soulèvement populaire, une épidémie ou une crise économique. La déclaration peut suspendre un certain nombre de fonctions gouvernementales, ou autoriser des organes publics à prendre des mesures de premier secours, voire limiter ou suspendre des libertés civiles et des droits de l'homme ». ⁵⁹⁴ V. par ex. Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 9.

⁵⁹⁵ Art. 15, CESDH : « En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international ».

⁵⁹⁶ Art. 4, PIRDCP : « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États partis au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte (...) ».

⁵⁹⁷ Art. 27, CARDH : « En cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention (...) ».

⁵⁹⁸ COMMISSION DE VENISE, *Emergency Powers...*, préc., p. 3.

⁵⁹⁹ V. *id.*, p. 8.

⁶⁰⁰ V. par ex. LEBRETON G., « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit.).

181.3. Il s'agit donc, contrairement à une position parfois soutenue en doctrine⁶⁰¹, de faux-amis renvoyant à des réalités juridiques en partie distinctes. Outre l'appartenance à des familles de droit différentes, ce décalage s'explique par la charge sémantique du terme *emergency* en droit anglais, qui est utilisé pour faire référence à des situations plus graves que le terme urgence qui est traditionnellement associé, du moins en droit administratif, à une faible gravité. Ces deux expressions anglo-saxonnes peuvent ainsi être traduites, de manière générique, par régime d'exception et, dans leur sens le plus fort, par état de nécessité.

B – LA FAMILLE SÉMANTIQUE DE LA NOTION D'ÉTAT D'URGENCE

182. Comme en témoigne la pratique des états d'urgence, cette notion juridique s'inscrit dans un ensemble plus large, composée de ses familles d'appartenance sémantiques et opérationnelles. À ce titre, elle appelle à un examen minutieux des nombreuses significations qu'elle partage avec ces autres notions. L'état d'urgence est, d'une part, irrigué par la nécessité : sa mise en œuvre s'envisage toujours par rapport à une fin menacée. Il a cependant vocation à répondre à des situations de nécessité spécifiques, appelant à une célérité particulière (§1). D'autre part, son contexte de mobilisation et ses effets doivent être qualifiés d'exceptionnels, tout comme, et c'est là sa spécificité, l'anormalité que la pression temporelle particulière du péril auquel il répond fait peser sur les intérêts défendus (§2).

§1 – L'état d'urgence et la nécessité

183. La notion juridique de nécessité est au centre de nombreux débats doctrinaux visant à en identifier les composantes définitionnelles. Dans une acception moderne, elle est comprise comme la rencontre d'un élément de fait, d'une possibilité d'agir juridique et de la volonté de préserver un intérêt (a). L'étude de cette notion et des relations qu'elle entretient avec celle d'urgence permet de mettre à jour certaines des spécificités les plus intéressantes de la notion juridique d'état d'urgence (b).

⁶⁰¹ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 54 : « L'état d'urgence semble d'ailleurs être la traduction littérale de l'expression anglaise « state of emergency », dont la caractéristique est de s'appliquer à des hypothèses très diverses qui ne sont pas nécessairement politiques ».

a – La nécessité comme action commandée par la préservation d’une fin menacée

184. Particulièrement polysémique, le terme de « nécessité » admet au moins trois grandes acceptions. Dans son acception principale, la nécessité est le caractère indispensable d’une chose qui doit être réalisé en vue d’une fin, d’une situation ou d’un besoin⁶⁰². C’est un « devoir-agir », qui se caractérise par l’impossibilité de choisir une autre voie ou, *a minima*, d’une utilité qui le rend souhaitable pour accomplir la fin poursuivie⁶⁰³. On trouve une application directe de ce sens avec la notion « d’état de nécessité » des droits privés français, italiens, allemands ou du droit communautaire⁶⁰⁴, qui peut être comprise comme « l’état qui rend toute chose nécessaire »⁶⁰⁵. Dans une seconde acception, la nécessité est la force qui fixe le cours des événements⁶⁰⁶. Elle exerce une contrainte sur les désirs et les actions humaines qui, par l’enchaînement inévitable des effets et des causes, régit le réel⁶⁰⁷. Synonyme de déterminisme ou de fatalité⁶⁰⁸, cette acception de la contrainte comme force exercée par les circonstances et donc, par l’extérieur, s’oppose à la liberté de l’être agissant⁶⁰⁹. Dans une troisième acception, est dite « nécessaire », sous un mode « absolu » ou « hypothétique »⁶¹⁰, la relation de dépendance entre la proposition impliquée et le système de propositions qui l’implique ou l’effet qui résulte infailliblement d’un ensemble de causes données⁶¹¹.

185. Riche de ces nombreux sens, l’idée de nécessité participe à la compréhension de l’ontologie, des rouages et des limites du « droit ». Présente en arrière-fond de toute conduite et structurante dans la vie quotidienne⁶¹², la nécessité est assurément une source première du droit⁶¹³. Imposant d’agir de manière contradictoire avec les prévisions de l’ordre juridique lorsqu’elle se fait très pressante, la nécessité sait aussi se faire la révélatrice de l’incapacité du

⁶⁰² CNRTL, entrée « nécessité ».

⁶⁰³ V. SFEZ G., *Les doctrines de la raison d’État*, op. cit., p. 23 ; SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 677 ; LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., 1376 p., entrée « nécessaire ».

⁶⁰⁴ V. ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 32.

⁶⁰⁵ CNRTL, entrée « nécessité ».

⁶⁰⁶ V. KLEIN É., SPIRO M. (dir.), *Le Temps et sa flèche*, Flammarion, Champs Sciences, 2013, 288 p., p. 267 et s.

⁶⁰⁷ LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., entrée « nécessité ».

⁶⁰⁸ CNRTL, entrée « nécessité » ; CASSELLA S., *La nécessité en droit international...*, op. cit., p. 1-3.

⁶⁰⁹ Pour Spinoza, celui qui agit sous l’empire de la nécessité de sa nature est libre, alors que celui qui agit sous la nécessité d’une force extérieure à lui est contraint (V. not. SPINOZA, *Lettre à Schuller*, 1674).

⁶¹⁰ Cette nécessité est dite « absolue » lorsqu’elle est valable quels que soient les présupposés de départ et « hypothétiques » lorsque sa véracité est subordonnée à la validité de certains présupposés (LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., entrée « nécessité »).

⁶¹¹ *Id.*, « Nécessaire » et « Nécessité ».

⁶¹² SFEZ G., *Les doctrines de la raison d’État*, op. cit., p. 20 ; ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 31.

⁶¹³ V. AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 47-53.

droit à faire face à la complexité du réel⁶¹⁴. Source et limite du droit, la nécessité est aussi un puissant moyen de légitimation. Le discours juridique, faisant fi de sa réalité intrinsèquement hypothétique dans le champ juridique, appréhende généralement la nécessité comme un argument d'autorité⁶¹⁵.

186. Dans le champ du droit public, la notion de nécessité se décompose classiquement en deux dimensions : le duo factuel-téléologique. C'est l'approche retenue dans le *Contrat Social* de Rousseau, ou dans la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles⁶¹⁶. Les typologies plus modernes, notamment celle portée par Vicente Álvarez García, y ajoutent une troisième dimension : la condition d'*ultima ratio*. La nécessité se situe dès lors dans la rencontre entre une situation de fait donnée, une fin poursuivie et une insuffisance du droit ordinaire pour réaliser la seconde dans la première⁶¹⁷.

186.1. L'élément factuel de la nécessité réside dans une situation anormale, exorbitante ou exceptionnelle qu'il est possible de caractériser par sa nature (guerre, insurrection ou encore catastrophe naturelle), par sa temporalité (la pression temporelle qui l'accompagne) et par sa gravité (l'intensité de la menace qu'elle porte)⁶¹⁸. Les facteurs temporels et qualitatifs sont toujours présents, mais dans des proportions variables. Sans pouvoir rendre compte de toutes les combinaisons possibles de situation de fait⁶¹⁹, il reste possible, comme le fait l'auteur, d'en proposer une typologie⁶²⁰. Une telle entreprise permet la classification doctrinale des hypothèses factuelles des régimes d'exception.

186.2. L'élément de moyen du concept de nécessité consiste en une « impossibilité » d'agir conformément à la légalité ordinaire. Tout naturellement, la sévérité de l'obstacle dressé devant les moyens ordinaires de droit suscite un débat doctrinal, visant à déterminer s'il s'agit

⁶¹⁴ V. par ex. CASSELLA S., *La nécessité en droit international...*, *op. cit.*, p. 1-3.

⁶¹⁵ Le droit est une construction humaine, imparfaite et multifactorielle, et non un objet mathématique. Les « nécessités » en droit sont donc toujours le produit d'une appréciation complexe de l'état du fait, de l'état du droit et des fins poursuivies. Elles n'ont donc de réalité que subjective et hypothétique, au contraire des nécessités de fait, des « fatalités », qui sont objectives : la loi de la relativité générale rend absolument nécessaire le retour au sol d'une balle lancée en l'air, mais la loi humaine rend au mieux « hypothétiquement utile » la déclaration d'un mécanisme d'urgence. Aucune nécessité n'étant libre d'appréciation subjective en droit, toute invocation d'une contrainte absolue ou d'une absence totale de liberté de choix est rhétorique.

⁶¹⁶ ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 47-48.

⁶¹⁷ *Id.*, p. 34.

⁶¹⁸ *Id.*, p. 42-43 et 52.

⁶¹⁹ *Id.*, p. 289.

⁶²⁰ L'auteur propose la typologie suivante : « nécessité simple », quand le danger est minime et éloigné dans le temps ; « nécessité simple d'urgence absolue », quand le danger est minime, mais très imminent ; « extraordinaire nécessité » quand il est très grave, mais éloigné dans le temps ; et enfin, « extraordinaire et urgente nécessité quand la menace est extrêmement imminente et extrêmement grave » (*V. id.*, p. 289-291 et 42-43).

d'une impossibilité *stricto sensu* ou d'une simple difficulté⁶²¹. Si elle a assurément un intérêt théorique, cette controverse a une portée pratique limitée. En effet, la condition de l'*ultima ratio* est directement dépendante de l'appréciation des deux autres dimensions de la nécessité⁶²². Dit autrement, déterminer si le droit ordinaire suffit à protéger un intérêt dans une situation de fait donnée dépend de l'exigence d'intégrité attribuée à l'intérêt poursuivi et de la lecture factuelle de la situation.

186.3. L'élément téléologique de la nécessité consiste en un ensemble de fins poursuivies qui, menacées par la situation de fait et ne pouvant être défendues par le droit ordinaire, impliquent une action exceptionnelle. Les finalités poursuivies par l'État peuvent être hiérarchisées. Selon la typologie proposée par Vicente Álvarez García, il s'agit, par ordre décroissant, de l'impératif de sauvegarde de l'État, de l'impératif d'un maintien de l'ordre public et des services essentiels pour la communauté et l'ordre public et, finalement, des intérêts d'importance plus relative, comme la rapidité d'action sur le terrain économique⁶²³.

b – L'état d'urgence comme état de nécessité caractérisée par sa dimension temporelle

187. Les trois composantes de la nécessité font directement écho à celles préalablement identifiées pour caractériser l'urgence⁶²⁴. Cette similitude indique une relation plus ou moins directe entre ces deux notions. Si la doctrine reconnaît dans son ensemble qu'il existe un point de contact – sinon de chevauchement – entre l'urgence et la nécessité, elle peine cependant à s'accorder sur les liens qui les unissent.

188. Se pose, d'une part, la question du recoupement de leurs champs. Il faut distinguer au moins trois positions doctrinales. Selon la première position, toute nécessité implique une urgence, mais il peut exister des urgences sans nécessité⁶²⁵. Cette position consiste ainsi à adopter une conception très stricte de la nécessité, comme réunion d'une pression temporelle et d'une menace pour la sauvegarde de l'État elle-même (ce qui correspond à la classe typologique des situations « d'extraordinaire et d'urgente nécessité » présentée *supra*) et, de ce fait, à tenir la notion d'urgence comme plus large que celle de nécessité. C'est notamment cette conception que sous-tend l'expression « état de nécessité » dans les typologies doctrinales. Dans la

⁶²¹ V. par ex. NIZARD L., *La jurisprudence administrative...*, *op. cit.*, p. 94-95 et 102.

⁶²² ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 53-54.

⁶²³ *Id.*, p. 55.

⁶²⁴ Cf. *supra*, n° 170.

⁶²⁵ V. not. CAMUS G., *L'état de nécessité en démocratie*, *op. cit.*, p. 92.

seconde, les deux notions disposent d'une certaine autonomie. Il existe ainsi des situations de nécessité sans urgence, comme des situations d'urgence sans véritable gravité⁶²⁶. Dans la troisième conception doctrinale, la plus répandue, la notion d'urgence doit être tenue pour plus restreinte que celle de nécessité. Elle est alors « critère »⁶²⁷ ou « cas particulier »⁶²⁸ de la nécessité, sans pour autant que leurs champs ne coïncident tout à fait⁶²⁹. Cette approche, qui fait de la nécessité le principe et de l'urgence le cas particulier, à l'avantage majeur de réconcilier les définitions juridiques et courantes de la nécessité en reconnaissant le rôle qu'elle joue en arrière-fond de toute action.

189. Se pose, d'autre part, la question de leurs intensités respectives. La conception classique du droit administratif français, qui tient l'urgence pour une version très atténuée de la nécessité, laisse aujourd'hui place à un modèle décorrélant la gravité des faits et des réponses qu'ils appellent de la distinction entre urgence et nécessité.

189.1. Selon l'approche classique, la « théorie de l'urgence » est proche de la vie quotidienne, alors que la « théorie de la nécessité » n'a vocation à s'appliquer qu'en temps de crise⁶³⁰. C'est ainsi que pour le Conseil d'État, la théorie des circonstances exceptionnelles – avatar, pour la doctrine, de la théorie de la nécessité en droit administratif français⁶³¹ – partage les éléments de moyen et de finalité avec l'urgence, mais s'en distingue par une situation de fait exceptionnelle. Cette position prétorienne, qui revient à caractériser l'urgence par l'absence de gravité, est largement adoptée par la doctrine française, où elle reste majoritaire au moins jusqu'aux années 1980⁶³² et, sous des modalités parfois surprenantes, dans la doctrine espagnole⁶³³. En toute logique, l'absence de gravité factuelle associée à l'urgence a pour

⁶²⁶ Plus précisément, en période de crise, l'urgence jouerait un rôle accessoire, relatif, diffus dans la théorie des circonstances exceptionnelles, alors que dans les périodes de calme, l'urgence serait un concept indépendant, mais ayant une efficacité limitée, temporaire et localisée (V. par ex. **GABOLDE CH.**, *Essai sur la notion d'urgence...*, *op. cit.*, p. 70).

⁶²⁷ **CASSELLA S.**, *La nécessité en droit international...*, *op. cit.*, p. 241 et s.

⁶²⁸ **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 124 et s.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 49 et 64.

⁶³¹ La théorie des circonstances exceptionnelles « n'est pas autre chose qu'une théorie de la nécessité » (**LE BOS-LE POURHIET A.-M.**, *Les substitutions de compétences...*, *op. cit.*, p. 340).

⁶³² V. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 64-67.

⁶³³ La question n'a pas particulièrement intéressé la doctrine espagnole. L'une des rares études sur le sujet (**CLAVERO ARÉVALO M. F.**, « Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo », *RAP*, n° 10, 1953, p. 25 et s., spéc. p. 50-52), qui rejoint en partie les conclusions de la doctrine française (en assimilant à l'urgence les situations de fait « moins angoissantes » et « plus usuelles » que celles de nécessité), affirme de manière surprenante que le critère de démarcation le plus important entre ces deux notions réside dans l'absence totale d'imminence dans le cas de l'urgence, au contraire de la nécessité qui peut, elle, présenter ce caractère. Cela revient à nier le sens même du mot urgence (V. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 67).

corollaire une conception bien moindre des effets qu'elle peut produire : la situation d'urgence n'admet que de légers aménagements de la légalité, comme une accélération des procédures ou une substitution d'un procédé légal à un autre, alors que la nécessité ouvre la voie à une action libérée de la légalité ordinaire⁶³⁴.

189.2. Cette doctrine est aujourd'hui minoritaire. Il lui est reproché de véhiculer une conception trop restrictive de la nécessité, empêchant par là même d'appréhender la nécessité à l'œuvre dans les situations d'urgence⁶³⁵, de fonder la distinction entre ces deux théories sur le critère jugé peu adéquat de la gravité⁶³⁶ et d'être invalide sur le plan empirique, au regard d'exemples précis comme l'intensité pratique de l'exécution d'office en droit administratif français⁶³⁷. La nouvelle approche qui lui est substituée part du postulat que la nécessité, condition essentielle de l'agir des pouvoirs publics, n'a besoin ni de facteur qualitatif ni de facteur temporel pour être caractérisée⁶³⁸. L'urgence en droit public est alors définie comme la nécessité d'agir avec rapidité ou célérité face à une situation, indépendamment de sa gravité⁶³⁹. Simple modulation de la notion de nécessité qualifiée par le facteur temps, c'est-à-dire, par la nécessité d'agir avec rapidité, l'urgence se traduit dès lors, en droit, par un nombre d'hypothèses plus réduit que celui des nécessités non urgentes – ce qui est logique du fait de définition plus étroite – et par des effets juridiques spécifiques, s'ajoutant à ceux d'une situation de nécessité de même intensité, mais dépourvue d'urgence⁶⁴⁰.

190. Cas particulier de la nécessité, l'urgence en partage, logiquement, les problématiques juridiques. Relative, l'appréciation de l'urgence paraît condamnée à la discrétionnarité.

190.1. En tant que devoir-agir au regard d'une fin déterminée, la nécessité est intrinsèquement relative à la fin à laquelle elle se rapporte : il n'existe pas de nécessité dans

⁶³⁴ V. **ODENT R.**, *Contentieux administratif*, Les Cours de Droit, Institut d'études politiques de Paris, Fascicule I, 1977-1978, p. 380-381 ; **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 82.

⁶³⁵ **NIZARD L.**, *La jurisprudence administrative...*, op. cit., p. 106.

⁶³⁶ **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, op. cit., p. 147-148.

⁶³⁷ **NIZARD L.**, *La jurisprudence administrative...*, op. cit., p. 117-118.

⁶³⁸ V. not. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 72, 168 et 256 ; **SFEZ G.**, *Les doctrines de la raison d'État*, op. cit., p. 15 et 103 ; **LE BOS-LE POURHIET A.-M.**, *Les substitutions de compétences...*, op. cit., p. 345 ; **BENAMRANE Y.**, *La gestion des situations d'urgence à l'interface entre expertise et décision*, thèse de doctorat, dirigée par Jean-Luc Wybo, École nationale des Mines, 2005, 260 p., p. 30-31.

⁶³⁹ **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 73.

⁶⁴⁰ En France comme en Espagne, quand un immeuble est inesthétique, ou qu'il menace ruine, le résultat est le même : le droit permet sa destruction totale ou partielle. Seulement, dans le second cas, celui du péril imminent, il y a urgence à agir. Ce n'est plus une faculté, mais une obligation, qui doit être immédiatement satisfaite par des procédures au besoin plus dérogoires au droit ordinaire (V. *id.*, p. 258-263).

l'absolu⁶⁴¹. L'urgence n'existe donc qu'à travers la volonté de défendre l'intérêt menacé ou, plus exactement, le fruit d'un ensemble d'appréciations nécessairement subjectives de celui-ci⁶⁴². À cette relativité partagée avec toute nécessité s'ajoute la subjectivité inhérente à l'appréciation de la temporalité, aisément perceptible au regard de l'exemple des services médicaux d'urgence⁶⁴³. Il en résulte, dans la pratique juridique, une tendance à l'interprétation constructive de l'urgence qui n'est pas sans rappeler celle touchant d'autres grandes notions de droit public comme celle d'utilité, d'intérêt général, de service public ou de prérogatives de puissances publiques⁶⁴⁴.

190.2. La subjectivité inhérente à l'appréciation des nécessités urgentes favorise, dans le champ juridique, la discrétionnarité de leurs emplois. Cette problématique, centrale dans la présente étude, peut-être introduite à travers la réflexion historique sur la raison d'État et ses dangers. Cette notion, savamment caractérisée par la doctrine⁶⁴⁵, se définit plus simplement comme l'invocation de la nécessité par l'État pour protéger ses intérêts⁶⁴⁶. La nécessité, bien qu'étant une condition indispensable pour évoquer la raison d'État, ne suffit pas à la caractériser : il faut également qu'il y ait nécessité d'agir « vite »⁶⁴⁷. Manifestation paroxystique de la nécessité et de l'urgence, l'idée de raison d'État cristallise les craintes qui entourent l'invocation de ces notions. Elle apparaît comme l'invocation imparable de l'urgence et de la nécessité, qui, réelles ou présumées, permettent d'ôter à l'action menée le souci de s'inscrire ou non dans la légalité. La nécessité urgente apparaît alors à l'esprit comme un constat

⁶⁴¹ V. par ex. les définitions données par **SCHMITT C.**, *La dictature*, *op. cit.* ; **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 534 ; **MRAOUAHIS**, « La notion juridique d'urgence : l'impossible définition », in **BRILLA M. et AI** (dir.), *Le droit face à l'urgence...*, *op. cit.*, p. 36 ; **TUSSEAU GU.**, « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 141 et s.

⁶⁴² L'élément téléologique de l'urgence est dépendant de jugements de valeur (tel intérêt doit être défendu), comme de jugements constatifs (telle menace existe, et elle est en mesure d'affecter tel intérêt) qui, eux-mêmes, dépendent de variables inhérentes à la situation de fait (comme la quantité et qualité des informations disponibles) et à l'entité appréciatrice elle-même (comme son système de valeurs).

⁶⁴³ La recrudescence de la fréquentation des urgences n'est pas tant imputable à la mauvaise foi ou à l'égoïsme des usagers, qui ressentent une réelle urgence lorsqu'ils s'y rendent (V. par ex. **GENTILE S.**, « Attitudes ou comportement des usagers face à une urgence ressentie ou réelle », *Société française de santé publique*, 2004/1, n° 41) qu'au décalage de perception subjective de l'urgence vitale entre l'utilisateur profane et le personnel de soin (**VASSY C.**, « L'organisation des services d'urgences, entre le social et le sanitaire », *Mouvements*, n° 32 2004/2, mars 2004, p. 67-74.).

⁶⁴⁴ V. spéc. **TUSSEAU GU.**, *Les normes d'habilitation*, *op. cit.*, p. 75 et s.

⁶⁴⁵ V. spéc. **SFEZ G.**, *Les doctrines de la raison d'État*, *op. cit.*, p. 8 et s. ; **ZARKA Y.-CH.**, « Raison d'État », in **RAYNAUD PH., RIALS S.**, *Dictionnaire de philosophie politique*, *op. cit.*, p. 611-614. Après avoir défini la raison d'État comme « un mode d'intervention du pouvoir politique qui déroge au droit commun ou positif (...) la part obscure, secrète, inavouable de l'exercice du pouvoir : le résidu irréductible de non-droit qui accompagne de l'art de gouverner, lorsque la nécessité l'exige », l'auteur détaille les quatre strates de son faisceau définitionnel.

⁶⁴⁶ **SFEZ G.**, *Les doctrines de la raison d'État*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴⁷ Ainsi, dans le monde médiéval, la nécessité de mener une guerre n'était pas une raison suffisante pour être dispensé de l'autorisation du pape. Il fallait qu'il y ait urgence à déclarer la guerre (*Id.*, p. 12).

invocatoire et prétendument objectif, susceptible de doter le pouvoir d'un alibi autorisant toutes les transgressions.

191. À l'aune de ces développements, l'état d'urgence fait état, sémantiquement, de certaines spécificités qui approfondissent sa distinction avec d'autres modèles de régimes d'exception. Il apparaît comme un droit de nécessité caractérisé moins par la gravité des situations de fait auxquelles il a vocation à répondre, que par la pression temporelle qu'elles font naître. Sa fonction est de permettre aux autorités habilitées, lorsqu'elles estiment faire face à une situation de nécessité urgente, dans laquelle le droit ordinaire ne saurait garantir – ou du moins, rendrait trop difficile – la préservation des intérêts de l'État, de prendre les mesures qui s'imposent.

§2 – L'état d'urgence et l'exception

192. La polysémie extrême de la notion d'exception complique toute tentative d'en restituer une définition juridique unifiée et consensuelle. Deux de ses significations sont particulièrement incompressibles : l'exception comme anomalie et l'exception comme dérogation à une règle plus générale (**a**). La confrontation de la notion d'état d'urgence à cette notion essentielle de sa famille sémantique permet d'en révéler la vocation : un régime dérogatoire spécifiquement motivé par la temporalité anormale de la menace qu'une situation fait peser sur les intérêts défendus (**b**).

a – L'exception comme atteinte à une règle

193. Peu de notions juridiques ont été autant diluées dans le langage – sinon utilisées à tort, si tant est que sa polysémie permette d'en juger – que la notion d'exception⁶⁴⁸. Cette réalité, qui pousse certains auteurs en cause l'utilité même de conserver cette notion dans le langage juridique⁶⁴⁹, peut s'expliquer par une série de facteurs contingents, comme son contexte historique d'apparition⁶⁵⁰, le manque de dynamisme doctrinal qu'elle suscite⁶⁵¹ ou l'absence de définitions faisant consensus, dans le droit positif comme chez la doctrine⁶⁵². Pour autant, le

⁶⁴⁸ V. not. NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 28, 48-49.

⁶⁴⁹ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 55-56 et 90-94.

⁶⁵⁰ NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁵¹ *A minima*, en France (V. VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 46 et 49).

⁶⁵² V. not. NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 91.

mal est plus profond. Par des chemins différents, la doctrine démontre en effet que l'indéfinition chronique de l'exception n'est autre que sa caractéristique première. Fonctionnelle, casuistique et hautement politique⁶⁵³, l'exception est, comme son étymologie (*ex-capere*) l'indique par ailleurs, « hors de prise »⁶⁵⁴.

193.1. Si la notion juridique d'exception pose des problèmes définitionnels sérieux, auxquels des études ciblées tentent d'apporter des réponses⁶⁵⁵, il reste possible, avec l'ambition limitée d'une étude pour laquelle elle n'est que le moyen d'éclairer la signification d'une notion tierce, d'en esquisser les principales acceptions. Pour Ariane Vidal-Naquet, le terme « exception » peut faire référence à au moins quatre dimensions distinctes : l'action d'excepter, l'objet de cette action, le résultat de cette action et, par extension, à ce qui est rare ou remarquable⁶⁵⁶. En termes juridiques précis, l'exception existe donc sous la forme du mécanisme exceptif, de l'effet exceptif, de la norme exceptive ou de la norme exceptive individuelle⁶⁵⁷. Certains auteurs n'insistent que sur une seule de ces dimensions. L'exception est alors restrictivement comprise comme l'agir juridique ayant pour effet de remettre en cause du droit ordinaire⁶⁵⁸ ou comme l'ensemble des moyens permettant d'écarter le droit ordinaire lorsqu'il s'oppose à la finalité poursuivie⁶⁵⁹. Au contraire, d'autres auteurs unifient plusieurs dimensions de l'exception en une seule définition insécable, à l'image de François Saint-Bonnet pour qui l'idée d'exception en droit indique nécessairement la présence d'une dérogation, d'une référence à une situation anormale et de la conception d'une finalité supérieure⁶⁶⁰.

194. La notion d'exception est alors directement concurrencée par une série de notions (celles de dérogation, d'ingérence, de restriction ou encore de dispense) avec lesquelles elle entretient des liens étroits sur les plans sémantiques (par une importante communauté de sens⁶⁶¹) et scientifiques (par des questions transversales dans les différentes matières

⁶⁵³ *Id.*, p. 24-27 et 30.

⁶⁵⁴ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 673.

⁶⁵⁵ Sur l'*exceptio* et l'*exceptio* en droit romain, V. SACHICA L. C., *Entre la regla y la excepción*, op. cit., p. 10 ; Pour une approche linguistique du terme exception, V. VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 7, 17, 119, 60 et s. et 285 ; Pour des références bibliographiques détaillées sur l'exception, V. *id.*, p. 18, 55, 56, 61 et 72.

⁶⁵⁶ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *id.*, p. 17 et 119.

⁶⁵⁷ *Id.*, p. 85-87.

⁶⁵⁸ V. par ex. KLIBI S., « Droit constitutionnel d'exception et risque », art. cit., p. 109.

⁶⁵⁹ DE MOY J.-M., *L'exception en droit privé*, P.U.A.M, Centre Pierre Kayser, 2011, p. 17.

⁶⁶⁰ SAINT-BONNET F., « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit.

⁶⁶¹ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 56.

juridiques⁶⁶²). La doctrine s'accorde sur le constat minimal de la proximité de ces notions, mais s'oppose sur l'attitude à adopter à son égard : faut-il les tenir pour équivalentes ou, au contraire, redoubler d'effort pour en préciser les contours respectifs⁶⁶³ ? Si la seconde solution séduit par l'intransigeance scientifique apparente qu'elle porte, l'indétermination insoluble du langage en limite par avance les bénéfices concrets⁶⁶⁴.

195. L'idée d'exception, quand elle est comprise comme mécanisme exceptif, implique l'existence d'une règle préalable et une volonté normative de lui porter atteinte⁶⁶⁵. Elle pose, dès lors, la question – aussi fondamentale que difficile – des rapports entre la règle et l'exception. Sous cette formule générique, se cachent en réalité trois sous-questions : celle de la distinction entre l'exception et la règle, celle du positionnement de l'exception par rapport à la règle et celle des interactions entre l'exception et la règle.

195.1. L'exception est intimement liée à la règle juridique à laquelle elle porte atteinte : dépendante de l'existence concomitante d'une règle à laquelle déroger et avec laquelle elle entre en contradiction, elle peut répondre à un principe tout aussi important que la norme à laquelle elle déroge⁶⁶⁶ (quand ce n'est à la même finalité⁶⁶⁷), sinon devenir elle-même la règle⁶⁶⁸. Il est alors tentant de soutenir, avec le doyen Carbonnier, que la règle d'exception n'est qu'une règle de droit comme les autres⁶⁶⁹. La doctrine ne s'y résilie pourtant pas. Elle recherche des critères concrets permettant de distinguer la règle de l'exception qui, s'ils ne se recourent pas toujours, permettent de préserver cette notion essentielle du langage juridique. Sans

⁶⁶² LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 13 ; VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions, op. cit.*, p. 116.

⁶⁶³ Sur les distinctions pouvant être opérées au sein de la communauté sémantique de l'exception, notamment avec les notions de dérogation et de standard, V. spéc. VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *id.*, p. 55-56 et 257 ; LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. I-II, 5, 51 et s., 85 et 287 ; NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 95 ; FERREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 222 ; ROUYÈRE AU., *Recherche sur la dérogation en droit public, op. cit.*

⁶⁶⁴ Les tentatives doctrinales de distinguer scientifiquement les notions juridiques d'exception et de dérogation l'illustre parfaitement : il s'agit avant tout d'une guerre de mots, déconnectée par ses fondements et par ses conséquences de la réalité positive. Les auteurs étudiés qui s'y sont attelés parviennent à des conclusions différentes et, pour partie, inconciliables. Pour Thi Hong Nguyen, l'exception a une communauté de sens avec la notion de dérogation dans une compréhension technique, mais serait riche de connotations – celles de la raison d'État et du droit immoral – dont la notion de dérogation est dénuée (*La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 95). Pour Ariane Vidal-Naquet, l'exception peut prendre la forme de la dérogation, mais aussi celle de l'alternative. La notion de dérogation a donc, maintenant, une dénotation plus restrictive que celle d'exception (*La norme et ses exceptions, op. cit.*, p. 257). Au contraire, pour Françoise Leurquin-De Visscher, l'exception doit être subsumée dans la catégorie plus générique de dérogation (*La dérogation en droit public, op. cit.*, p. II et 85).

⁶⁶⁵ LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 285.

⁶⁶⁶ *Id.*, p. 65, 75 et s., 83 et s., 95 et 285-287.

⁶⁶⁷ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions, op. cit.*, p. 35.

⁶⁶⁸ Cela peut soit vouloir dire que l'exception, à force de se généraliser, devient le standard, soit qu'elle inverse sa place avec la règle (V. *id.*, p. 32).

⁶⁶⁹ V. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 92.

prétendre à l'exhaustivité, il s'agit de la perception partagée d'un principe⁶⁷⁰, de l'adéquation supérieure de la règle au reste de l'ordre juridique⁶⁷¹, du niveau supérieur de généralité de la règle sur l'exception, qui est une règle spéciale dérogatoire⁶⁷² ou, de manière tautologique, de la soumission de l'exception au principe d'interprétation stricte⁶⁷³.

195.2. Comme l'explique François Saint-Bonnet⁶⁷⁴, l'exception peut entretenir trois positions vis-à-vis de la règle, qui soulèvent des questions différentes. Premièrement, elle peut se situer en marge de la règle, sans l'affecter directement⁶⁷⁵. Deuxièmement, l'exception peut être intégrée à la règle, en prenant alors la forme d'une alternative (dualité de solutions prévues par la règle), ou d'une dérogation (l'autorité censée appliquer la règle l'écarte sur la base de motifs qu'elle apprécie, comme l'urgence ou la nécessité)⁶⁷⁶. Troisièmement, l'exception peut mettre en échec la règle, jusqu'à s'y intégrer (alternative ou dérogation) ou à faire l'objet d'une théorisation prétorienne ou doctrinale⁶⁷⁷.

195.3. Enfin, l'exception produit des effets sur la règle, plus ou moins intenses selon ses modalités de prévision et les cas particuliers visés⁶⁷⁸. Son effet principal est de réduire le champ d'application de la règle, d'autant qu'en décide l'autorité en charge de concilier la règle et son exception. Cependant, en théorie, la règle tolère l'exception⁶⁷⁹ : l'exception ne peut aboutir à la dénaturer ou à la supprimer⁶⁸⁰. Plus encore, la règle a besoin de l'exception pour accomplir sa finalité⁶⁸¹, sous peine de souffrir de contradictions permanentes entre son haut

⁶⁷⁰ WITTGENSTEIN L., *Les cours de Cambridge (1946-1947)*, Mauzevin, T.E.R., 2001, p. 103 : « C'est comme la vieille affaire de la règle et de l'exception. Quelqu'un peut jouer un coup fautif aux échecs, mais que toujours tout le monde ait joué des coups fautifs aux échecs ne pourrait être vrai ».

⁶⁷¹ LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 92 et s.

⁶⁷² *Id.*, p. 95 ; NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 91 et 95 : « Telle qu'elle est conçue par les tenants de la théorie de la généralité, l'exception s'oppose à la règle de droit en raison de son défaut de généralité. Elle est alors utilisée pour désigner les lois particulières, individuelles ou spéciales. Ayant la même force juridique que la règle de droit générale, l'exception est donc une règle de droit à portée ou à objet limité ».

⁶⁷³ V. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 90 et s. ; NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 211 ; VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions, op. cit.*, p. 77.

⁶⁷⁴ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », *art. cit.*, p. 674-675.

⁶⁷⁵ C'est le cas par exemple dans une situation de concurrence entre règles, ou plus précisément, dans le cas où serait soulevée une exception procédurale durant un procès.

⁶⁷⁶ Ici, le motif de l'exception est facilement déterminable, comme dans le cas d'une norme s'appliquant à tous *sauf* aux mineurs, ou dans celui d'une formule ouverte (l'intérêt des familles, des bonnes mœurs, du service public, la légitime défense, la force majeure, l'urgence et la nécessité).

⁶⁷⁷ Par exemple, la « théorie des circonstances exceptionnelles » dérive de ce rapport entre la règle et l'exception. Les problématiques sont ici celles de la souveraineté et de la prévisibilité du droit.

⁶⁷⁸ LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 285.

⁶⁷⁹ NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 149-150.

⁶⁸⁰ LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public, op. cit.*, p. 55 et s. et 252-253.

⁶⁸¹ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions, op. cit.*, p. 131.

niveau d'abstraction et la nécessité du réel⁶⁸², d'acquérir le caractère de fatalité, à l'image des lois immuables de la physique⁶⁸³ ou de donner un pouvoir trop important au juge pour adapter le droit à la réalité⁶⁸⁴. Rien n'étant valable partout et tout le temps, l'exception est justifiée dans les nombreux cas où l'application normale de la règle causerait un préjudice⁶⁸⁵. C'est donc à raison que Carl Schmitt voit dans l'exception la confirmation, sinon la condition d'existence de la règle⁶⁸⁶.

b – L'état d'urgence comme régime d'exception motivé par l'urgence

196. La caractérisation de l'exception en droit permet d'éclairer la notion d'état d'urgence sous au moins deux angles. D'une part, en tant que sous-catégorie du modèle du régime d'exception, l'état d'urgence gagne à être compris à l'aune de la force dérogatoire qu'il exerce sur l'ordre juridique. D'autre part, en tant que mécanisme d'urgence, l'état d'urgence profite de l'analyse des liens unissant l'urgence et l'exception.

197. La doctrine juridique s'est beaucoup intéressée aux effets de l'exception sur l'ordre juridique, en particulier dans le champ des régimes d'exception, dans une controverse qui complète celle, déjà évoquée, portant sur le positionnement des régimes d'exception vis-à-vis du droit⁶⁸⁷. Si les terminologies diffèrent grandement, il en ressort au moins trois positions, à la compatibilité variable avec le modèle de l'état d'urgence.

197.1. La première associe à l'application d'un régime d'exception la suspension de l'ordre juridique. Dans une déclinaison rare, celle-ci est absolue : le régime d'exception est un régime substantiellement arbitraire⁶⁸⁸, sinon le règne de l'anomie⁶⁸⁹. Cette position est vivement

⁶⁸² Plus la loi est abstraite, plus elle a besoin d'exception pour épouser la réalité (*id.*, p. 47-48 ; NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 211) ; Il est aussi soutenu, dans une logique en partie contradictoire, que le législateur peut souhaiter définir en termes très généraux un principe pour qu'il n'ait pas à souffrir de trop d'exceptions (V. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 95-96).

⁶⁸³ SACHICA L. C., *Entre la regla y la excepción*, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁸⁴ Sous certains aspects, avoir recours à la dérogation semble moins attentatoire à la sécurité juridique que de laisser au juge le soin de s'adapter à la réalité (V. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 284).

⁶⁸⁵ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 109 ; SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 675.

⁶⁸⁶ SCHMITT C., *Théologie politique I*, *op. cit.*, p. 25 : « L'exception est plus intéressante que le cas normal. Le cas normal ne prouve rien, l'exception prouve tout ; elle ne fait que confirmer la règle (...) La règle ne vit que par l'exception ».

⁶⁸⁷ Cf. *supra*, n° 137.

⁶⁸⁸ L'état d'exception, en permettant la suspension de l'ordre juridique, ouvre la voie à « l'usage arbitraire du pouvoir coercitif » (LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », art. cit., p. 71).

⁶⁸⁹ AGAMBEN G., *État d'exception*, *Homo sacer*, Paris, Seuil, 2003, p. 15, 42 et 58.

critiquée à l'aune de la philosophie politique⁶⁹⁰, de la théorie générale du droit⁶⁹¹ et d'observations empiriques sur l'application réelle des états d'urgence⁶⁹². À ce stade de la réflexion, les éléments définitionnels accumulés sur la notion d'état d'urgence permettent d'ores et déjà d'écarter la thèse d'une suspension totale de l'ordre juridique. Au contraire de l'état de nécessité, l'état d'urgence est prévu par l'ordre juridique et son application est enfermée dans des limites procédurales et matérielles prévues par le droit. Il lui est souvent préféré la thèse, plus raisonnable, d'une suspension partielle de l'ordre juridique⁶⁹³.

197.2. La seconde voit dans l'application d'un régime d'exception un droit à part entière, mais inassimilable au droit ordinaire : une « *emergency constitution* »⁶⁹⁴. Séduisante d'un point de vue théorique, cette thèse n'a cependant aucune réalité empirique vérifiable et doit être tenue pour ce qu'elle est : une simple vue de l'esprit.

197.3. Enfin, la troisième position n'associe le régime d'exception à aucune suspension, totale ou partielle, de l'ordre juridique⁶⁹⁵. Il procède plutôt d'une autorisation de s'écarter des normes supérieures, ou plus précisément, en une possibilité de dérogation conférée aux autorités habilitées⁶⁹⁶, conformément au cadre contraignant posé par le droit européen des droits de l'Homme⁶⁹⁷. Contrairement aux deux précédentes, cette thèse n'implique aucune explication *ad hoc* qui serait propre aux régimes d'exception, d'autant que le modèle de l'état d'urgence n'incarne pas le modèle le plus extrême des régimes d'exception dans les typologies doctrinales. Elle doit, pour ces raisons, être préférée dans la définition adoptée de l'état d'urgence.

⁶⁹⁰ **GOUPY M.**, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? Une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2, vol. n° 79, p. 97-111, p. 106.

⁶⁹¹ **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁹² La pratique de l'état d'urgence n'a rien d'anémique. Elle se caractérise plutôt par un surcroît d'activité juridique. Les normes prises dans le cadre de l'état d'urgence sont du droit. Les juges ne sont pas « dépossédés de leur office » et l'application de la CEDH n'est pas elle-même suspendue (**CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 15).

⁶⁹³ **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 104-105.

⁶⁹⁴ C'est notamment la position développée par Bruce Ackerman, pour qui, sous un régime d'exception, la constitution ordinaire est temporairement remplacée par une constitution alternative, d'urgence ou d'exception. Les autorités habilitées n'obéissent plus à la Constitution ordinaire, mais restent sous l'empire d'un droit. Ils ne peuvent donc donner cours à leur arbitraire (*V. Before the next attack...*, *op. cit.*, p. 2 et s.).

⁶⁹⁵ **V. BARANGER D.**, « L'état d'urgence dans la durée », art. cit., p. 448 ; **MANIN B.**, « Le paradigme de l'exception... », art. cit., p. 19.

⁶⁹⁶ **SAINT-BONNET F.**, *L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁹⁷ Selon Véronique Champeil-Desplats, les ordres juridiques français et de l'Europe des droits de l'Homme ne permettent pas, à proprement parler, « d'écarter » les normes supérieures. Aussi, les états d'exceptions en France dérogeraient aux règles supérieures plus qu'ils ne les écartent (**V. CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 16-17).

198. L'exception et l'urgence ont en commun d'admettre plusieurs dimensions, sinon plusieurs acceptions distinctes : *a minima*, un élément factuel, un élément d'action et un élément téléologique. Les dimensions téléologiques de ces deux notions n'accusent d'aucune différence notable. L'action urgente et l'action d'exception se structurent toutes deux autour d'une finalité commune : celle de préserver un intérêt – en droit public, l'intérêt général – des conséquences du respect du droit ordinaire dans une situation donnée. Les deux autres dimensions ouvrent cependant la voie à une comparaison utile à la reconstruction de la notion d'état d'urgence.

198.1. L'exception est souvent appréhendée par le droit positif (la « théorie des circonstances exceptionnelles ») et par la doctrine comme adjectif qualificatif, c'est-à-dire, privée de ses sens premiers de limitation, de soustraction et de dérogation, au profit de ceux d'anormal et d'extraordinaire⁶⁹⁸. Sous cet angle, les notions d'exception et d'urgence montrent une grande similitude, celle d'être fondamentalement dialectiques (ou relatives) : il n'y a de situation exceptionnelle qu'au regard de la normalité, comme il n'y a de temporalité urgente qu'une fois rapportée à la temporalité normale. Pour autant, elles entretiennent une différence majeure : là où la circonstance exceptionnelle est par nature inhabituelle, exorbitante et anormale, c'est-à-dire qu'elle s'écarte d'une normalité statistique, la situation d'urgence existe dès lors que la situation ne laisse pas le temps d'agir selon les moyens ordinaires, ce qui peut se répéter de manière structurelle.

198.2. Lorsque l'exception est envisagée en tant que mécanisme dérogatoire, les deux notions ne se situent plus sur le même plan. La doctrine voit dans la nécessité et dans l'urgence les motifs de l'exception, c'est-à-dire, les arguments intellectuels permettant d'établir le lien entre l'intérêt à sauvegarder et la règle de droit ordinaire⁶⁹⁹. Autrement dit, l'exception n'est que le moyen juridique de parvenir aux fins que la situation de nécessité (urgente ou non) impose et que le jugement de nécessité qui en résulte révèle.

198.3. Pour mettre en exergue les spécificités de la notion d'état d'urgence par rapport au modèle générique du régime d'exception, il convient donc, d'une part, d'insister spécifiquement sur la dimension temporelle de la situation factuelle, au détriment de son

⁶⁹⁸ La majorité des études sur l'exception appréhendent en effet l'exception sous l'angle des « états d'exception » ou des « circonstances exceptionnelles », qui se rattachent, à titre principal, à l'adjectif qualificatif (pour les plus emblématiques, V. NIZARD L., *La jurisprudence administrative...*, *op. cit.* ; SAINT-BONNET F., *L'État d'exception*, *op. cit.*). Certains auteurs déplorent cette tendance, qu'ils qualifient de « réductrice » (V. NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 25-26).

⁶⁹⁹ FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 138 et s. ; « Il arrive que le motif de l'exception soit contenu dans une formule ouverte (...) l'urgence, la nécessité » ; V. aussi SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence art. cit., p. 674-675.

exorbitance ou de son anormalité et d'autre part, de mettre l'accent sur la qualification juridique des faits et sur la motivation juridique, plutôt que sur l'articulation de ce mécanisme dérogatoire avec l'ordre juridique qu'il permet de protéger.

SECTION II – LA NOTION D'ÉTAT D'URGENCE DÉFINIE

199. Comme le soutient Éric Millard, « Il n'est rien de plus naturel et nécessaire que de s'interroger sur la nature des concepts qu'emploient les juristes »⁷⁰⁰. Cette entreprise définitionnelle ne saurait faire l'impasse sur une réflexion prenant pour objet la nature et les propriétés mêmes qui caractérisent l'ensemble des notions juridiques. Une telle démarche est d'autant plus nécessaire au regard des spécificités de la notion d'état d'urgence, qui poussent les ambiguïtés des notions juridiques à leur paroxysme et impliquent de penser en conséquence les modalités d'élaboration de la définition (A). Sur la base de cette réflexion et des développements qui précèdent, il sera possible de reconstruire une notion juridique d'état d'urgence. D'abord présentée sous la forme d'une définition synthétique et facilement exportable, elle est aussi valorisée sous une forme détaillée, visant, par l'identification et la caractérisation précise d'un faisceau de propriétés, à faire progresser l'état de la science sur cette notion, comme à permettre la création ultérieure d'un test objectif d'appartenance (B).

A – L'APPROCHE DÉFINITIONNELLE RETENUE

200. La notion juridique, si elle partage des traits communs avec la notion commune, porte des difficultés particulières tenant à ses degrés variables d'appartenance au droit, à sa portée performative ou aux divergences d'interprétation que ses significations sont susceptibles d'occasionner. Celle d'état d'urgence pose, à ce titre, un défi d'une ampleur toute particulière, tenant autant à l'indétermination des termes la composant qu'à la place fonctionnelle de ses manifestations dans l'ordre juridique (§1). Pour cette raison, l'énoncé des définitions retenues de l'état d'urgence ne saurait intervenir sans, au préalable, que soient précisées la finalité et la portée d'une telle démarche, ainsi que les modalités particulières de restitution qu'elle choisit (§2).

§1 – Une entreprise définitionnelle contrainte

201. La notion juridique, si elle partage de nombreux traits définitoires avec la classe commune des « notions », fait état de spécificités inhérentes à son appartenance au langage

⁷⁰⁰ MILLARD É., « Le concept : outil de communication ? », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2012, p. 2179-2185.

technique et prescriptif du droit. Ces dernières ont de profondes incidences sur l'entreprise définitionnelle en droit (a). Par ses caractéristiques, la notion d'état d'urgence cumule les difficultés définitionnelles. Confrontée à ce polysème externe, aux significations confuses et à l'appréciation casuistique, la doctrine est allée jusqu'à questionner – peut-être trop vite – la possibilité même d'en proposer une définition juridique (b).

a – Des tensions partagées par toutes les notions juridiques

202. La distinction sémantique entre les termes de « notion », de « concept » et de « catégorie » fait l'objet de débats très riches⁷⁰¹, sans pour autant qu'un véritable consensus ne se dessine. Dans un souci de limiter les subtilités à faible valeur ajoutée⁷⁰² et même si leur emploi répond à une certaine logique⁷⁰³, le choix est fait dès maintenant de les tenir pour synonymes.

203. Dans une première acception, fréquente dans le langage courant, le mot notion renvoie à la connaissance élémentaire d'un objet intellectuel (« avoir des notions en droit ») ou à une compétence intuitive (« avoir la notion des distances »)⁷⁰⁴. Il est alors quasi synonyme de connaissance. Dans sa seconde acception, celle qui est pertinente ici, il ne dénote plus une connaissance en elle-même, mais un objet de connaissance. Il est la « signification (au sens entier du terme) d'une expression linguistique, la représentation mentale générale et abstraite à laquelle elle renvoie »⁷⁰⁵. Une notion donnée est donc, simultanément, la signification d'une unité linguistique, la représentation intellectuelle à laquelle renvoie cette unité linguistique et

⁷⁰¹ Pour un panorama très complet des différentes distinctions élaborées à ce sujet, V. **TUSSEAU GU.** (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, Études juridiques, 2009, 166 p. ; Pour une bibliographie d'approfondissement, V. **VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M.** (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 100 ; Pour une proposition illustrée de distinction, V. **DEROSIER J.-PH.**, « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n° 76, p. 785-795 ; **MILLARD É.**, « Le concept : outil de communication ? », art. cit., p. 2179-2185.

⁷⁰² Devant cette absence de consensus, il est raisonnable de soutenir qu'une telle distinction n'est ni indispensable, ni véritablement utile (V. par ex. **PIC E.**, « Faire de la terminologie en droit ? », *Cahier du Ciel* 2007-2008, 2008, p. 57-69, p. 62).

⁷⁰³ Ceci posé, faut-il encore déterminer la manière dont seront mobilisés ces termes. Même si le choix a été fait de les tenir pour substituable, ils ne sauraient être utilisés de manière pleinement aléatoire. Sera privilégié le terme de « notion » ; les deux autres ne seront mobilisés que lorsque cela ira dans le sens d'une meilleure compréhension par le lecteur, par exemple, en définissant l'état d'urgence comme une « sous-catégorie » de l'état d'exception, plutôt que, maladroitement, comme une « sous-notion ».

⁷⁰⁴ CNRTL, entrée « notion ».

⁷⁰⁵ **HAIID F.**, 2005, cité par **PIC E.**, « Faire de la terminologie en droit ? », art. cit., p. 62.

le « champ » – caractérisé par certains exemples topiques ou de manière plus sophistiquée, par un faisceau de propriétés⁷⁰⁶ – dans lequel on peut subsumer des éléments particuliers⁷⁰⁷.

204. La « notion juridique » est la transcription dans le registre juridique de cette seconde acception. Elle se définit comme la signification d'une expression linguistique dans le langage technique employé par les juristes et dans le discours du droit. Si elle n'est pas toujours dotée d'un effet juridique⁷⁰⁸, au moins a-t-elle un contenu mobilisable dans un contexte juridique⁷⁰⁹. Cette différence, d'apparence anodine, est pourtant source d'une grande complexité dans le cadre d'une entreprise définitionnelle.

205. Prise dans une série d'oppositions bilatérales, la notion juridique ne peut être pensée isolément. Sa caractérisation implique d'interroger systématiquement son degré d'appartenance juridique, son ordre juridique d'appartenance et sa polysémie interne.

205.1. La notion juridique peut avoir différents degrés d'appartenance au droit. Selon la distinction de référence proposée par Gérard Cornu, il convient de distinguer trois classes : les « termes d'appartenance juridique exclusive », qui renvoient uniquement à une ou des notion(s) juridique(s)⁷¹⁰, les « termes-outils », qui sont issus du langage courant et qui se rattachent à la constatation, la discussion, la preuve ou la logique⁷¹¹ et les « polysèmes externes » qui, entre ces deux extrêmes, ont des acceptions distinctes dans le langage courant et dans le langage du droit. De loin les plus courants⁷¹², en particulier lorsqu'ils sont issus du

⁷⁰⁶ PIC E., *id.*, p. 61.

⁷⁰⁷ Cette dernière dimension de la notion fait écho à l'étymologie de concept (*conceptus*), qui désigne l'action de contenir ou de recevoir, et à son sens classique de « classe sous laquelle on peut subsumer un singulier » (V. HAMELIN O., *Essai sur les éléments principaux de la représentation*, 1907, p. 30).

⁷⁰⁸ V. PIC E., « Faire de la terminologie en droit ? », art. cit., p. 63-64.

⁷⁰⁹ Dans le droit positif, la notion d'état d'urgence est seulement employée pour désigner un dispositif juridique (« l'état d'urgence »), mais n'a pas, en elle-même, d'effet juridique. Aussi, il serait peu pertinent de voir la production de tels effets comme un critère définitoire de la notion juridique.

⁷¹⁰ En plus de n'être pas les termes les plus représentatifs du droit, ils ne saisiraient que des notions juridiques secondaires (CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 11 et s. et p. 68 ; MILLARD É., « Le concept : outil de communication ? », art. cit., p. 2179-2185).

⁷¹¹ Le droit « les transpose purement et simplement dans leur sens propre, sans en altérer la force et la valeur ». Et Gérard Cornu d'en tirer la conclusion majeure suivante : l'esprit du juriste est exactement le même que celui du chercheur de toute discipline scientifique ou morale. Il fait appel au « génie commun de la preuve et de la logique » (CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 76-77).

⁷¹² V. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 75. Une des causes en est que, dans la langue française, « le nombre de signifiés est incomparablement plus élevé que le nombre de signifiants », ce qui en fait « un phénomène irréductible » (*id.*, p. 87 et p. 102 et s.). Par exemple, le terme « constitution » peut faire référence, selon le contexte, à une notion commune (« un cheval de bonne constitution »), à une notion d'un autre langage technique (« une formule chimique de constitution ») ou à une notion juridique (« la constitution comme norme suprême »).

langage courant avant d'acquérir un sens particulier en droit⁷¹³, ils sont source de complexité et de gravité :

« Complexe parce que le sens juridique et le sens extrajuridique ne sont pas toujours dans le même rapport ; grave parce que l'importance des contacts sémantiques que le vocabulaire juridique entretient avec le langage courant pose, dans la communication sociale, un problème de valeur et de destin »⁷¹⁴.

205.2. La notion juridique peut avoir des significations distinctes selon son ordre juridique d'appartenance⁷¹⁵. Les exemples ne manquent pas⁷¹⁶, même si, entre certains États, un héritage linguistique et juridique en partie commun, ainsi que de nombreuses interactions entre systèmes juridiques relativisent la portée de ces différences.

205.3. La notion juridique peut aussi et surtout avoir des significations distinctes au sein d'un même ordre juridique d'appartenance. La majorité des termes notions juridiques est ainsi dotée d'une polysémie interne au droit, même s'il existe certains monosèmes. Ces sens multiples, qui peuvent être cohérents ou désordonnés⁷¹⁷, doivent être généralement considérés comme renvoyant à une même notion juridique⁷¹⁸.

206. Retracer les origines, l'ordre juridique d'appartenance et la polysémie (interne et externe) d'une notion juridique n'est qu'une partie du problème – et sûrement la plus surmontable. À l'instar des notions communes, les notions juridiques comportent une part irréductible d'indétermination, que leur tendance marquée à la mouvance et l'emploi parfois peu rigoureux dont elles font l'objet ne font qu'accentuer.

⁷¹³ Certains trouvent leur appartenance principale dans leur acception juridique, alors que d'autres ont pour sens principal leur sens commun. Lorsque le mouvement s'opère du langage courant vers le langage du droit, Gérard Cornu emploie le vocable de « transposition particulière, avec ou sans modification, d'un sens générique commun » (V. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 77).

⁷¹⁴ *Id.*, p. 75.

⁷¹⁵ PIC E., « Faire de la terminologie en droit ? », art. cit., p. 66 : « En terminologie traditionnelle, un même terme appartenant à plusieurs domaines à la fois sera considéré comme fondamentalement différent dans chaque emploi (puisque renvoyant à un concept différent donc à une définition différente) ».

⁷¹⁶ Ainsi, le terme « constitution » du droit français n'a pas le même sens que le terme « *constitution* » du droit anglo-saxon.

⁷¹⁷ Sur la distinction entre polysémie cohérente et polysémie désordonnée, V. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 95-101.

⁷¹⁸ Si un terme a plusieurs significations en droit, chaque signification constitue-t-elle une notion juridique différente ou s'agit-il d'applications différenciées d'une même notion ? (CHRÉTIEN P., « La notion d'urgence », art. cit.). Nous considérerons, dans un souci de clarté que, sauf exception et sauf homonymie, un terme juridique renvoie à une seule notion juridique, même si cette notion juridique, quand elle est détaillée par l'analyse, peut s'avérer contenir plusieurs significations devant être distinguées.

206.1. Difficile d'accès, le langage juridique s'avère pourtant moins technique qu'il n'y paraît⁷¹⁹ : les notions juridiques composent presque toujours avec l'indétermination. D'une part, le langage juridique est très souvent imprégné de l'ambiguïté du langage naturel, c'est-à-dire, de cette impossibilité fondamentale d'emprisonner la complexité du réel dans la rigidité des définitions⁷²⁰. Même les polysèmes internes, qui n'admettent que des significations juridiques, imposent au moins d'arbitrer entre celles-ci⁷²¹. D'autre part, le bon fonctionnement du droit repose sur les « notions-cadres », les « notions fonctionnelles »⁷²², les « notions à contenu variable »⁷²³, les « standards »⁷²⁴ ou, dans le réalisme scandinave, les « *hollow words* »⁷²⁵. Contrairement à la simple polysémie, ces notions juridiques intentionnellement indéterminées et ouvertes ouvrent grand la voie à l'interprétation⁷²⁶ et peuvent, par définition, « déboucher sur une série indéfinie d'applications, présentes ou futures, prévues ou imprévues »⁷²⁷.

206.2. Si certaines notions juridiques seulement sont indéterminées, toutes sont sujettes à la mouvance. En effet, même lorsqu'elles ont été initialement définies avec rigueur⁷²⁸, leur simple mobilisation par le législateur, le juge ou par la doctrine les entraîne dans une évolution permanente⁷²⁹. Seules n'évoluent plus les notions juridiques des civilisations

⁷¹⁹ MILLARD É., « Le concept : outil de communication ? », art. cit., p. 2179-2185.

⁷²⁰ ROSTAND J., *La Vie et ses problèmes*, 1939, p. 12 : « Nous avons trop mesuré la complication des faits de nature pour nous leurrer de l'espoir d'emprisonner dans un concept rigide la réalité touffue de la chose vitale »

⁷²¹ La polysémie interne est « la marque essentielle du vocabulaire juridique » (CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 93).

⁷²² Le doyen Vedel, créateur du concept de notion fonctionnel, le justifie par le fait que certaines notions juridiques sont « vagues, contradictoires et sans unité », mais qu'en les envisageant du point de vue de la « fonction qu'elles jouent », il apparaît que leur « unité est réelle (« De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP*, 1948.I.682, 1948) ; Notons que pour certains réalistes, il s'agit d'une position « hésitante », qui ne va pas assez loin en écartant le réalisme ontologique que « du bout des lèvres » (TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 132 et s).

⁷²³ Sur ces deux notions, V. ROBBE S., « Clarté du sens, sens de la clarté en droit français », in JULIEN-LAFERRIERE F. et al. (dir.), *Quel sens pour le droit ?*, op. cit., p. 46.

⁷²⁴ Selon Ariane Vidal-Naquet, Ce n'est pas un « modèle préconstitué » comme dans le langage courant, mais au contraire un modèle qui reste à construire par l'interprétation (p. 157). Il est très présent et utilisé en droit international (p. 163). Pour une bibliographie sur le standard, V. VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 258.

⁷²⁵ Cette expression, attribuée à Karl Olivecrona, a été développée par Alf Ross qui, à travers l'exemple de la tribu des « Noît-cif », a montré qu'un terme pouvait, même en l'absence de signification, remplir une fonction dans le langage (V. *Introduction à l'empirisme juridique*, op. cit., p. 103 et s.).

⁷²⁶ CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 90-91.

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ PIC E., « Faire de la terminologie en droit ? », art. cit., p. 57-69 et 63-64.

⁷²⁹ *Ibid.*

disparues⁷³⁰ ; seules peuvent être définies les notions juridiques qui n'ont pas d'histoire⁷³¹. Plus précisément, le succès d'une notion dans le langage conduit les acteurs juridiques à lui conférer la technicité dont elle a besoin pour remplir sa fonction⁷³², mais mène souvent, par l'accumulation des divergences interprétatives, à rendre les notions plus complexes qu'elles ne l'étaient au moment de leur édicition⁷³³. Cette richesse est source de difficulté lorsque vient le temps de proposer la définition juridique d'une notion évolutive.

206.3. Bentham, en son temps, s'érigeait contre l'usage peu rigoureux des mots au sein des énoncés juridiques, en prenant l'exemple de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dont la lettre permet des interprétations contraires⁷³⁴. Ce constat n'a, aujourd'hui, rien perdu de son acuité. Les lois faits-divers, les recours à des notions polysémiques sans en préciser le sens, l'utilisation d'un même terme dans plusieurs sens différents ou de quasi-synonyme pour une même réalité brouillent la lisibilité du droit positif. Les dispositions constitutionnelles elles-mêmes se caractérisent par leur haut degré d'indétermination normative, qui perdure tant qu'elles n'ont pas été confrontées à des cas concrets⁷³⁵. Le vague n'est, en fait, pas plus le propre du langage courant que le précis, celui du langage technique⁷³⁶.

b – Des tensions paroxystiques pour la notion juridique d'état d'urgence

207. Ces tensions inhérentes au langage juridique constituent autant d'obstacles aux entreprises de reconstruction fonctionnelle en droit. Plus ou moins marquées selon les notions juridiques considérées (certaines parviennent à conserver un sens technique, précis et fixe dans

⁷³⁰ CHENOT B., « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, n° 1, 1953. p. 57-68, p. 66 : « Mais quel droit est parfait ? Le droit romain sans doute, parce qu'il est mort, avec les sociétés qu'il avait engendrées. La stabilité des notions juridiques est le privilège des civilisations mortes, une relative stabilité est le luxe des périodes calmes ».

⁷³¹ NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, trad. É. Blondel, Poche, 2000, 278 p., II, § 13 : « (...) tous les concepts où se résume significativement un long processus échappent à la définition ; on ne peut définir que ce qui n'a pas d'histoire ».

⁷³² RAY J., *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926, p. 31, cité par CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 316 : « les termes qui n'étaient pas techniques lors de la rédaction d'une loi le deviennent peu à peu, une fois entrés dans la vie juridique, soumis à l'effort d'interprétation, définis, consacrés, patinés en quelque sorte dans les études et les prétoires ».

⁷³³ Pensons par exemple à l'ex-article 1381 du code civil : sous l'effet de l'édifice jurisprudentiel et doctrinal qui s'est superposé aux termes indéterminés de son dispositif, donner une définition des notions juridiques de « dommage » et de « réparation » au sens de cet article nécessite aujourd'hui plusieurs dizaines de pages.

⁷³⁴ L'attaque de Bentham envers la rédaction des énoncés vise tant les mots employés que la logique des énoncés (TUSSEAU GU., « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen », *RTDH*, n° 50, 2002, p. 407-431).

⁷³⁵ RIBES D., « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *art. cit.*

⁷³⁶ V. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 318.

le temps), elles acquièrent une force paroxystique dans le cas de la notion juridique d'état d'urgence, comme des notions juridiques composant ses familles sémantiques et fonctionnelles.

207.1. Les notions juridiques appartenant aux familles de l'exception, de la nécessité et de l'urgence relèvent, pour la plupart, de la classe des polysèmes externes. Issus du langage courant ou d'autres langages techniques, leurs sens juridiques et courants entretiennent des relations complexes⁷³⁷. Elles ont aussi en commun d'être porteuses de polysémies internes difficiles à dénombrer et sujettes à la polysémie de chevauchement, c'est-à-dire à une confusion de leurs différentes significations⁷³⁸. Pour ne rien arranger, elles partagent parfois entre elles des sens communs, rendant d'autant plus ardue la distinction de leurs charges sémantiques respectives⁷³⁹.

207.2. Ces confusions notionnelles, qui trouvent une explication historique en droit français⁷⁴⁰, sont substantiellement aggravées par l'usage désordonné, hétérogène et chaotique dont elles font l'objet dans le discours du droit⁷⁴¹. Elles y sont tenues pour équivalentes⁷⁴², combinées maladroitement⁷⁴³, mobilisées de manière non explicite⁷⁴⁴ ou instrumentalisées à des fins politiques⁷⁴⁵. Si la doctrine – et plus ponctuellement, les comités de réflexion sur les institutions⁷⁴⁶ – ne cesse de dresser le constat de cette confusion notionnelle, qui participe à l'impression de flottement de sens qui accompagne les textes juridiques les mobilisant⁷⁴⁷, les autorités normatives paraissent s'en accommoder. Plus encore, elles doivent l'entretenir pour

⁷³⁷ La notion d'urgence l'illustre parfaitement (cf. *supra*, n° 162 et s.)

⁷³⁸ C'est une forme de polysémie dans laquelle les divers sens se rapportent grossièrement à une même réalité, mais sans distinction claire. Ils se recoupent, se contredisent en partie (CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 95-101).

⁷³⁹ V. par ex. les difficultés inhérentes à la distinction doctrinale entre les notions juridiques de nécessité et de dérogation (cf. *supra*, n° 194).

⁷⁴⁰ Le développement parallèle des théories de l'urgence et des circonstances exceptionnelles a grandement participé à la concurrence entre ces notions (V. FRIER P.-L., *op. cit.*, p. 138 et s.).

⁷⁴¹ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 134 et s. ; MRAOUAHI S., « La notion juridique d'urgence... », art. cit., p. 28.

⁷⁴² Ce manque de rigueur aurait pour effet d'obscurcir le discours législatif, en aggravant la confusion notionnelle autour de ces termes (MRAOUAHI S., *ibid.*).

⁷⁴³ V. par ex. le débat sénatorial sur l'inscription de la mention « exceptionnelle » après l'expression « catastrophe sanitaire » (cf. *infra*, n° 467).

⁷⁴⁴ Les textes font parfois seulement de l'urgence des mentions « implicites ou inférées du contexte, de l'ambiance générale qui se dégage des textes » (MRAOUAHI S., « La notion juridique d'urgence... », art. cit., p. 28).

⁷⁴⁵ En témoigne la distinction performative opérée entre l'état d'urgence de l'état d'exception dans le discours de l'exécutif (cf. *infra*, n° 385 et s.).

⁷⁴⁶ Constatant l'ampleur de ces confusions notionnelles et craignant un usage indistinct des régimes juridiques d'exception, le comité Balladur suggéra, en 2007, en sus de la constitutionnalisation de l'état d'urgence, de définir par loi organique les domaines respectifs de l'état de siège et de l'état d'urgence.

⁷⁴⁷ Le flou sémantique qui entoure le terme urgence provoquera une « formidable déperdition de sens » aux textes juridiques qui l'emploient., comme d'ailleurs tous les supports « privés de signes intra-discursifs [et] extra-linguistiques » (FONBAUSTIER L., « Plaidoyer pour une quête d'essence », art. cit., p. 16).

assurer l'adaptabilité et la flexibilité des dispositifs dérogatoires, et en particulier, des régimes d'exception. Pour jouer son rôle dans l'ordre juridique, l'état d'urgence et les notions qu'il mobilise se doivent d'être des notions indéterminées. D'un point de vue fonctionnel, leur indéfinition est une force⁷⁴⁸.

208. Devant ces constats peu engageants, la doctrine juridique se pose très sérieusement la question de la marge d'action dont elle dispose. Confrontée aux notions juridiques d'urgence, de nécessité ou d'exception, elle va parfois jusqu'à douter de la possibilité même de systématiser la réalité positive, de produire une théorie ou de reconstruire une définition de leur objet⁷⁴⁹. Souvent, cette conclusion extrême est fondée sur le caractère « casuistique » attribué à la notion étudiée. Appréciée au cas par cas, susceptible d'accueillir une infinité de combinaisons entre l'élément factuel et l'élément téléologique (qui, non susceptible d'une prévision *a priori* dans le droit positif, ébranle la conception positiviste⁷⁵⁰), elle ne pourrait, dès lors, être synthétisée dans une définition abstraite⁷⁵¹.

209. Le bon sens de ce raisonnement n'est pourtant qu'apparent. Il procède d'une confusion conceptuelle entre les binômes « relatif/absolu » et « concret/abstrait ». Affirmer qu'une notion est d'application casuistique, c'est-à-dire relative, n'implique pas que la définition de cette notion soit elle-même contingente, c'est-à-dire concrète. L'abstraction d'une définition ne s'oppose pas à la relativité de son application. Au contraire, le propre d'une caractérisation abstraite est justement de pouvoir accueillir, par sa généralité, des éléments concrets plus riches, plus subjectifs et plus inconstants qu'elle-même⁷⁵². Plus généralement, soutenir que certaines notions juridiques ne peuvent accueillir de définitions, alors que d'autres le peuvent revient, implicitement, à attribuer une nature fondamentalement différente des autres notions juridiques à l'urgence, la nécessité et l'exception. Or il s'agit, tout au plus, d'une

⁷⁴⁸ Cf. *infra*, n° 132 et s.

⁷⁴⁹ L'exception, trop connue et toujours insaisissable, résiste à toute tentative de conceptualisation et de classification (NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 7) ; L'espoir de systématiser l'urgence en droit serait « une chimère », au regard du « silence du législateur, [de] l'excès de prudence de la jurisprudence [et des] tâtonnements de la doctrine » (MRAOUAHI S., « La notion juridique d'urgence... », art. cit., p. 20.) ; La notion d'urgence est insaisissable (FRIER P.-L., *op. cit.*, p. 11) ; Aucune distinction claire n'est possible entre les notions de « cas de nécessité », « d'état d'urgence » et de « circonstances exceptionnelles » (TUCHSCHERER E., « Le décisionnisme de Carl Schmitt... », art. cit. ; AGAMBEN G., *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 86-87).

⁷⁵⁰ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 676.

⁷⁵¹ ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 40-41 et 165.

⁷⁵² La perception du temps, de l'espace, du beau, du bien ou de la joie est subjective, relative et inconstante, mais n'interdit en rien, sauf à renoncer à l'idée même de langage, de s'accorder conventionnellement sur le sens de ces notions.

différence de degré⁷⁵³. Sauf à résulter des présupposés théoriques de l'auteur (certaines approches sceptiques justifient de s'abstenir de telles définitions), conclure à l'impossibilité de définir un terme juridique relève de la mystification.

210. S'ils en reconnaissent la difficulté particulière, la majorité des auteurs laisse cependant ouverte la possibilité d'attribuer – en découvrant ou en reconstruisant, selon leurs présupposés théoriques – une définition à ces notions juridiques. Plus qu'un obstacle, leur indétermination consubstantielle doit être tenue comme le point de départ de leur élaboration notionnelle⁷⁵⁴ et même, au-delà, comme la pierre angulaire de leur compréhension théorique⁷⁵⁵.

211. C'est certain : le langage juridique n'est pas le « paradis des concepts » dont rêvent les juristes⁷⁵⁶. Les notions juridiques ne se laissent pas facilement saisir, et encore moins définir. Pour autant, elles constituent de formidables outils communicationnels qui, pour jouer leur rôle de systématisation⁷⁵⁷, doivent faire l'objet d'une entreprise constante de clarification et de distinction. Pour être utiles à la science du droit, les résultats d'un tel exercice de définition doivent toutefois porter, par leur modalité de présentation et par leur portée, la marque de la modestie épistémologique.

§2 – Une définition composant avec ces contraintes

212. Fruit de l'approche théorique retenue, des spécificités fortes de la notion juridique appréhendée et d'une analyse sémantique rigoureuse, la définition juridique proposée de l'état d'urgence est indétachable des caractéristiques qui lui sont attribuées, comme des limites qui en résultent (a). Sa définition poursuit des objectifs précis, tant pour la suite de cette étude que

⁷⁵³ Particulièrement indéterminées, confuses et relatives, ces notions n'en sont pas moins, comme les autres notions juridiques, porteuses d'une charge sémantique susceptible de faire l'objet d'un acte de connaissance.

⁷⁵⁴ NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 143-144.

⁷⁵⁵ « *Caesar dominus et supra grammaticam* (César règne aussi sur la grammaire) » (SCHMITT C., « Les formes de l'impérialisme dans le droit international », trad. J.-L. Pesteil, in *Du politique*, Puisseaux, Pardès, 1990 (1932), p. 99, cité par TUCHSCHERER E., « Le décisionnisme de Carl Schmitt... », art. cit.

⁷⁵⁶ HART, 1953, cité par PIC E., « Faire de la terminologie en droit ? », art. cit., p. 64.

⁷⁵⁷ Pour Alf Ross, « l'intérêt pragmatique de recourir au concept juridique, une fois sa critique faite, demeure : c'est un instrument de systématisation indispensable à la communication. Mieux, il considère que cette utilité pragmatique, inévitable dans le langage objet (le langage prescriptif) se recommande aussi dans le méta-langage, descriptif, si son usage tient compte de la critique théorique des concepts : ils ne sont rien d'autre que des outils de communication systématisant des règles : ils permettent alors de clarifier et ordonner un ensemble complexe de règles juridiques » (MILLARD É., « Le concept : outil de communication ? », art. cit., p. 2179-2185 ; Selon Michel Troper, sans concepts, la réflexion n'est pas possible en droit constitutionnel (*Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 113).

pour la connaissance scientifique, qui sont satisfaits par les formes complémentaires sous lesquelles elle est restituée (b).

a – Une définition caractérisée et consciente de ses limites

213. De manière synthétique, la définition proposée de la notion juridique d'état d'urgence répond aux caractéristiques suivantes : construite selon une démarche empirique modérée, elle relève de la catégorie des définitions réelles et revendique une valeur de vérité relative.

214. La définition adoptée se réclame d'un empirisme modéré. Toute définition peut en effet être située sur un axe entre essentialisme et empirisme⁷⁵⁸. L'approche « classique » de la définition juridique, située à la première extrémité, consiste à identifier les « traits nécessaires et suffisants » d'une notion pour en établir l'essence⁷⁵⁹. L'approche empirique qui lui est couramment opposée s'intéresse, elle, exclusivement aux usages observables des notions pour reconstruire une définition.

214.1. La démarche essentialiste, plus ou moins assumée selon les auteurs, fait l'objet de critiques sérieuses : problèmes de mots déconnectés de tout référent empirique⁷⁶⁰, description d'une réalité non physique à la manière d'une réalité physique⁷⁶¹, manque de rigueur épistémologique⁷⁶² et inefficacité démontrée pour de nombreuses notions⁷⁶³. Pour autant, il n'est pas pertinent de la rejeter entièrement au profit d'une approche empiriste pure. Analyse sans synthèse ou ensemble de données sans âme, elle ne permet paradoxalement pas de donner à penser la réalité qu'elle décrit. En coupant la pratique du langage de sa conceptualisation, une telle approche ne participe pas à la réflexion des juristes et ne sert ni la doctrine ni le juge.

⁷⁵⁸ V. TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 123 et s.

⁷⁵⁹ PIC E., « Faire de la terminologie en droit ? », art. cit., p. 59.

⁷⁶⁰ V. POPPER K. R., *Des sources de la connaissance...*, *op. cit.*, p. 149.

⁷⁶¹ GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 25 et s. : « Les questions du type : "qu'est-ce que la ou le..." devraient être évitées dans l'analyse logique, parce qu'elles fleurissent l'essentialisme. Vous pouvez demander ce qu'est une certaine substance, par exemple « l'eau » ou « la poudre », quand ce que vous signifiez (désignez) (...) est manifeste. La question est inadaptée lorsque le problème principal est de déterminer la signification avec laquelle un mot est employé effectivement, ou la signification qui pourrait logiquement lui être attribuée, mais qui n'apparaît que de manière diffuse dans l'usage commun ».

⁷⁶² MILLARD É., « Le concept : outil de communication ? », art. cit., p. 2179-2185 : « Il est tentant de rechercher derrière les règles ou d'attribuer au-delà des règles au concept une réalité, qui désignerait ou constituerait une substance extérieure. C'est là le piège naturaliste ou cognitiviste auquel succombent trop souvent les juristes, qui se croient alors en mesure de parler du vrai concept de contrat, de propriété ou de mariage, alors qu'ils n'expriment au mieux que leurs préférences idéologiques et morales, au pire un non-sens ».

⁷⁶³ Elsa Pic cite l'exemple du « jeu » chez Wittgenstein (« Faire de la terminologie en droit ? », art. cit., p. 59).

214.2. Cette étude, qui se refuse à dissocier le concept des usages qui en sont faits, rejette par conséquent ces deux approches dans leur forme pure, au profit d'une solution intermédiaire pouvant être qualifiée « d'empirisme modéré ». Comme en témoignent les développements qui précèdent, elle assure, dans une démarche plus large que l'herméneutique⁷⁶⁴ ou la généalogie⁷⁶⁵, un dialogue constant entre les usages effectifs, les réflexions doctrinales et les définitions savantes pour en extraire les traits définitionnels distinguant la notion juridique considérée de ses familles sémantiques et fonctionnelles.

215. La définition proposée appartient à la catégorie des définitions réelles, par opposition à celle des définitions formelles⁷⁶⁶. Contrairement à une définition technique donnée par une autorité normative ou par la doctrine et ne valant que pour une disposition particulière, elle est dotée d'une portée générale. Ainsi, elle est déterminée par ses fondements empiriques, sans être spécifiquement liée à aucun d'entre eux. Sa portée dépasse le sens spécifique qu'elle peut revêtir dans le cadre d'une disposition juridique donnée (par exemple, celui de la loi du 3 avril 1955), mais aussi dans un ordre juridique donné (en France comme en Espagne). Elle cultive, en outre, une indépendance salutaire vis-à-vis des noms attribués aux dispositifs du droit positif⁷⁶⁷.

216. La définition proposée a une valeur de vérité relative. Elle ne prétend ni « identifier » une notion juridique d'état d'urgence qui « préexiste dans le droit positif »⁷⁶⁸, ni en donner « la vraie » définition. Il s'agit, plus modestement, de reconstruire une possible présentation de la notion juridique d'état d'urgence sur la base d'éléments observables empiriquement. La définition élaborée – et non restituée, ce qui suggérerait une approche cognitiviste⁷⁶⁹ – tend à l'objectivité et s'appuie pour cela sur grande variété de matériaux et dispose d'une valeur

⁷⁶⁴ La démarche « herméneutique » est basée sur le recensement des usages « plus ou moins anarchiques » qui sont faits d'une notion juridique dans les textes et dans les interprétations qu'ils engendrent (*id.*, spéc. p. 60 et 68).

⁷⁶⁵ La démarche « généalogique » consiste à appréhender une notion comme construite historiquement et dans un contexte spécifique (GOUPY M., *L'état d'exception ou l'impuissance...*, *op. cit.*, p. 11-12).

⁷⁶⁶ Sur cette distinction de fond, qui admet des variations sémantiques, V. CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 59 ; ROSSA., « La définition en droit », in MATZNER E. (dir.), *Droit et langues étrangères : concepts, problèmes d'application, perspectives*, 2000, p. 73-89.

⁷⁶⁷ À l'aune de cette définition réelle et matérielle, un dispositif se nommant état d'urgence n'en sera pas toujours un, alors qu'un dispositif différemment nommé peut en être un au sens de la définition reconstruite. Cette indépendance permet à la définition reconstruite de dépasser la confusion notionnelle régnant dans le droit positif d'exception (cf. *supra*, n° 207 et s.) et de s'affranchir du besoin d'en démêler le jeu des synonymes et des références implicites, à la recherche des états d'urgence.

⁷⁶⁸ Comme l'avance, par exemple, Thi Hong Nguyen pour la notion d'exception (*La notion d'exception...*, *op. cit.*).

⁷⁶⁹ Il faut se garder de l'illusion cognitiviste selon laquelle, derrière la notion, il y aurait une substance extérieure, une réalité. Le chercheur ne peut prétendre proposer la « vraie » définition, mais seulement une définition.

scientifique et opérationnelle. Elle doit, toutefois, être tenue pour dépassable, partiellement dépendante de la subjectivité de son auteur⁷⁷⁰ et limitée par la non-exhaustivité de ses sources⁷⁷¹.

b – Une restitution définitionnelle cohérente avec ses objectifs spécifiques

217. Conformément aux objectifs définis en introduction, cette définition de la notion juridique d'état d'urgence répond à la double ambition de servir cette étude et d'apporter à la science du droit.

217.1. Elle a pour objectif immédiat d'être opérationnelle dans le cadre de cette thèse, en constituant, d'une part, la définition approfondie des termes de son sujet et, d'autre part, le critère du balisage précis du champ empirique qu'elle couvre. C'est en effet sur la base de cette définition – et plus précisément du test que nous construirons sur sa base – qu'il nous sera possible d'arrêter les frontières de l'analyse du droit positif menée.

217.2. Elle a pour objectif médiateur de participer au dépassement de la polysémie paralysante, de favoriser l'autonomisation et d'impulser une cohérence dans le devenir de la notion juridique d'état d'urgence. Si elle ne peut prétendre accroître la connaissance des faits⁷⁷², au moins peut-elle participer à la résolution de certains débats théoriques et sémantiques qui agitent la doctrine juridique. Par extension et en admettant que la définition ait, en droit, une portée performative⁷⁷³, elle a pour objectif de contribuer, modestement, à l'objectif général – et nécessaire à une pleine effectivité des normes – de clarté et d'intelligibilité du droit.

⁷⁷⁰ Malgré le souci d'impartialité et d'objectivité qui préside à sa reconstruction, la définition proposée dépend de choix comportant une part irréductible de subjectivité, qu'il s'agisse de la méthode employée, de l'exploitation des matériaux ou de la présentation des résultats. Elle est, au mieux, à hauteur d'homme (cf. *supra*, n° 45.7).

⁷⁷¹ Cette définition n'est construite que sur une partie infime des matériaux empiriques qui déterminent la réalité complexe et polymorphe de la notion juridique d'état d'urgence. Une reconstruction exhaustive de la notion serait un idéal inatteignable, au vu de l'arborescence infinie de matériaux et du champ illimité de connaissance qu'une telle entreprise mobiliserait.

⁷⁷² **POPPER K. R.**, *Des sources de la connaissance...*, *op. cit.*, p. 109 : « La conception essentialiste se méprend lorsqu'elle suppose que des définitions peuvent accroître notre connaissance des faits (...) Les définitions ne procurent jamais une connaissance factuelle de la "nature" ou de la "nature des choses" ».

⁷⁷³ Contrairement à d'autres champs disciplinaires, la définition juridique agit directement sur son objet langagier (le droit), soit en prescrivant (définition formelle opérée par un interprète authentique), soit, plus modestement, en éclairant le sens du droit positif.

218. Librement inspirée de la théorie des prototypes d'Eleanor Rosch⁷⁷⁴, elle part du présupposé qu'un « portrait-robot » du membre le plus typique de la notion juridique d'état d'urgence constitue la définition la plus efficace et porteuse pour atteindre ces objectifs.

219. Cette « définition prototypique » de l'état d'urgence se manifeste, dans un premier temps, par la production d'une définition juridique de l'état d'urgence restituable sous deux formes complémentaires. La première, synthétique (moins d'une page), se veut facilement exportable. La seconde, subdivisée selon les traits définitoires identifiés dans la première définition, en détaille le contenu. Elle a vocation à l'explicitier et à servir de référence pour l'élaboration du test d'appartenance.

220. Ces objectifs sont satisfaits, dans un second temps, par la valorisation des traits définitoires identifiés sous la forme d'un test standardisé, permettant de déterminer sur la base de critères préidentifiés et d'un système de notation, si un régime d'exception donné répond – par sa lettre ou dans la pratique⁷⁷⁵ – à la définition adoptée de l'état d'urgence, par rapport au profil-type ou prototypique de celui-ci.

220.1. Ce test se présente sous la forme d'un « texte à trou », admettant, pour chaque critère, une série de variables pondérées. Chaque variable se voit attribuer un nombre de points reflétant sa conformité aux traits définitoires retenus. La note obtenue à l'issue du test associe au régime d'exception testé une catégorie typologique : état d'urgence, régime d'exception voisin de l'état d'urgence ou autre régime d'exception. Il est à noter que certaines réponses sont éliminatoires pour prétendre à la catégorie d'état d'urgence, reflétant par là la prééminence toute particulière de certains traits définitoires.

220.2. L'ambition de ce test est avant tout de permettre la délimitation précise du champ de l'analyse des états d'urgence dans le droit positif, et non de produire des résultats directement exportables⁷⁷⁶. Cependant, la communauté spécialisée des chercheurs s'intéressant aux régimes d'exception peut trouver en celui-ci un outil rapidement exploitable pour être en

⁷⁷⁴ V. spéc. ROSCH E., « Prototype classification and logical classification: The two systems », in SCHOLNICK E. F. (Ed.), *New trends in conceptual representation: Challenges to Piaget's theory?*, 1983, p. 73-86.

⁷⁷⁵ Il peut exister un décalage important entre une lecture *in abstracto* de la prévision textuelle d'un régime d'exception et une lecture actualisée à l'aune des interprétations authentiques de l'énoncé émise à l'occasion de ses applications, susceptible de remettre en cause la catégorie typologique d'appartenance identifiée à l'issue du test. Par exemple, en France, la condition d'imminence du péril de l'état d'urgence sécuritaire n'empêche pas, en pratique, sa mise en œuvre et son maintien pour faire face à des menaces persistantes et structurelles, impactant la réponse à ce critère. Si cet outil permet de tester l'une comme l'autre, il est important de s'astreindre à ne tester qu'un type de lecture à la fois, dans un souci évident d'obtenir un résultat ciblé.

⁷⁷⁶ En effet, la construction des variables et de la pondération du test étant en partie subjective et dépendant directement des choix opérés tout au long de la construction de cette étude, le passage du test ne renseigne sur les régimes d'exception testés que relativement à ses présupposés.

mesure de comparer, dans les États de leur choix, un ensemble d'états d'urgence ou, au prix de quelques modifications du test, un autre ensemble d'états d'exception. Surtout, le procédé de transcrire une définition juridique sous la forme d'un test d'appartenance est susceptible d'être réexploité pour d'autres définitions juridiques, sans qu'il soit restreint par nature à un champ juridique déterminé.

B – LA DÉFINITION PROPOSÉE DE L'ÉTAT D'URGENCE

221. La définition proposée de l'état d'urgence restitue les traits essentiels de cette notion juridique, en omettant volontairement ceux qui sont partagés par l'ensemble des régimes d'exception et qui, de fait, ne permettent pas d'en saisir les spécificités, ainsi que de nombreuses caractéristiques qui, si elles sont souvent partagées par les états d'urgence, n'en constituent pas pour autant des traits définitoires. La définition, au sens strict, est restituée en premier. Elle se veut synthétique et, par là, facilement exportable et exploitable par la doctrine (§1). Cette définition est ensuite décomposée en 10 traits définitoires, en constituant le faisceau de propriétés. Chacun fait l'objet d'une explicitation complète visant à en éclairer la compréhension, les fondements et les implications (§2).

§1 – Définition générale

222. « Un état d'urgence est un régime d'exception d'intensité intermédiaire, inscrit de manière pérenne dans la constitution ou dans la loi – fréquemment sous la dénomination « d'état d'urgence – qui, lorsqu'il est mis en œuvre conjointement par les organes exécutifs et législatifs pour faire face à une menace grave et imminente pour l'ordre public de l'État, la sécurité ou la santé de sa population, pour une durée et dans un champ spatial déterminé, habilite les autorités civiles à prendre des mesures limitativement énumérées de police administrative, dérogatoires par leur forme, leur nature et/ou leur intensité et susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ».

§2 – Définition par faisceaux de propriétés

223. Première propriété : *l'état d'urgence est un régime d'exception d'intensité intermédiaire.*

223.1. L'état d'urgence est un sous-ensemble de la catégorie des régimes d'exception : c'est un dispositif juridique habilitant une autorité publique à déroger à certaines règles du

système juridique (élément d'action), dans certaines situations (élément de fait) et au nom d'un intérêt supérieur (élément téléologique). Comme tout régime d'exception, il permet ainsi d'assurer la sauvegarde de l'État et de son droit en prévoyant la mise entre parenthèses de certaines règles ordinaires qui régissent son fonctionnement et les droits et libertés qu'il garantit. Parmi les régimes d'exception, l'état d'urgence est une réponse conservatoire d'intensité intermédiaire. Ses caractéristiques relèvent de deux classes typologiques, celle de l'état d'exception, et celle de l'état exceptionnel, dans des proportions variant selon l'état d'urgence positif considéré. La marge d'appréciation qu'il confère aux autorités chargées de sa mise en œuvre et l'intensité dérogatoire des mesures qu'il permet sont adaptées à des menaces de niveau intermédiaire pour la sauvegarde de l'État. Il occupe fréquemment, de fait, une place centrale dans l'arsenal d'exception de son système juridique.

224. Deuxième propriété : *l'état d'urgence est inscrit de manière pérenne dans la Constitution ou dans la loi.*

225. L'état d'urgence, s'il affecte des principes, des droits et des libertés constitutionnellement garantis, n'est pas toujours inscrit au plus haut niveau de l'ordre juridique. Son régime, constitué d'un ou de plusieurs énoncés, peut avoir une valeur constitutionnelle et/ou législative. Il ne peut, toutefois, admettre d'avoir le règlement pour plus haut niveau d'inscription dans le droit positif. Cette inscription doit avoir une vocation à la pérennité, sauf à impliquer que le régime considéré relève du modèle « législatif » et non plus « néo-romain » et, de ce fait, à sortir de la catégorie des régimes d'exception. Aussi, si l'état d'urgence peut avoir été inscrit dans le droit dans un contexte de crise, avoir une date d'expiration, être modifié ou supprimé, il admet nécessairement, tant qu'il est prévu par le droit positif, la possibilité d'être appliqué à chaque fois que les conditions de sa déclaration sont réunies. Il se distingue, en cela, de la majorité des « régimes de sortie » des états d'urgence.

226. Troisième propriété : *l'état d'urgence est souvent – mais pas nécessairement – désigné nominalement dans le droit positif.*

226.1. Au sens matériel de la présente définition, un régime d'exception nommé « état d'urgence » dans le droit positif ne relève du champ des états d'urgence que s'il satisfait aux autres critères qu'elle identifie. Réciproquement, un régime d'exception désigné par un autre nom que celui « d'état d'urgence » peut relever du champ des états d'urgence, s'il satisfait à ces mêmes critères. Il s'agit toutefois d'un indice significatif devant, de ce fait, être pris en compte dans la typologisation d'un régime d'exception. Sur le plan comparé, les régimes

d'exception nommés « état d'urgence » répondent, le plus souvent, à la plupart des caractéristiques associées à la définition retenue de l'état d'urgence.

227. Quatrième propriété : *la mise en œuvre de l'état d'urgence implique l'action conjointe des organes exécutifs et législatifs.*

227.1. La mise en œuvre d'un état d'urgence, c'est-à-dire le processus global composé de sa déclaration, sa prorogation et sa cessation, implique nécessairement deux organes : l'organe législatif (ou *a minima*, dans un régime bicaméral, l'une des deux chambres) et l'organe exécutif (classiquement, le conseil des ministres). Si un acte donné peut être confié par le régime de l'état d'urgence à un seul des deux organes (la déclaration peut être confiée au seul organe exécutif ou la prorogation au seul organe législatif), la mise en œuvre au-delà de la seule déclaration doit nécessairement impliquer une volonté conjointe des deux organes.

228. Cinquième propriété : *La mise en œuvre de l'état d'urgence est conditionnée à une menace grave et immédiate pour l'ordre public de l'État, la sécurité ou la santé de sa population.*

228.1. La déclaration, la prorogation et le maintien (absence de cessation anticipée) de l'état d'urgence répondent à trois conditions spécifiques inhérentes à la situation de fait : sa nature, sa gravité et sa réalité pressante. Sa mise en œuvre est conditionnée à une menace pour l'ordre public de l'État, pour la sécurité ou la santé de sa population ou pour le fonctionnement des services publics essentiels qu'il assure, du fait d'une atteinte à l'ordre public ou de la survenue d'une calamité publique (épidémie, catastrophe naturelle ou industrielle). Elle ne répond ni à une menace existentielle pour l'ordre constitutionnel, comme une guerre ou un siège militaire, ni à une simple commodité procédurale, même justifiée par l'intérêt général. L'atteinte doit être grave – sans que les critères permettant d'apprécier cette gravité soient nécessairement définis *a priori* – et la menace doit être réelle et imminente, c'est-à-dire, appeler une réponse conservatoire face à une menace allant se matérialiser de manière certaine et à courte échéance. La spécificité des situations de fait exige la spécification de celle-ci dans le régime de l'état d'urgence. Le modèle de l'état d'urgence implique, contrairement à celui de la clause générale, une définition suffisante des conditions factuelles permettant de mettre en œuvre son régime.

229. Sixième propriété : *La mise en œuvre de l'état d'urgence est limitée dans le temps et dans l'espace.*

229.1. L'état d'urgence constitue une réponse circonscrite dans le temps et dans l'espace à une menace elle-même imminente (par opposition à structurelle et à lointaine) et

localisée. Sa déclaration est soumise, par son régime juridique, à une durée maximale. Sa prorogation a une durée déterminée, fixée par son régime juridique ou par l'acte de prorogation. Enfin, le champ territorial sur lequel il est mis en œuvre – et, le cas échéant, appliqué – est nécessairement déterminé.

230. Septième propriété : *Les mesures de l'état d'urgence sont prises par les autorités publiques civiles.*

231. La mise en œuvre de l'état d'urgence, contrairement à celle de l'état de siège, n'entraîne pas la dévolution des pouvoirs ordinaires des autorités civiles aux autorités militaires. Elle a pour effet de réorganiser la répartition et/ou l'étendue des pouvoirs conférés entre les autorités civiles, le plus souvent en faveur de leur concentration. Toutefois, cela n'exclut pas la possibilité pour les autorités civiles d'habiliter des autorités militaires, qui agissent alors sous leur contrôle.

232. Huitième propriété : *Les mesures de l'état d'urgence dérogent aux pouvoirs ordinaires de police administrative.*

232.1. Les mesures de l'état d'urgence permettent de prendre des mesures de police administrative – générale ou spéciale – renforcée, qui dérogent aux règles habituelles de leur exercice par l'accélération ou la réorganisation des procédures, par la suspension de certaines garanties, par leur nature ou par l'intensité des atteintes aux droits et libertés fondamentaux qu'elles impliquent. Les mesures prises ne relèvent cependant pas nécessairement de la police administrative, ni même de l'action administrative : certains actes pris par le gouvernement ne le sont pas en qualité de supérieur de l'administration, mais en tant qu'autorité constitutionnelle de crise.

233. Neuvième propriété : *Les mesures de l'état d'urgence sont limitativement énumérées.*

233.1. L'état d'urgence, contrairement au modèle de la clause générale, ne permet pas aux autorités habilitées de prendre, dans le cadre de son application, « toute mesure nécessaire ». Les mesures pouvant être édictées dans le cadre de l'état d'urgence sont limitativement énumérées et, parmi celles-ci, toutes ne sont pas nécessairement rendues disponibles lors d'une application donnée. Selon les régimes et les systèmes juridiques, l'exercice de certaines mesures est ainsi conditionné à la suspension de droits et libertés fondamentaux ou à une application explicite par l'acte de déclaration ou de prorogation.

234. Dixième propriété : *Les mesures de l'état d'urgence sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.*

234.1. L'état d'urgence n'entraîne pas la suspension des principes de légalité, de responsabilité et, plus généralement, de l'État de droit. S'il n'implique pas nécessairement la possibilité d'un contrôle juridictionnel des actes de déclaration, de prorogation ou de cessation, le modèle de l'état d'urgence implique la possibilité – plus ou moins effective – de soumettre au contrôle juridictionnel les mesures prises sous son empire.

235. Conclusion du chapitre. Le projet, sinon l'idée même de reconstruire une notion juridique d'état d'urgence se heurtent à des obstacles qui auraient pu décourager cette étude de s'y essayer. L'origine politique de cette expression brouille les frontières entre ses significations dans les langages juridiques et courants. Ces multiples acceptions sont intrinsèquement dépendantes des définitions données aux notions les plus structurantes de sa famille sémantique – la nécessité, l'urgence ou l'état d'exception – avec lesquelles elle entretient des relations sémantiques ambivalentes. Enfin, la texture ouverte des notions qu'elle appelle renvoie nécessairement à une approche casuistique. Ces difficultés ont toutefois pu être dépassées en adoptant une approche définitionnelle d'un empirisme modérée, à la valeur de vérité relative et à l'inspiration prototypique. En définissant l'état d'urgence à travers un faisceau de 10 propriétés réunissant ses caractéristiques formelles, matérielles et procédurales, cette proposition participe à l'émancipation de cette notion juridique, tant par rapport au modèle général de l'état d'exception que des singularités conjoncturelles de leurs régimes juridiques particuliers.

236. Conclusion du titre. La notion juridique d'état d'urgence qui, dans l'histoire du XX^e siècle, fut avant tout une création d'opportunité valant pour ses connotations avant de s'illustrer par sa pertinence sémantique, est aujourd'hui au seuil d'une salutaire émancipation. Succédant à un état d'exception qui est à la fois son ascendant historique et sa catégorie-mère, l'état d'urgence constitue une catégorie résolument contemporaine de dispositifs juridiques d'intensité intermédiaire permettant d'appréhender les périls résultant d'atteintes à l'ordre public ou de calamités publiques et concentrant, en définitive, l'essentiel des enjeux actuels de la sauvegarde de l'État dans les régimes juridiques étudiés. Cette tentative de la définir, ou plutôt d'en brosser un portrait prototypique dépassant les frontières d'un seul système juridique, était en effet animée par le souci de participer activement à l'imposer comme un périmètre d'étude pertinent et cohérent, faisant rempart à la confusion sémantique qui règne dans le champ des régimes d'exception. En faisant se répondre, d'une part, une approche fonctionnelle

complète, partant du besoin de l'État d'assurer sa sauvegarde et s'achevant sur les limites opérationnelles du modèle de l'état d'urgence et, d'autre part, une approche sémantique à la fois conceptuelle et empirique, le présent titre a entendu favoriser une connaissance ancrée et utile de cette manifestation contemporaine d'un modèle continental sur le déclin.

TITRE II – LA RÉALITÉ POSITIVE DES ÉTATS D'URGENCE

237. Sur la période étudiée, la France et l'Espagne se sont dotées de dispositifs variés, résultants de contextes historiques et idéels en permanente mutation et accusant des spécificités du rapport à l'exception juridique dans ces deux États. Si l'entreprise définitionnelle menée implique, pour des raisons méthodologiques, de limiter les contacts directs avec leurs arsenaux positifs d'exception⁷⁷⁷, l'identification des états d'urgence de ces deux systèmes juridiques, comme des enjeux contemporains de leur pratique appelle, au contraire, à leur analyse minutieuse.

238. Passer un régime d'exception au crible du faisceau de propriétés de l'état d'urgence implique de recueillir, sur ce dernier, l'ensemble des informations positives pertinentes contenues dans les dispositions qui le prévoient, de leur niveau dans la hiérarchie des normes à l'intensité des mesures d'application qu'elles permettent, en passant par des données quantitatives sur les mots utilisés pour décrire les hypothèses factuelles pouvant conduire à sa déclaration. Elle implique plus fondamentalement encore une démarche préalable, de type généalogique, visant à proposer une lecture des histoires de ces deux États au prisme de la tension entre, d'une part, la peur d'inscrire dans le droit les moyens de sa transgression et, d'autre part, la nécessité d'encadrer l'agir dérogatoire de crise, nécessaire à la sauvegarde de l'État, comme à analyse de manière détaillée les conditions de création, de réception et d'évolution des régimes d'exception. Une vision globale de la réalité historique, positive et comparée de ce droit d'exception est un préalable nécessaire à l'identification des dispositifs s'apparentant, au moins par certains aspects, au modèle du régime d'exception. Point d'orgue de ce premier chapitre, les résultats du test d'appartenance permettront la délimitation précise du champ d'étude juridique et empirique par la quantification du degré de proximité de chacun de ces régimes d'exception avec la notion juridique d'état d'urgence (**CHAPITRE I**).

239. Résolument plus critique, le second chapitre entend renouveler la compréhension des enjeux contemporains de la pratique des états d'urgence. Si, pour s'armer face à un objet d'étude moins tangible que le droit positif pris pour lui-même, cette analyse élargit son spectre par des emprunts ciblés à des savoirs issus des champs de la science politique, de la sociologie

⁷⁷⁷ Cf. *supra*, n° 68.

ou de la communication, elle n'entend faire au positivisme le plus intransigeant aucune concession injustifiée. Le climat d'urgence entretenu par l'exécutif a un effet substantiel sur les modalités de la prorogation des états d'urgence. Les appels à affermir la cohésion de la Nation ont un effet délétère sur la portée et sur l'effet utile du contrôle des actes inhérents à sa mise en œuvre. Les éléments de langage, la rhétorique de la nécessité ou le cadrage guerrier des événements ne sont pas étrangers à la banalisation du recours aux états d'urgence pour affronter des risques permanents. Une description du droit positif des états d'urgence ne saurait, au vu des forces de torsion qui s'appliquent à lui, faire l'économie de la compréhension du contexte dans lequel il se déploie (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I – À LA RECHERCHE DES ÉTATS D'URGENCE FRANÇAIS ET ESPAGNOLS

« Pour combattre efficacement le terrorisme, comme l'État se doit de le faire, l'ensemble des responsables politiques ont voulu que soit mis en œuvre et prorogé l'état d'urgence dans les conditions prévues par la loi du 20 novembre 2015, qui a actualisé, soixante ans après son adoption, la loi du 3 avril 1955 ».

Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle n° 3381 du 23 décembre 2015,
de protection de la Nation.

240. Si les ordres juridiques français et espagnols admettent de longue date d'inscrire dans le droit des dispositions relatives à la défense nationale ou à la guerre⁷⁷⁸, la prévision juridique de régimes d'exception n'allait, pour ces derniers, pas de soi. D'une condamnation quasi unanime au XIX^e siècle, les régimes d'exception ont pourtant, au rythme où ils pénétraient les esprits, intégré progressivement le droit positif. Expliquer le droit contemporain des crises implique, pour cette raison, de retracer, dans une démarche qui peut être qualifiée de généalogique, l'histoire macroscopique du rapport fluctuant de ces deux États à ces dispositifs. Loin d'être une lente évolution conceptuelle, le cheminement tortueux, dans le temps et dans l'espace, de l'idée sulfureuse d'une inscription dans le droit des moyens de sa propre suspension témoigne directement de l'influence majeure des événements conjuncturels sur la création, l'évolution et finalement, la perception des régimes d'exception (**SECTION I**). Cette appréhension globale et comparée des régimes d'exception de chaque système juridique est indispensable pour déterminer si le régime d'exception testé satisfait aux critères de l'état d'urgence ne pouvant être appréciés que relativement aux autres dispositifs du système juridique, à l'image de leur intensité relative. Pour sa part, leur étude minutieuse révèle des caractéristiques individuelles particulièrement hétéroclites. Leurs consécration formelles à géométrie variable et leurs intensités dérogatoires différenciées témoignent des fonctions spécifiques qu'ils jouent dans leurs arsenaux d'exception d'appartenance (**SECTION II**).

⁷⁷⁸ Il faut soigneusement distinguer les législations d'exception des textes relatifs à la guerre et à la défense nationale, même si certaines législations d'exception ont vocation à s'appliquer dans de tels contextes.

SECTION I – UNE APPROCHE GÉNÉALOGIQUE

241. La réticence naturelle devant le potentiel destructeur des pouvoirs de crise, si elle est historiquement très marquée en France et en Espagne, a pourtant, dans les histoires de ces deux États, cédé peu à peu devant la toute-puissance du fait, qui s'est avérée capable de mettre à mal toute prévision juridique, aussi bien construite soit-elle. Après s'être éloignées sous l'influence de leurs histoires respectives, l'Espagne, tiraillée entre défiance pour l'état d'exception et continuité avec la pratique franquiste et la France, de plus en plus consciente des dangers de l'application de tels dispositifs, convergent de nouveau, au moins par le défi qu'elles doivent relever (A). Les différences les plus importantes entre ces deux cultures juridiques de l'exception sont surtout à rechercher dans les modalités de création et de mutation des régimes d'exception institués. Alors que, conformément à la tendance de fond qui se dessine, l'arsenal d'exception espagnol contemporain se caractérise par la stabilité et la systématité, son homologue français accuse d'une dépendance absolue aux faits. Sa pénétration du droit positif est avant tout contingente (B).

A – L'ÉVOLUTION DU RAPPORT IDÉEL AUX RÉGIMES D'EXCEPTION

242. Les réticences historiques à un droit dérogoire de crise connaissent un déclin brutal à l'occasion de la première moitié du XX^e siècle. Si cette aversion n'a jamais constitué, en pratique, une garantie contre les agir de faits et les détournements des dispositifs existants, elle connaît néanmoins, lors de la Première et surtout, avec le tournant de la Seconde Guerre mondiale, un bouleversement profond (§1). Suivant jusqu'alors des trajectoires analogues, la France et l'Espagne sont, du fait de leurs histoires respectives après-guerre, fortes de deux rapports différenciés à l'exception. Si, aujourd'hui, ces deux États acceptent la nécessité de prévoir des régimes d'exception intenses et en connaissent les dangers, ils ne les envisagent pas dans les mêmes termes (§2).

§1 – Une méfiance originelle commune progressivement érodée

243. D'un haut lieu de résistance aux mécanismes d'exception et à la théorie allemande du *Notrecht*, la France développe, au tournant des deux guerres mondiales, une puissante théorie jurisprudentielle de légitimation de l'agir de crise, complétée lors de la guerre d'Algérie par un

puissant arsenal d'exception (a). En Espagne, le modèle constitutionnaliste du XIX^e siècle, incarné par le mécanisme très protecteur de la suspension de garanties, cède progressivement jusqu'à être entièrement corrompu par le régime franquiste (b).

a – De l'aversion française aux régimes d'exception à la théorie des circonstances exceptionnelles

244. Historiquement, le parlementarisme français est le parangon d'un parlementarisme militant et républicain, particulièrement sensible aux dérives qui, de tout temps et en tous lieux, ont accompagné les régimes d'exception⁷⁷⁹. Dès la seconde partie du XIX^e siècle, les juristes français, qui jusqu'alors admettaient dans leur majorité l'idée d'actes de gouvernement échappant à tout contrôle pour protéger la société contre ses ennemis, choisissent de résister à la théorie allemande du *Notrecht*, en lui préférant celle de l'État de droit⁷⁸⁰. Cette hostilité au droit de nécessité et aux ruptures de légalité qu'il fonde en situation d'exception est parfaitement exprimée par l'œuvre de Carré de Malberg. Au-delà d'une défense de la hiérarchie des normes, il prône, au nom des principes républicains hérités de la Révolution française⁷⁸¹, la souveraineté du parlement⁷⁸².

245. La Première Guerre mondiale, qui est le théâtre d'un recours de plus en plus fréquent aux dérogations parlementaires, marque un tournant majeur. Timides au début de la Guerre, les lois d'habilitations de crise accordées par l'Assemblée au pouvoir exécutif prirent de l'ampleur à la fin du conflit, et surtout dans l'entre-deux-guerres. En plus de la proclamation de l'état de siège, le Parlement décide en effet de laver *a posteriori* les actes de faits de l'exécutif qui, pendant la Guerre, prend des décrets de nécessité en dehors de toute habilitation⁷⁸³.

246. Au sortir de la Guerre, la jurisprudence des « faits de guerre » se voit prolongée et élargie avec une grande audace par le Conseil d'État⁷⁸⁴. La célèbre « théorie des circonstances

⁷⁷⁹ VALS F., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 30 mars 1955, p. 2138 : « L'histoire du monde nous montre que toutes les lois d'exception telles que (...) la loi sur l'état de siège prévue pour défendre la République et qui fut utilisée, en 1852, pour permettre un coup d'État napoléonien et en 1871, pour écraser la Commune, sont par la suite détournées de leur but primitif ».

⁷⁸⁰ GOUPY M., *L'état d'exception ou l'impuissance...*, op. cit., p. 37 et 50-51.

⁷⁸¹ V. ORTEGA SANTIAGO C., « El derecho constitucional en su contexto... », art. cit., p. 341-343.

⁷⁸² CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État...*, op. cit. ; GOUPY M., *L'état d'exception ou l'impuissance...*, op. cit., p. 60.

⁷⁸³ V. GOUPY M., *id.*, p. 43-46 et 51.

⁷⁸⁴ SAINT-BONNET F., « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit., p. 32 ; Sur la notion de fait de guerre au XIX^e siècle, V. *id.*, p. 31-32.

exceptionnelles », que consacre l'arrêt *Heyriès*⁷⁸⁵, peut être présentée ainsi : lorsqu'une décision administrative est contraire à une norme juridique qui lui est supérieure, elle peut recouvrir sa légalité, dès lors que le juge en reconnaît la nécessité dans les circonstances exceptionnelles qui sont les siennes⁷⁸⁶. Si le juge peut valider l'action de nécessité de l'exécutif et lui permettre, par là, de s'affranchir du droit, il peut aussi, corollairement, censurer l'administration qui, même dans des circonstances d'une grande exceptionnalité, aurait pu agir par les voies légales⁷⁸⁷. En s'octroyant une puissante faculté de contrôle au cas par cas de l'action de nécessité de l'administration, le juge administratif réduit, dans un même temps, à peau de chagrin la liste des actes de gouvernement⁷⁸⁸.

247. Le contexte de l'entre-deux-guerres vit naître, au sein des États européens, une méfiance particulièrement intense envers les états d'exception, le positivisme juridique et la technicisation du pouvoir. Pris ensemble, ils étaient en train de transformer, dans certains États, le droit en outil au service du fascisme⁷⁸⁹. En France, le rejet de l'exceptionnalité et la controverse qui l'accompagna eurent, au regard d'une tradition parlementariste forte et du recours massif aux pouvoirs d'exception pendant la Guerre et la reconstruction qui s'ensuivit⁷⁹⁰, une vivacité et un écho internationaux particuliers. Le Parlement, auquel la III^e République s'était attachée à conférer une véritable suprématie constitutionnelle, n'était-il pas fatalement menacé par une pratique consacrant la possibilité, pour l'exécutif, de prendre des normes contraires à ses propres lois⁷⁹¹ ? La réponse française à cette question jouerait, assurément, un rôle structurant pour toutes les théories des pouvoirs de crise chez ses proches voisins⁷⁹², à l'heure

⁷⁸⁵ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412, rec.

⁷⁸⁶ **GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance...*, *op. cit.*, p. 51-52.

⁷⁸⁷ V. not. CE, 23 janvier 1925, *Sieur Anduran*, rec.

⁷⁸⁸ Si, au XIX^e siècle, l'administration pouvait s'affranchir des normes qui encadraient son action en invoquant l'évidente nécessité et, par là, éviter le contrôle au motif qu'il s'agissait d'actes politiques, la liste des actes de gouvernement s'est vue sévèrement réduite par le tournant de la Première Guerre mondiale. À partir de ce moment, c'est à travers la jurisprudence des circonstances exceptionnelles que le juge contrôla si l'administration agit ou non sous l'empire de l'évidente nécessité (V. **SAINT-BONNET F.**, « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit., p. 31).

⁷⁸⁹ C'est en particulier l'interprétation formelle du droit, portée par le positivisme juridique, qui fut accusée d'être en partie responsable de la transformation progressive du droit en un simple outil technique. Elle n'aurait pas su, selon la lecture qui prédominait à la fin de la Seconde Guerre mondiale, opposer de limites substantielles à l'exploitation abusive des pouvoirs de crise (V. **GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance...*, *op. cit.*, p. 40-43).

⁷⁹⁰ Après la Première Guerre, le système parlementaire de la III^e République était en effet soumis à de vives tensions, cristallisées notamment autour du vote de la loi du 22 mars 1924, accordant les pleins pouvoirs au gouvernement Poincaré pour redresser la situation financière de la France (V. *id.*, p. 37).

⁷⁹¹ *Id.*, p. 44-45.

⁷⁹² *Id.*, p. 43.

même où le constitutionnalisme des États d'Europe occidentale se redéfinissait à travers la reconnaissance dans le droit constitutionnel des droits des citoyens⁷⁹³.

248. Un auteur particulièrement influent se fera le défenseur de la théorie des circonstances exceptionnelles, avivant d'autant la controverse que son argumentaire, riche et détaillé, attaque les fondements mêmes de la position traditionnelle. Maurice Hauriou remettra en effet profondément en cause ce principe de prééminence du législatif sur l'exécutif⁷⁹⁴. Si « gouverner c'est agir, et non délibérer »⁷⁹⁵, la rupture de légalité validée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Heyriès* procède « de la Constitution elle-même, qui fonde, en situation de guerre ou de nécessité, un droit différent de celui qui se voit appliqué en situation ordinaire »⁷⁹⁶, c'est-à-dire, un droit dans lequel la préservation de l'État s'impose sur le respect des libertés individuelles. En distinguant la fonction de gouvernement de celle d'administration, il fonde en fait une nouvelle théorie des actes de gouvernement qui, loin d'être comme avant lui un simple avatar de l'ancienne raison d'État, concède juridiquement un pouvoir discrétionnaire intense à l'exécutif de crise⁷⁹⁷.

249. Son principal détracteur, Léon Duguit, s'oppose fermement à cette nouvelle théorie, dont il dénonce le caractère autoritaire⁷⁹⁸. S'il se montre un contradicteur à la hauteur de son adversaire et que leurs échanges pendant la Première Guerre eurent une grande postérité⁷⁹⁹, le glissement vers un rééquilibrage des pouvoirs était déjà engagé. Le Parlement, détrôné de sa position dominante, critiqué pour son impuissance et pour la lenteur qui lui est prêtée en périodes de crise, a progressivement cédé le pas à une prééminence toujours plus grande de l'exécutif⁸⁰⁰. Héritage de l'entre-deux-guerres, cette mutation majeure des grilles de lecture sur l'exception et de l'équilibre des pouvoirs lors des crises déploie encore, aujourd'hui, ses conséquences sur le droit et sur la culture juridique française.

⁷⁹³ ORTEGA SANTIAGO C., « El derecho constitucional en su contexto... », art. cit., p. 345.

⁷⁹⁴ V. à ce sujet QUINART É., *L'émancipation du pouvoir réglementaire...*, op. cit.

⁷⁹⁵ HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 471-473.

⁷⁹⁶ HAURIOU M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. 1, Paris, Recueil Sirey, 1929, p. 81.

⁷⁹⁷ V. GOUPY M., *L'état d'exception ou l'impuissance...*, op. cit., p. 67.

⁷⁹⁸ *Id.*, p. 38.

⁷⁹⁹ V. par ex. MILET M. « La doctrine juridique pendant la Guerre : à propos de Maurice Hauriou et de Léon Duguit », *Jus Politicum*, n° 15, janvier 2016, en ligne.

⁸⁰⁰ GOUPY M., *L'état d'exception ou l'impuissance...*, op. cit., spéc. p. 38, 47, 84 et 301.

b – La mise à mal inéluctable d’une tradition espagnole protectrice de la suspension de garantie

250. Historiquement, les régimes d’exception suscitent une grande méfiance en Espagne. Celle-ci se traduit notamment par une réticence marquée à attribuer des pouvoirs de crise à l’organe exécutif, y compris lorsque le Parlement est empêché de siéger, et ce, en dépit du risque incontestable que cela fait peser sur l’État en situation de crise. Surtout, dès les origines du constitutionnalisme espagnol⁸⁰¹, les pouvoirs de crise se limitent presque exclusivement au mécanisme caractéristique du droit espagnol de la « suspension de garanties »⁸⁰² qui consiste à prévoir, dans le droit et par une liste limitative stricte, les droits et libertés qui pourront faire l’objet d’une suspension totale ou partielle lorsque les chambres, agissant seules, le décide⁸⁰³.

251. Ainsi, jusqu’à la fin des années 1860, les Constitutions espagnoles ne comportaient, formellement, qu’un seul modèle de régime d’exception, assurant, en théorie, une véritable garantie envers l’arbitraire de l’exécutif en période de crise. Ce mécanisme n’épuise toutefois pas la réalité des pratiques de l’État : la seule lecture des textes en vigueur est trompeuse. Pendant longtemps, coexistait à ce mécanisme contraignant, mais limité à un rôle marginal, une pratique dénuée de base constitutionnelle : l’état exceptionnel militaire, parfois désigné sous les terminologies d’état de siège ou d’état de guerre⁸⁰⁴. Déclaré pour la première fois à l’occasion de la guerre Carliste⁸⁰⁵, il avait pour effet de substituer les autorités militaires aux autorités civiles, sans par ailleurs limiter les pouvoirs qu’elles pouvaient mobiliser.

252. Face à ce décalage problématique entre les prévisions du droit et la réalité politique en période de crise, les autorités constituantes tentent d’inscrire les états de crise dans le droit. Après plusieurs tentatives avortées et quelques innovations intéressantes⁸⁰⁶, ce processus

⁸⁰¹ Pour une généalogie instructive du constitutionnalisme dans la pensée espagnole, se référer à **ORIEGA SANTIAGO C.**, « El derecho constitucional en su contexto... », art. cit.

⁸⁰² V. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 129-130 ; **CRUZ VILLALÓN P.**, *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 36-37.

⁸⁰³ Ce mécanisme est incarné par l’article 308 de la Constitution de 1812, qui autorise les chambres à suspendre des garanties déterminées, lors de circonstances extraordinaires, dans le seul cas où l’exige la sécurité de l’État. Il fut repris presque à l’identique à l’article 8 de la Constitution de 1837 et, ultérieurement, à l’article 8 de la Constitution de 1845, à l’article 31 de la Constitution de 1869 et à l’article 17 de la Constitution de 1876. Il se retrouva ensuite à l’article 42 de la Constitution de la Seconde République espagnole de 1931, ainsi que, sous Franco, à l’article 35 de la Fuero de los Españoles de 1945, ou encore à l’article 10.a) de la Ley Organica del Estado de 1967 (V. **GARRIDO FALLA F.** (dir.), *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, p. 1764).

⁸⁰⁴ **CRUZ VILLALÓN P.**, *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 36.

⁸⁰⁵ Real Orden, de 12 de enero de 1835 ; Decreto Real de 16 de agosto de 1835 ; Decreto Real de 20 de octubre de 1835.

⁸⁰⁶ Le projet de « loi exceptionnelle sur les états de sièges, de guerre et de prévention », qui ambitionne de réglementer ces états, fut abandonné à la fin de la guerre Carliste (V. **CRUZ VILLALÓN P.**, *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 36-40). La pratique continua sous la Constitution de 1837 comme sous celle de 1845.

n'aboutira véritablement qu'en 1869, date à laquelle les assemblées constituantes inscrivent explicitement à l'article 31 de la Constitution de la même année les droits et libertés pouvant être suspendus et surtout imposent, par une référence directe à la loi d'ordre public, des conditions impératives à ces suspensions. Promulguée en avril 1870⁸⁰⁷, cette loi prévoit deux régimes d'exception : l'*estado de prevención y alarma* et l'*estado de guerra*. En soumettant, dans son article 1^{er}, la déclaration de ces régimes à une suspension préalable des garanties correspondantes, elle trace les contours d'un modèle d'exception qui irrigue encore le droit espagnol contemporain⁸⁰⁸.

253. Néanmoins, une fois encore, ce système de stricte légalité ne parvient pas à s'imposer face à la complexité du réel. L'interprétation restrictive de l'article 1^{er}, ayant pour effet de permettre la déclaration de l'état de guerre sans intervention des assemblées⁸⁰⁹, la régression opérée par la Constitution de 1876, qui supprime toute référence à la loi d'ordre public⁸¹⁰ et la généralisation en pratique des « lois d'indemnités », qui permettent au gouvernement d'agir seul dans les premiers temps de la crise⁸¹¹, ont pour effet de dégrader ce modèle novateur⁸¹². Cette tendance se poursuit avec la Constitution de 1931⁸¹³ et la loi d'ordre public de 1933⁸¹⁴. Tout en affinant et en modernisant le modèle d'exception espagnol, notamment par la création

Il y eut par la suite plusieurs tentatives de construction d'états exceptionnels de caractère militaire : la loi d'ordre public de 1847, l'état exceptionnel civil (« *estado preventivo* ») et l'état exceptionnel militaire (« *estado excepcional* ») de 1852 et, enfin, la loi du 17 mai 1867, qui prévoyait un état civil (« *estado de alarma* ») et un état militaire (« *estado de guerra* »).

⁸⁰⁷ Ley de orden público de 23 de abril de 1870.

⁸⁰⁸ V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 36-40 ; GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, p. 1769-1770.

⁸⁰⁹ Le 19 juillet 1870, une ordonnance du Régent décida que l'article 1^{er} de la loi devait être interprété dans le sens suivant : la loi de suspension de garanties est nécessaire uniquement quand l'application de la loi d'ordre public implique la suspension de garanties. Il en résulta que l'état de guerre put être déclaré sans intervention des assemblées, du fait que la constitution de tribunaux militaires n'était pas considérée comme une « suspension de garanties » (V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 40).

⁸¹⁰ Art. 17, Constitution espagnole de 1876.

⁸¹¹ En cas d'urgence grave et notoire, le gouvernement peut suspendre les garanties, alors même que les assemblées ne sont pas encore réunies. Le Parlement peut alors, selon la position doctrinale majoritaire, justifier et exonérer l'action nécessaire du gouvernement par une loi d'indemnité. Pour une illustration topique, V. Ley, de 10 de enero de 1877, por la que se deja sin aplicación ni efecto la ley de orden público de 23 de abril de 1870, aplicándose, sin embargo, a navarra y las provincias vascongadas el art. 6º de la ley de 21 de julio de 1876 que declara al gobierno "investido de todas las facultades extraordinarias y discrecionales que exija su exacta y cumplida ejecución".

⁸¹² V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 40-41 ; ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 130-131.

⁸¹³ Constitution espagnole du 9 décembre 1931.

⁸¹⁴ Ley de 30 de julio de 1933, del orden público y de los órganos de su conservación.

de nouveaux régimes d'exception⁸¹⁵ et par de nouvelles règles procédurales⁸¹⁶, elles en fragilisent encore un peu plus les présupposés, notamment en consacrant un nouveau dispositif qui, de toute évidence, s'apparente à une clause générale⁸¹⁷.

254. La volonté historique de l'État espagnol pour enserrer les pouvoirs de crise subira un ultime revers sous le régime franquiste et sa pratique pervertie des pouvoirs de crise. Franco voulait opposer à la « démocratie libérale » une « démocratie effective », dans laquelle le peuple se voit et se sent gouverné⁸¹⁸. Dans cet État fort, axé sur la sécurité, conçu pour étouffer le conflit ou la dissidence⁸¹⁹ et dans lequel le leader a « tout attaché et bien attaché »⁸²⁰, l'état d'exception est mis au service de la dictature. Sous le régime franquiste, les dispositifs d'exception sont moins suspension temporaire de l'ordre constitutionnel, qu'intensification ou confirmation de la dictature⁸²¹. Plus qu'une solution pragmatique pour assurer l'ordre, la logique de l'état d'exception est assumée, sinon revendiquée par le régime franquiste⁸²². Il faut, à cette occasion, rappeler la parenté établie entre ce régime et les théories schmittiennes : lues par les juristes franquistes, ces thèses participent à en légitimer le coup d'État originel⁸²³.

⁸¹⁵ L'état exceptionnel civil prévu par loi d'ordre public est, pour la première fois, divisé en deux états selon la gravité de la situation : « *l'estado de prevención* » et « *l'estado de alarma* ». Seul le deuxième donne lieu à la suspension de garanties. Le premier est prévu pour les situations dans lesquelles, bien qu'on ne puisse pas justifier d'une suspension des garanties, il est exigé que soient adoptés des moyens exorbitants du droit ordinaire (art. 20). L'état de guerre, état exceptionnel militaire, maintient les caractéristiques de la loi du 1870, au détail qu'ici, la Constitution le mentionne expressément en relation avec la juridiction militaire (art. 95). S'ajoute l'article 80 de la Constitution qui introduit la législation de nécessité ou d'urgence, c'est-à-dire, à la prise en charge par l'exécutif du pouvoir législatif dans les « cas exceptionnels qui requièrent une décision urgente ou lorsque la défense de la République l'exige », et dans lesquels le congrès ne peut se réunir.

⁸¹⁶ La Constitution de 1931 maintient le schéma bien connu de la constitution de 1869 avec quelques modifications importantes. L'article 42 de la Constitution est toujours l'article traditionnellement dévolu à la réglementation des suspensions de garanties (le même qu'en 1869) et fait toujours une référence directe à la loi d'ordre public. La différence est qu'ici, c'est le gouvernement qui, dans tous les cas, décrète la suspension, qui est immédiatement soumise à la ratification du Parlement. La suspension dure au maximum trente jours, période qui peut être prolongée, mais à la condition d'un accord cette fois-ci préalable du Parlement.

⁸¹⁷ Le Président de la République peut « ordonner les moyens d'urgences qu'exigent la défense de l'intégrité ou de la sécurité de la Nation, en rendant compte immédiatement aux Assemblées » (art. 76 (d), Ley de 30 de julio de 1933, préc.).

⁸¹⁸ V. CARCASSONNE G., SUBRA DE BIEUSSES P., *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, Enaj, Institutions et politique, 1978, 300 p., p. 91.

⁸¹⁹ FIELD B. N., HAMANN K., « La transition démocratique espagnole : faits et analyses », in PERES H., ROUX CH. (dir.), *La Démocratie espagnole. Institutions et vie politique*, Presses universitaires de Rennes, Didact Sciences politiques, 2016, 308 p., p. 36.

⁸²⁰ CARCASSONNE G., SUBRA DE BIEUSSES P., *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, op. cit., p. 135.

⁸²¹ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, op. cit., p. 43-44.

⁸²² Decreto-ley 14/1970, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de excepción en la provincia de Guipúzcoa, BOE, núm. 291, de 5 de diciembre de 1970, p. 19830 y 19831 : « Le maintien de l'ordre public constitue l'une des tâches fondamentales du gouvernement, qui doit utiliser à cette fin non seulement les pouvoirs qui lui sont normalement conférés, mais également les pouvoirs extraordinaires que la loi l'autorise à assumer ».

⁸²³ GUITTET E.-P., « Les recours à l'état d'exception... », art. cit. : « Entre Carl Schmitt et les juristes franquistes, il y a non seulement une communauté d'esprit autour de la crainte de la décadence et des dérives de la démocratie et du libéralisme en politique, mais aussi une véritable croyance dans les vertus de l'autorité, du dictateur et de la

255. Pour poursuivre son objectif idéologique, le régime s'est progressivement doté d'un arsenal de textes répressifs visant à mettre au pas la société espagnole et les ennemis du régime. Il est, à leur lecture, particulièrement saillant que le régime juridique franquiste a été pensé pour permettre le recours massif à l'état d'exception⁸²⁴. Il ne faut pourtant pas en exagérer la place, du moins d'un point de vue pragmatique. S'il est exact que l'état d'exception de 1959 fait l'objet, dans les premiers temps de la dictature, d'un usage affirmé, sa place n'a ensuite fait que diminuer. Dans la phase – moins sanglante et moins fasciste⁸²⁵ – qui suit la victoire militaire du régime contre la guérilla antifranquiste dans les années 1950 et qui court jusqu'à la fin du régime en 1975, les régimes d'exception sont, plus qu'un moyen concret pour maintenir l'ordre, un moyen d'affirmer symboliquement la volonté du régime d'écraser toute rébellion⁸²⁶.

§2 – Des conceptions modernes opposées à tendance convergente

256. Si la deuxième partie du XX^e siècle est celle d'une évolution différenciée de la perception de l'exception en France et en Espagne, la tendance actuelle est à une convergence de fait. L'image positive de l'exception en France, que la théorie des circonstances exceptionnelles et la pratique gaulliste insinuèrent dans les esprits, en dépit des pratiques dévoyées du pétainisme, s'est vue récemment écornée par des recours abusifs aux états d'urgence **(a)**. En Espagne, la méfiance particulière envers les régimes d'exception, héritée de leur usage détourné et autoritaire sous Franco et cristallisée par le texte très protecteur de 1978, s'efface peu à peu au profit d'une pratique plus décomplexée **(b)**.

a – Une V^e République intime avec les régimes d'exception

257. En entérinant une importante diminution du rôle du Parlement et une augmentation notable de la force dérogatoire des dispositifs, la V^e République constitue un tournant majeur

décision sans compromis. Il y a aussi toute cette pensée conservatrice et contre-révolutionnaire espagnole sur laquelle Schmitt établit ses principes directeurs et qui est bien connue des thuriféraires du régime franquiste ».

⁸²⁴ V. par ex. la définition étendue du champ des actes séditieux en 1959 (art. 2, Ley 45/1959, de 30 de julio, de orden publico).

⁸²⁵ Le régime se dirige vers une répression autoritaire plus classique, s'appuyant sur l'information, le quadrillage du pays et une justice dissuasive (V. **GUITTET E.-P.**, « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.).

⁸²⁶ Pourquoi un régime déjà riche de dispositifs juridiques visant à réprimer ses ennemis ferait-il un usage si intense des régimes d'exception ? Pour certains auteurs, « la réponse à la question est moins liée à des situations de violence et de désordre face auxquelles le régime n'aurait pas les moyens de riposter, mais bien plus dans le caractère symbolique de la promulgation d'un état d'exception ; la réaffirmation de l'autorité souveraine d'un régime né d'un coup d'État » (**GUITTET E.-P.**, « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.).

dans l'histoire des régimes d'exception français. Son contexte de naissance est en effet favorable à la construction d'un arsenal d'exception musclée. D'une part, selon la perception dominante à cette époque, ce n'est pas le caractère autoritaire du droit positif qui causa les déboires français, mais au contraire, son impuissance devant les crises⁸²⁷. D'autre part, son principal instigateur, le général de Gaulle, est rappelé au pouvoir dans un contexte de crise et avec la volonté saluée d'y remettre de l'ordre.

258. Si les constituants de 1958 se sont bien retrouvés face à l'éternel dilemme du droit d'exception – fixer des limites aux pouvoirs de crise, au risque qu'elles se révèlent inadéquates, ou privilégier l'efficacité en risquant l'arbitraire⁸²⁸ –, le débat expéditif⁸²⁹ qui s'ensuivit à vite tranché en faveur de cette dernière solution. Ce changement de perspective sera plus que conforté par les décennies qui suivèrent. À ce titre, le contraste entre les débats législatifs de 1955 et ceux de 2015 est saisissant.

259. Dans le contexte de la guerre d'Algérie, la création du régime de l'état d'urgence suscite des déclarations scandalisées de l'opposition, pourtant tant sur le fond que sur ses modalités d'adoption. Les parlementaires font des parallèles historiques entre ce dispositif et les mesures fascistes prises sous le régime de Vichy⁸³⁰ ou l'assimilent aux lois scélérates⁸³¹. Ils dénoncent son inconstitutionnalité⁸³² ou la paresse d'esprit qui le sous-tend⁸³³. Ils redoutent les conséquences de son application sur une population algérienne déjà fragilisée⁸³⁴. Surtout, ils comparent le nouvel état d'urgence à l'ancien état de siège, à son grand désavantage. Produisant

⁸²⁷ Charles de Gaulle soutient à de nombreuses reprises que si Albert Lebrun avait eu les moyens d'agir en juin 1940, le destin de la France pendant la guerre eut pu être tout autre (V. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 75).

⁸²⁸ **HAMON F., TROPER M.,** *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 151.

⁸²⁹ Comme le montrent les travaux préparatoires de la Constitution de 1958 (**MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L.** (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 858 p.), la question de l'état d'urgence n'y a pratiquement jamais été abordée. Quant à celle de l'état de siège, elle ne l'a été qu'à travers une note de François Luchaire qui se demandait s'il ne faudrait pas que sa déclaration continue à incomber au Parlement comme sous la IV^e République (**LUCHAIRE F.**, note sur DC 25 janvier 1985, *Dalloz*, 1985, p. 365).

⁸³⁰ V. **NAMY L. ET MARRANE G.**, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955 ; Cette position est également celle d'un historien et haut fonctionnaire qui, dans un article resté célèbre, qualifie l'état d'urgence d'« avant-port du fascisme » (**POZZO DI BORGIO O.**, « Dans l'avant-port du fascisme », *Le Monde*, 28 avril 1955).

⁸³¹ **NAMY L.**, Conseil de la République, séance du 3 avril 1955.

⁸³² L'état d'urgence est « anticonstitutionnel », en ce qu'il viole les droits de l'homme du préambule de la Constitution de 1946, l'article 13 de la Constitution, qui prévoit que le Parlement vote seul la loi, et l'article 7, qui prévoit que seul l'état de siège peut suspendre les droits et libertés de la Constitution et de la DDHC (**MARANNE G.**, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955).

⁸³³ **EL HADI MOSTEFAÏ M.**, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955 : « [l'état d'urgence] ne constitue qu'une solution paresseuse conçue par des esprits qui se cramponnent à de vieilles méthodes comme des lézards à des murs délabrés. Son efficacité sera nulle ou pour le moins très limitée ».

⁸³⁴ **SALAH BENDJELLOUL M.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 30 mars 1955.

des atteintes aux droits et libertés encore plus intenses que son ascendant historique⁸³⁵, parfois qualifiées de « dictatoriales »⁸³⁶, l'état d'urgence a des hypothèses de déclaration trop larges, le rendant susceptible de détournements⁸³⁷. Ses pouvoirs sont certes laissés à l'appréciation des autorités civiles et non militaires, mais ils sont, dans cet exercice, moins contraints⁸³⁸. Si d'autres parlementaires sont plus modérés, en tenant l'état d'urgence pour aussi intense⁸³⁹, sinon moins dérogatoire que l'état de siège⁸⁴⁰, le débat n'en est pas moins sincère et virulent.

260. Lors du débat parlementaire précédant le vote de la loi du 20 novembre 2015, les envolées lyriques ne se font plus en faveur de la défense des droits et libertés face à un état d'urgence dangereux, mais en faveur de l'unité nationale et du devoir de rester fier face à l'ennemi. Les parlementaires ne dénoncent pas l'état d'urgence, mais en aggravent substantiellement les prévisions. À l'Assemblée, les « professeurs de vertu » sont vilipendés⁸⁴¹. Au Sénat, la pertinence et l'efficacité de l'état d'urgence ne sont pas véritablement remises en cause⁸⁴². La volonté d'aggraver le régime de l'état d'urgence s'y montre parfois plus vive qu'au sein même du gouvernement⁸⁴³. Certains parlementaires, conscients de cette réalité, déplorent le manque de hauteur et de ferveur des assemblées, comme l'unanimité qui y règne⁸⁴⁴.

261. Alors même que les rhétoriques de la constitutionnalisation des libertés et de l'État de droit sont continuellement réaffirmées, il est légitime de penser, à l'aune de ces constats, que la tradition républicaine française a cédé trop de terrain dans la défense des libertés⁸⁴⁵. En un

⁸³⁵ NAMY L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

⁸³⁶ MARANNE G., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

⁸³⁷ VALLON L., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 31 mars 1955.

⁸³⁸ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 61-62.

⁸³⁹ Instaurer l'état d'urgence revient en réalité à instaurer « un état de siège à peine déguisé, un état de siège dirigé par des têtes sans képis et des bras sans étoiles » (EL HADI MOSTEFAÏ M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955).

⁸⁴⁰ L'état d'urgence est une « solution intermédiaire », qui se situe entre le droit commun et l'état de siège, ce dernier étant une « solution extrême » aux « conséquences lourdes », et inadapté – contrairement à l'état d'urgence – « lorsqu'on ne se trouve qu'en présence de nécessités passagères et de besoins limités » (SCHWARTZ R., rapporteur de la commission de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955) ; V. aussi HAMON L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

⁸⁴¹ Un député s'indigne des « professionnels du droit-de-l'hommisme twitté, aux pétitionnaires compulsifs, aux comités Théodule, aux bidules supranationaux et aux divers professeurs de vertu, qui gagneraient peut-être en crédibilité s'ils s'abstenaient de nous donner, matin, midi et soir, des leçons aussi arrogantes qu'hasardeuses » (LARRIVÉ GU., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016).

⁸⁴² En témoigne, par exemple, le débat plus qu'expéditif sur l'amendement n° 9 visant la formule floue permettant les assignations à résidence, balayé d'un revers de la main.

⁸⁴³ L'Assemblée nationale vote par exemple une durée journalière d'assignation à résidence plus étendue que dans le projet gouvernemental.

⁸⁴⁴ MÉZARD J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016 ; ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

⁸⁴⁵ V. BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 10.

sens, en réconciliant la démocratie avec l'autorité⁸⁴⁶, la V^e République conditionne l'alignement derrière la figure présidentielle et héroïque sa fonction en période de crise, dans une forme de momentanée réconciliation entre représentants et représentés. Cette émergence en France d'un véritable culte pour la figure du décideur en périodes de crise n'est pas sans rappeler, sous certains aspects, le modèle de la « démocratie effective » que Franco promet aux Espagnols en 1938⁸⁴⁷.

262. Le Parlement, au lieu de jouer le rôle de contre-pouvoir que la tradition française lui reconnaît, se complairait alors désormais dans le rôle plus modeste d'une instance consensuelle de validation de l'exécutif de crise ? Il convient de nuancer cette opposition entre le législateur d'antan et le législateur d'aujourd'hui, souvent exagérée par la doctrine. Premièrement, l'opposition des parlementaires de 1955 au régime improvisé de l'état d'urgence n'avait rien de systématique. Peu amendé⁸⁴⁸, le projet de loi sur l'état d'urgence est surtout questionné à l'aune de l'opportunité de son application en Algérie, et non en tant que régime pérenne⁸⁴⁹. Deuxièmement, les critiques les plus construites, celles qui ont eu la plus grande postérité, sont avant tout l'œuvre des commentateurs de l'époque. Il en est ainsi de l'article de Roland Drago et de sa critique de la rigueur excessive, de l'absence de garanties et finalement, de la portée historique du choix de l'état d'urgence⁸⁵⁰. Enfin, si l'attachement aux idéaux républicains vient parfois à leur manquer, ni la doctrine⁸⁵¹ ni, dans une moindre mesure, les parlementaires⁸⁵², ne s'interdisent de critiquer le régime, l'application ou les conséquences des états d'urgence contemporains.

263. Les débats sur l'état d'urgence sanitaire sont d'ailleurs plus contrastés que lors de l'état d'urgence sécuritaire. Dans l'urgence du contexte pandémique de mars 2020, les parlementaires, en comité restreint, ont priorisé l'impératif de trouver rapidement un accord donnant au Gouvernement les moyens d'agir, sur celui de défendre les droits et libertés. Le Sénat vote à la majorité quasi absolue de ses membres le projet gouvernemental⁸⁵³, par ailleurs

⁸⁴⁶ **BURDEAU G.**, « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », in **BURDEAU G.**, *Écrits de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 272).

⁸⁴⁷ **FRANCO F.**, cité par **CARCASSONNE G.**, **SUBRA DE BIEUSSES P.**, *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, *op. cit.*, p. 91 : « À la démocratie libérale nous opposons une démocratie effective, qui apporte au peuple ce qui l'intéresse vraiment : se voir et se sentir gouverné ».

⁸⁴⁸ **V. DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 671. Il faut toutefois garder à l'esprit que le fait majoritaire de l'époque n'avait rien de comparable à celui d'aujourd'hui.

⁸⁴⁹ **BEAUD O.**, **GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁵⁰ **V. DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 670 et s.

⁸⁵¹ Cf. *supra*, n° 21 et 23.

⁸⁵² **V. par ex. Rap. Sénat n° 84**, 16 novembre 2005.

⁸⁵³ Au Sénat, le texte est voté par 252 voix pour, 2 contre et 90 abstentions.

amendé de manière à limiter l'emprise parlementaire sur les premiers temps de son application⁸⁵⁴. L'Assemblée nationale a toutefois montré plus de réticences. L'opposition y témoigne notamment de vives inquiétudes quant à l'ampleur des pouvoirs accordés au Gouvernement⁸⁵⁵. Finalement, faute d'un accord entre les chambres, la Commission mixte paritaire parvient, dans un esprit de recherche de consensus, à une solution⁸⁵⁶. Les parlementaires se montreront néanmoins, à mesure que s'accroissent les prorogations de l'état d'urgence sanitaire, puis les votes relatifs aux régimes de sortie de crise élaborés en succession de celui-ci, de moins en moins complaisants avec l'exécutif. Ils iront même, non sans un certain zèle contestataire, jusqu'à frôler l'adoption d'une motion de rejet⁸⁵⁷ du texte permettant, simplement, la continuité minimale de l'action de crise de l'État du fait de la disparition du régime de l'état d'urgence sanitaire à compter du 1^{er} août 2022⁸⁵⁸. Si la multiplication contemporaine du recours aux régimes d'exception a pu générer une certaine lassitude chez les représentants de la Nation, nuisible à leur ferveur démocratique, les abus et détournements qui ont rythmé les applications sécuritaires des états d'urgence ont aussi, vraisemblablement, contribué à éroder la perception positive de l'exécutif de crise sous la V^e République.

b – Une démocratie espagnole tentée par les régimes d'exception

264. Par son souci d'encadrer les régimes d'exception et d'assurer, sous leurs empires, le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, la Constitution espagnole contemporaine fait figure d'exemple en Europe. Le processus constituant de 1978 est irrigué d'une méfiance vis-à-vis de ces dispositifs. Cœur de l'arsenal d'exception espagnol, l'article 116 répond à un ensemble de caractéristiques modernes, lui conférant, du moins en théorie, une compatibilité maximale avec les impératifs de l'État de droit.

265. La rédaction des régimes d'exception de l'article 116 est structurée autour de trois piliers. Premièrement, elle est animée du souci de prévoir le plus précisément possible les

⁸⁵⁴ La première mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire a eu en effet une durée dérogatoire de deux mois (cf. *supra*, n° 556).

⁸⁵⁵ V. par ex. VALLAUD B., MÉLENCHON M. et CORBIÈRE A., JO, déb. parl., 2^e et 3^e séances du 21 mars 2020.

⁸⁵⁶ BRAUN-PIVET Y. et BAS PH., cité par ROGER P., « Coronavirus : ce que contient la loi instaurant un « état d'urgence sanitaire » votée par le Parlement », 22 mars 2020, *Lemonde.fr*, en ligne.

⁸⁵⁷ Motion de rejet préalable : 174 pour, 192 contre (JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022).

⁸⁵⁸ L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19 ; Certains députés ne manquent pas de s'indigner de cette motion, qu'ils qualifient de « pure instrumentalisation politicienne » (GOUFFIER-CHA GU. et SCHELLENBERGER R., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022).

situations de fait permettant leur mise en œuvre et les pouvoirs qu'ils confèrent aux autorités habilitées. Au-delà du contenu même des dispositifs, ce sont aussi les choix macroscopiques du constituant qui concourent à la réalisation de cet objectif, à commencer par la pluralité des régimes d'exception, permettant d'assurer leur spécialité et, surtout, par le refus catégorique d'inscrire dans le texte constitutionnel une clause générale dont l'application outrepasserait, par définition, les limites du constitutionnellement prévisible⁸⁵⁹. Deuxièmement, elle assure le caractère impératif de la Constitution en temps de crise, par une énumération des droits pouvant être suspendus dans un article dédié – le reste de la Constitution étant tenu pour « résistant à la suspension »⁸⁶⁰ – et par une prévision constitutionnelle des régimes d'exception. Enfin, elle confère au Parlement, symbole de la démocratie espagnole retrouvée, une place privilégiée.

266. Cette aversion envers un droit d'exception abandonné à l'exécutif constitue un point de rupture symbolique avec la période franquiste, perdurant au-delà du seul temps de la transition démocratique. La loi organique de 1981, qui détaille le régime de l'article 116, le démontre tant par le retard pris par le Parlement dans son écriture, qui peut être interprété à lui seul comme une marque de réticence envers les pouvoirs d'exception⁸⁶¹, que par l'article qui la clôt, prévoyant l'abrogation de tout texte lui étant contraire pour s'assurer que ne perdure pas dans le droit positif d'autres moyens d'atteindre les droits et libertés constitutionnellement garantis que ceux qu'elle énumère⁸⁶². Cette méfiance, qui perdure encore aujourd'hui, s'exprime aussi par le choix de ne pas recourir à l'article 116 lors des attentats terroristes de 2004⁸⁶³ ou, pendant toute la durée d'application de l'état d'alerte pendant la crise du coronavirus, à travers la farouche résistance du Congrès des députés à l'égard de plusieurs demandes de prorogations, ainsi que par la volonté qu'il exprime, à travers chacune de ses « résolutions », de conserver le contrôle sur les pouvoirs octroyés au Gouvernement et leurs modalités de mise en œuvre⁸⁶⁴.

267. Pour autant, il serait excessif de dresser le constat d'une Espagne construite en parfaite opposition avec le droit positif, les logiques et les pratiques autoritaires des régimes

⁸⁵⁹ V. GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, op. cit., p. 1771 ; CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, op. cit., p. 48-50.

⁸⁶⁰ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, op. cit., p. 49.

⁸⁶¹ ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 584-585.

⁸⁶² Disposición derogatoria, LOAES : « *Quedan derogados los artículos 25 a 51 y disposiciones finales y transitorias de la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, así como cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en la presente Ley Orgánica* ».

⁸⁶³ Ce choix s'explique, au moins en partie, par le souvenir franquiste (V. TRUC G., *Sidérations. Une sociologie des attentats*, PUF, Le Lien Social, 2016, 344 p., p. 240-241 et 341).

⁸⁶⁴ Cf. *infra*, n° 677.3.

d'exception sous le franquisme. À sa chute en 1975, n'a pas succédé une Espagne en rupture⁸⁶⁵, mais une Espagne libérale du compromis, encore dotée de certains dispositifs franquistes : la guerre contre le terrorisme qu'il organise, chevillée aux institutions militaires et policières, perdue jusqu'au début des années 2000, le Tribunal d'ordre public franquiste est maintenu jusqu'en 1977 et surtout, la loi d'ordre public de 1959, n'est abrogé qu'en 1992⁸⁶⁶. Si cette dernière n'a pas, dans l'Espagne démocratique, développé les mêmes effets que sous Franco, son esprit, du moins, a perduré. C'est là, peut-être, « l'ultime pied de nez du franquisme à la société espagnole »⁸⁶⁷. De manière encore plus topique, la crise des contrôleurs aériens interdit toute lecture manichéenne du rapport à l'exception dans l'Espagne contemporaine. Malgré la puissance de ses attributions pour empêcher l'exécutif de corrompre le principe même de l'état d'alerte, le Congrès des députés n'a pas toujours joué le rôle premier que lui confère les textes pour contraindre l'exécutif à en respecter la lettre⁸⁶⁸. Il s'est souvent effacé sous la « logique majoritaire » prégnante depuis la fin de la transition espagnole, qui fait résider le véritable centre de l'autorité décisionnelle dans le Conseil des ministres⁸⁶⁹.

268. Ainsi, il existe incontestablement un décalage entre le soin pris dans la consécration de régimes d'exception nuancés et protecteurs en 1978 et la pratique, parfois autoritaire et détournée qui en est faite. L'affaire des contrôleurs aériens démontre, à elle seule, que la lettre soignée des dispositifs espagnols n'est pas un rempart infailible à tous les excès. Plus qu'indiquer une continuité fâcheuse avec le régime franquiste, qui, depuis 1945, s'est employé à donner une bonne image à l'étranger, en accordant des libertés civiles aux Espagnols, qu'il suspendait ensuite par des états d'exception⁸⁷⁰, ce constat illustre l'ampleur du défi que représente la pratique des régimes d'exception dans un État de droit.

B – L'INTERCONNEXION ENTRE CONTEXTE ET CONCRÉTISATION

269. Les régimes d'exception français naissent dans les situations de crise et non, conformément à leur logique la plus fondamentale, en amont de celles-ci. Conjoncturels et

⁸⁶⁵ GUITTET E.-P., « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.

⁸⁶⁶ Ley Organica 1/1992, de 21 de febrero, sobre proteccion de la seguridad ciudadana, remplacée depuis par Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de proteccion de la seguridad ciudadana (LOPSC).

⁸⁶⁷ GUITTET E.-P., « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.

⁸⁶⁸ V. LECATELIER A., « Los parlamentos español y francés... », art. cit. ; cf. *infra*, n° 677.3.

⁸⁶⁹ GUNTHER R., RAMON MONTERO J., « Le cadre institutionnel national », in PERES H., ROUX CH. (dir.), *La Démocratie espagnole...*, *op. cit.*, p. 53-58.

⁸⁷⁰ GUITTET E.-P., « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.

rédigés dans la précipitation, ils ne sauraient dans ces conditions assurer, du fait des nombreuses failles qu'ils laissent sous la garde de leurs interprètes authentiques, un niveau de garantie conforme aux exigences de l'Etat de droit. L'arsenal d'exception espagnol appelle à un constat rigoureusement opposé (§1). De même, en France, l'évolution et la modernisation de ces régimes, précipitées et commandées par l'actualité des menaces, ne s'accompagnent pas du temps de réflexion nécessaire pour ne pas introduire – même de bonne foi – des chevaux de Troie dans le droit. L'incroyable influence du fait et de l'opportunité politique l'évolution des régimes français dénote, là aussi, avec la stabilité de l'édifice d'exception espagnol (§2).

§1 – Le régime d'exception comme œuvre située

270. En contradiction avec leur vocation profonde à la prophylaxie, les régimes d'exception français sont le plus souvent élaborés sur le vif, lorsque l'État se retrouve démuni face à un danger spécifique. Ils doivent être vus comme des actes de circonstances pérennisés, plus que comme des œuvres faites pour durer (a). Au contraire, s'il existe bien en Espagne des exemples de régimes d'exception construits sous la pression des conjonctures, notamment durant la période franquiste, l'arsenal contemporain a été pensé d'un seul tenant lors de la transition démocratique (b).

a – Un arsenal d'exception français construit au hasard des crises

271. Depuis la Révolution, marquée par l'expérience traumatisante de la Terreur, le législateur français ambitionne d'enfermer les mécanismes d'exception derrière des barrières légales ou constitutionnelles⁸⁷¹. Dans la continuité de cet esprit révolutionnaire, le XIX^e siècle multiplie les tentatives prévoir *a priori* les régimes d'exception, afin de protéger l'État de l'arbitraire de l'exécutif et des validations des juges⁸⁷². Toutefois, loin d'être pensés de manière abstraite et avec le temps de réflexion nécessaire à l'édiction de garanties solides, les régimes d'exception français ont le plus souvent été édictés sous le joug de la crise⁸⁷³, faisant fi du bon sens voulant que pour remplir leur office, ils fassent l'objet d'une prévision longuement réfléchie et sous-pesée.

⁸⁷¹ V. SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 676 ; MARTÍNEZ CUEVAS M. D., *La suspensión individual...*, op. cit., p. 9.

⁸⁷² SAINT-BONNET F., « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit., p. 32.

⁸⁷³ DRAGO R., « L'état d'urgence [lois des 3 avril et 7 août 1955] et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 671 ; SAINT-BONNET F., *L'État d'exception*, op. cit., p. 360.

272. L'état de siège, premier régime d'exception républicain, trouve ses origines dans une réaction autoritaire de l'Assemblée nationale à majorité monarchiste qui, dans le contexte de troubles touchant Paris et d'autres localités depuis 1848, craint que l'extrême gauche accède au pouvoir. Elle vote alors deux lois de circonstances, dont la célèbre loi du 9 août 1849 sur l'état de siège⁸⁷⁴. Les régimes d'exception qui lui succèdent confortent cette tendance, jusqu'à en faire une véritable constante du rapport français aux régimes d'exception.

272.1. L'état d'urgence sécuritaire est indétachable de son contexte de naissance⁸⁷⁵. L'Algérie, conquise par la France en 1830, devient un département français. En 1954, un groupe nationaliste décide de se battre pour obtenir son indépendance. La date fréquemment retenue comme point de départ des « événements d'Algérie » – selon le terrible euphémisme alors employé – est celle du 1^{er} novembre 1954, la « Toussaint sanglante », durant laquelle des Français de la métropole et des Français d'Algérie attachés à la France sont massacrés. L'exécutif, qui condamne fermement cette tragédie, met en place une politique répressive⁸⁷⁶. Elle n'a cependant pas l'efficacité escomptée, jusqu'à causer la chute du Gouvernement de Mendès France le 5 février 1955. Le nouveau président du Conseil, Edgar Faure, soumet au vote une loi ayant pour objet de rétablir l'ordre en Algérie au prix d'une suspension importante de l'exercice des libertés publiques : la loi du 3 avril 1955⁸⁷⁷. Il s'agit, incontestablement, d'une œuvre de circonstance. D'une part, malgré des lacunes rédactionnelles certaines⁸⁷⁸ et un vif dissensus d'ordre politique⁸⁷⁹ matérialisé par les interventions enflammées des parlementaires d'opposition⁸⁸⁰, le projet de loi est adopté avec une grande précipitation⁸⁸¹, à la majorité confortable de 319 voix à l'Assemblée nationale. D'autre part et surtout, certaines déclarations

⁸⁷⁴ **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 82-83 ; **GAL (LE) S.**, « Réformer les législations d'exception. Étude d'un projet de l'État-Major des armées (1968-1971) », *Champ pénal/Penal field*, 17/2019, 2019, en ligne.

⁸⁷⁵ Sur le caractère conjoncturel et performatif de la dénomination choisie, cf. *infra*, n° 173 et s.

⁸⁷⁶ V. spéc. **MITTERRAND F.**, **MENDÈS FRANCE P.**, **JO**, déb. parl., Ass. nat., séance du 12 novembre 1954.

⁸⁷⁷ Arguant de l'insuffisance du droit ordinaire pour répondre à la violence de ces actions criminelles, le Gouvernement tient pour nécessaire la création d'un régime d'exception qui, « tout en laissant aux autorités civiles l'exercice des pouvoirs traditionnels, renforce et concentre ceux-ci de façon à les rendre plus adaptés à des événements ayant un caractère de calamité publique, susceptible de mettre en danger l'ordre public ou de porter atteinte à la souveraineté nationale » (**FAURE E.**, 1955, cité par commentaire, Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*).

⁸⁷⁸ Cf. *infra*, n° 644 et s.

⁸⁷⁹ **BEAUD O.**, **GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 55.

⁸⁸⁰ Cf. *supra*, n° 259.

⁸⁸¹ L'Assemblée nationale adopte le projet de loi en seulement trois séances, les 30 et 31 mars 1955, tandis que le Conseil de la République n'y consacre qu'une seule séance le 1^{er} avril 1955.

ne laissent aucun doute possible sur l'objectif conjoncturel et pragmatique que son régime, derrière des termes généraux, poursuit véritablement⁸⁸².

273. La genèse des régimes d'exception de niveau constitutionnel n'échappe à cette tendance. Trois ans après le vote de l'état d'urgence, l'inscription du mécanisme des « pouvoirs exceptionnels du Président de la République » à l'article 16 de la Constitution de 1958 est, à nouveau, motivée par un contexte de crise. En effet, s'il est certain qu'au fond, le général de Gaulle associe la défaite tragique de juin 1940 à l'impuissance institutionnelle du Président de la République et souhaite y apporter une réponse pérenne, il choisit le 8 août 1958, devant le Comité consultatif constitutionnel, de justifier l'article 16 par la menace que font planer les émeutes d'Alger du 13 mai 1958⁸⁸³. Le régime d'exception le plus dérogoire du droit français est ainsi, lui aussi, introduit dans le droit en vue d'une application prochaine et nécessaire.

274. C'est enfin l'état d'urgence sanitaire qui, dans les pas de son homologue sécuritaire, dont il s'inspire par ailleurs largement, naît pour des raisons conjoncturelles. Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé élève la Covid-19 au rang de pandémie mondiale. Dans un premier temps, le virus est combattu, en France, par la police sanitaire de droit commun et en particulier, par les pouvoirs conférés par l'article L. 3131-1 du code de la santé publique⁸⁸⁴, lui-même adopté par suite des carences de l'État face au syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) et à la grippe aviaire de 2003⁸⁸⁵. Il ne faut cependant que quelques jours pour qu'un nouveau régime d'exception, l'état d'urgence sanitaire, voie le jour⁸⁸⁶. Si le choix de recourir à un régime d'exception n'a, en soi, rien de surprenant⁸⁸⁷, celui de construire un nouvel état d'urgence plutôt que d'appliquer l'hypothèse de la « calamité publique » de la loi du 3 avril 1955 modifiée est révélateur de cette constante française à la création conjoncturelle de nouveaux régimes

⁸⁸² À la question posée par Léo Hamon sur la rédaction de l'article 7, le ministre répond qu'il « faut bien indiquer qu'il existe plusieurs manières d'entraver l'action de l'autorité dans cette région » (MENDÈS FRANCE P., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955).

⁸⁸³ V. conclusions Henry sous CE, 2 mars 1962, Rubin de Servens, *RDP*, 1962, p. 302.

⁸⁸⁴ Arrêté, 14 mars 2020, portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 ; Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19.

⁸⁸⁵ V. CE, Étude annuelle, « Les états d'urgence... », préc., p. 54.

⁸⁸⁶ L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁸⁸⁷ Il faut, à ce titre, considérer l'ampleur de cette épidémie, la difficulté de mettre en œuvre certaines mesures (comme les couvre-feux) sur la base du droit commun, le recours massif aux régimes d'exception dans d'autres États européens et à travers le monde face à ce risque global, ainsi que la présence de nombreux marqueurs sémantiques annonçant, dans les jours qui précèdent, le recours prochain à un régime d'exception (V. LECATELIER A., « L'état d'urgence sanitaire : une innovation qui pose question », *The Conversation*, 19 mars 2020, en ligne).

d'exception. Temporaire⁸⁸⁸ et ciblé sur la seule épidémie de la Covid-19⁸⁸⁹, il permet à l'exécutif de dissocier cette lutte sanitaire de celle contre le terrorisme, tant sur le plan symbolique⁸⁹⁰ que sur celui des pouvoirs conférés⁸⁹¹.

275. Discutés et adoptés dans la précipitation et, par ce fait, volontiers excessifs, les régimes d'exception français tiennent, à certains égards, plus du modèle législatif que de la tradition néo-romaine⁸⁹². Certains auteurs interrogent alors, à juste titre, la pertinence de ces constructions de circonstance, pourtant amenées à durer, par rapport à un modèle plus assumé d'habilitation circonstanciée de l'exécutif par le Parlement⁸⁹³. S'ils sont vigoureux comme les circonstances qui les inspirent, ils ont, contrairement à ces dernières, le défaut difficilement justifiable de déployer leurs effets sur le temps long.

b – Un édifice d'exception espagnol construit avec systématique

276. Si l'inscription des régimes d'exception dans le droit positif espagnol ne saurait être détachée du contexte historique et politique dans lequel elle s'opère, elle ne revêt pas, pour autant, les dimensions conjoncturelles et opportunes des dispositifs français. Dès le XIX^e siècle, les dispositifs consacrés se structurent autour d'un modèle complexe et relativement stable, impliquant une disposition constitutionnelle spécifique organisant la suspension de garanties et une loi d'ordre public prévoyant, le plus souvent, des régimes d'exception complémentaires⁸⁹⁴. Si, dans les faits, les arsenaux espagnols successifs se voient souvent outrepassés par les nécessités du moment, ils témoignent d'une volonté constante de systématiser le droit d'exception.

277. La période franquiste n'est, à cet égard, pas très différente. Elle ne se caractérise pas par une multiplication de ces dispositions dans le droit, mais par une utilisation cohérente et

⁸⁸⁸ Cf. *infra*, n° 406 et s.

⁸⁸⁹ Il n'y a pas d'ambiguïté sur le fait que ce nouvel état d'urgence a été créé pour combattre l'épidémie de la Covid-19, sans avoir véritablement vocation à pouvoir servir, ultérieurement, face à d'autres épidémies (V. par ex. exposé des motifs, projet de loi n° 3077, organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire).

⁸⁹⁰ Cf. *infra*, n° 173 et s.

⁸⁹¹ Ce nouveau régime a le mérite de prévoir des mesures plus spécifiques à un contexte de menace sanitaire, excluant par là même certains pouvoirs qu'aurait permis de mettre en œuvre l'état d'urgence de 1955, tout à fait inadaptés et disproportionnés dans un tel contexte (LECATÉLIER A., « L'état d'urgence sanitaire... », art. cit. ; cf. *infra*, n° 607 et s.).

⁸⁹² Cf. *supra*, n° 106.

⁸⁹³ GAL (LE) S., « Réformer les législations d'exception... », art. cit. ; FEREJOHN J. AND PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit. ; cf. *supra*, n° 106.

⁸⁹⁴ Cf. *supra*, n° 250 et s.

constante de l'état d'exception de la loi d'ordre public de 1959, contre tous ceux que le régime tient pour ses adversaires. Si, avec le recul historique, il s'avère qu'elle a aussi été délétère pour le régime franquiste⁸⁹⁵, la pratique de l'état d'exception n'en a pas moins été le théâtre de nombreux drames humains⁸⁹⁶. Ce dispositif illibéral, utilisé de manière systématique et brutale par le régime franquiste, a laissé des traces durables. En particulier, le dernier soubresaut de la dictature en 1975, durant lequel moyens d'exception, mesures antiterroristes, répressions violentes et condamnations à mort s'entremêlent⁸⁹⁷, est dans tous les esprits au moment de l'élaboration de la Constitution de 1978.

278. La transition démocratique espagnole qui s'ensuit est, à plusieurs titres, remarquable⁸⁹⁸. Sur le plan politique, par sa logique consensuelle consistant à enregistrer l'équilibre actuel des pouvoirs plutôt que d'imposer une opinion et par un digne pacifisme, elle permet à l'Espagne de jouer le jeu de la modernité et d'accéder à la démocratie sans les convulsions violentes qui accompagnent, habituellement, des changements si drastiques⁸⁹⁹. Sur le plan institutionnel, elle donne la place centrale aux membres d'une assemblée élue démocratiquement, après le vote, par les *Cortes* non élus du franquisme, de leur propre dissolution⁹⁰⁰. Sur le plan juridique, enfin, elle présente la caractéristique étrange de s'opérer au moyen de l'arsenal franquiste, par un usage judicieux de la souplesse des institutions en vigueur pour cheminer vers un nouveau modèle⁹⁰¹.

⁸⁹⁵ L'ouverture des archives interdites du franquisme, opérée par la loi sur la mémoire historique de 2007, a permis de mettre en lumière les effets parfois délétères des applications de l'état d'exception pour le régime franquiste lui-même. L'auteur mentionne la détérioration de l'image de l'Espagne en Europe, l'impact de cette pratique sur la structuration progressive d'une opposition antifranquiste efficace ou sur la radicalisation de l'ETA. Ces recours répétés aux états d'exception auraient en fait précipité la fin du régime (V. **GUITTET E.-P.**, « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.).

⁸⁹⁶ Les mises en œuvre de l'état d'exception franquiste ont constitué, bien souvent, de véritables drames humains. La surveillance policière et la répression militaire furent brutales : torture, traitements dégradants et cours martiales (**GUITTET E.-P.**, « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.).

⁸⁹⁷ Proclamation de l'état d'exception au Pays basque le 15 avril 1975, deux mois seulement après que le Gouvernement a affirmé qu'il n'y ferait pas appel, prises de mesures antiterroristes le 27 août 1975 et prononcé de nombreuses condamnations à mort (*sumarismo*) entre le 28 août et le 19 septembre 1975 : « l'esprit du 12 février, les promesses de libéralisations, se sont dilués dans le sang des manifestants tués, des militants abattus par la police ou par des activistes d'extrême-droite » (**CARCASSONNE G.**, **SUBRA DE BIEUSSES P.**, *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, op. cit., p. 22).

⁸⁹⁸ **FIELD B. N.**, **HAMANN K.**, « La transition démocratique espagnole... », art. cit., p. 37.

⁸⁹⁹ **CARCASSONNE G.**, **SUBRA DE BIEUSSES P.**, *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, op. cit., spéc. p. 8-11, 143 et 237.

⁹⁰⁰ Le projet constitutionnel est rédigé par les membres d'une assemblée élue démocratiquement, à la suite du vote, par les *Cortes* non élus issus du régime franquiste, de la dissolution de leur propre assemblée. S'ensuivent les premières élections législatives du 1^{er} mars 1979, qui seront tout un symbole pour l'Espagne, rejoignant alors le camp des démocraties occidentales (**PERES H.**, **ROUX CH.**, « Repères pour une brève histoire politique de l'Espagne », in **PERES H.**, **ROUX CH.** (dir.), *La Démocratie espagnole...*, op. cit., p. 19).

⁹⁰¹ V. **CARCASSONNE G.**, **SUBRA DE BIEUSSES P.**, *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, op. cit., p. 11, 25 et 49.

279. Les régimes d'exception de la Constitution de 1978 marquent, à l'image de la transition elle-même, une rupture avec l'ancien modèle, mais au moyen d'une continuité déconcertante. Rupture, d'une part, avec la philosophie illibérale et autoritaire de l'état d'exception franquiste. Le texte de 1978 met à l'honneur les droits et libertés fondamentaux, en s'ouvrant sur un chapitre volumineux qui leur est consacré. Il répond, par sa lettre, à toutes les exigences modernes de l'État de droit et de la démocratie. L'ensemble insécable constitué par les articles 116 et 55.1 de la Constitution organise, structure et conditionne les atteintes aux droits, sans jamais céder à la tentation de l'indétermination ou de la clause générale. Continuité d'autre part avec le franquisme, par un compromis circonstanciel avec les forces politiques en présence, avec la réalité du risque indépendantiste basque, interdisant de laisser l'État dépourvu de régimes de crise pour assurer sa sauvegarde face au terrorisme et, finalement, avec la tendance espagnole à prévoir des régimes d'exception protecteurs, mais risquant, par leur systématisme et les nombreuses garanties qu'ils imposent, de céder devant la pression des faits.

280. La Constitution de 1978 parvient à concevoir un arsenal d'exception cohérent, détaillé et articulé, dont aucune des prévisions n'a vocation à faire l'objet d'une application immédiate. Pensés pour l'avenir, les régimes d'exception qu'elle prévoit n'ont trouvé à s'appliquer que trois décennies plus tard. À cette spécificité forte et particulièrement constante du modèle espagnol, il faut cependant excepter le choix, en 2015, de proposer et d'adopter la loi de sécurité nationale⁹⁰². Prise dans un contexte de la contestation indépendantiste, dans l'objectif d'être en mesure de limiter, au besoin, l'indépendance des organes décisionnels catalans, elle répond à une logique d'immédiateté finalement très française.

§2 – Le régime d'exception comme œuvre évolutive

281. En France, le contexte factuel indique le moment et le sens des modifications textuelles des régimes d'exception. L'arsenal d'exception français, modifié à la seule occasion des crises, évolue presque systématiquement lorsqu'il est mis en œuvre, ce qui participe à brouiller la lecture d'un arsenal déjà très itératif (a). Au contraire, le droit d'exception espagnol se caractérise par sa grande stabilité. Les régimes d'exception de la Constitution de 1978 n'ont en effet, malgré plusieurs applications, jamais été modifiés. Il faut cependant faire cas à part de la loi de sécurité nationale de 2015 (b).

⁹⁰² Ley 36/2015, de 28 de septiembre de 2015, de Seguridad Nacional.

a – Une tendance française aux modifications d’opportunité des régimes d’exception

282. Le principe tant décrié de la « loi fait-divers » s’applique aussi, en France, aux textes les plus profondément dérogatoires à l’État de droit. Loin d’être gravés dans le marbre, les régimes d’exception français se caractérisent par une évolutivité importante, bien souvent, dans le sens d’une aggravation de leur intensité, et ce, dès le XIX^e siècle et les premières applications de l’état de siège⁹⁰³. S’il est possible d’y voir une conscience aigüe de la nécessité d’affiner les modèles de réaction de l’État aux crises pour limiter le risque que les faits débordent les prévisions du droit⁹⁰⁴, l’instabilité chronique qui résulte de cette pratique est aussi susceptible de fragiliser encore un peu plus un édifice d’exception français déjà construit au hasard des contingences.

283. Le cas de l’état d’urgence sécuritaire est, à ce titre, topique. Son niveau législatif, l’indétermination de sa lettre et la variété des situations de péril traversée par l’État français depuis 1955 ont conduit, sous la pression des circonstances, à des refontes substantielles de sa lettre, dans un esprit parfois contradictoire avec sa vocation originelle.

283.1. La première révision substantielle du régime de l’état d’urgence a lieu cinq ans seulement après sa création, en pleine guerre d’Algérie. Par l’ordonnance du 15 avril 1960⁹⁰⁵, prise sur le fondement de la loi d’habilitation aux ordonnances de l’article 38 de la Constitution en date du 4 février 1960⁹⁰⁶, l’exécutif modifie en profondeur les modalités de déclaration de l’état d’urgence, en confiant au Conseil des ministres cette prérogative essentielle, jusqu’alors détenue par le Parlement. À partir de cette date, le rôle de ce dernier se limite à se prononcer, dans un délai de 12 jours, sur la prorogation de ce régime d’exception. Cette modification substantielle de l’équilibre procédural de l’état d’urgence, qui s’explique directement par le contexte dans lequel elle est effectuée, confère une habilitation quasi personnelle au Gouvernement Debré pour décider sur l’état d’urgence⁹⁰⁷.

283.2. Soixante ans plus tard, dans le climat de « guerre contre le terrorisme », de rhétorique binaire et d’exhortation à l’unité nationale qui suit les attentats de Charlie Hebdo et,

⁹⁰³ **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 139-140.

⁹⁰⁴ Cf. *supra*, n° 95 et s.

⁹⁰⁵ Ord. n° 60-372, 15 avril 1960, modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d’urgence.

⁹⁰⁶ L. n° 60-101, 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’État, à la pacification et à l’administration de l’Algérie.

⁹⁰⁷ Cf. *infra*, n° 522.

à plus forte raison encore, ceux du 13 novembre 2015⁹⁰⁸, le régime de l'état d'urgence fait l'objet de copieuses modifications, affectant ses règles de procédure et, surtout, l'intensité des pouvoirs qu'il confère aux autorités d'application.

283.3. Adoptée en seulement 48 heures, la loi du 20 novembre 2015⁹⁰⁹ proroge l'état d'urgence pour trois mois et aggrave profondément son régime. Par son article 4, elle crée un nouveau mécanisme de contrôle parlementaire (alinéa 1), procède à diverses abrogations expresses (alinéas 4 et 8), modifie le régime d'assignation à résidence (alinéa 2), crée une nouvelle mesure dérogatoire au droit commun en matière de dissolution des associations ou groupements (alinéa 3), réaménage le régime des perquisitions administratives (alinéa 11) et relève de quantum maximal des peines susceptibles d'être encourues en cas de violation des mesures prises sous son empire (alinéa 9). Loin du simple « dépeussierage » qu'appelle le régime vieillissant de l'état d'urgence⁹¹⁰, elle marque, contrairement aux affirmations répétées du Gouvernement⁹¹¹, un recul de l'État de droit. Les garanties prévues en contrepartie de cette surenchère sécuritaire, qu'il s'agisse de la prévision redondante du contrôle du juge administratif ou de l'obligation d'information du Parlement faite au gouvernement⁹¹², sont insuffisantes. Enfin, sur la forme, cette loi n'apporte aucune amélioration aux lacunes du texte du 3 avril 1955, dont elle reprend la structure. Elle fait même pire, en mélangeant les dispositions générales et spéciales sans les séparer par des titres⁹¹³.

283.4. Le caractère conjoncturel des lois modificatives de l'état d'urgence est encore plus explicite à la mi-2016. En lieu et place de la sortie annoncée de l'état d'urgence, la loi de prorogation du 21 juillet 2016, prise en urgence et en réaction aux attentats de Nice, proroge l'application de l'état d'urgence pour une durée exceptionnelle de six mois, en durcit le régime par de nouvelles mesures répressives et fait entrer dans le droit permanent certaines de ses

⁹⁰⁸ Cf. spéc. *infra*, n° 359 et s.

⁹⁰⁹ L. n° 2015-1501, 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.

⁹¹⁰ Un peu « rustique », elle avait besoin d'être modernisée et adaptée aux menaces contemporaines (**DOMINO X.**, « Assignations à résidence... », art. cit., p. 107).

⁹¹¹ Le Gouvernement n'a de cesse, en 2015, de le proclamer : c'est pour mieux protéger l'État de droit qu'il renforce l'état d'urgence (cf. *infra*, n° 385 et s.).

⁹¹² Cette loi met en place, de manière certes appréciable, mais bien insuffisante, des moyens de contrôle du Parlement envers l'action de l'exécutif, s'apparentant surtout à un « droit de regard ». Ce choix d'une simple obligation d'information du gouvernement au Parlement, alors même que fut envisagé un contrôle parlementaire approfondi, parle de lui-même quant à l'absence de volonté politique de protéger l'État de droit sous l'empire de l'état d'urgence (**DOMINO X.**, « Assignations à résidence... », art. cit., p. 106-107 ; **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 126-128 ; cf. *infra*, n° 678 et s.).

⁹¹³ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *id.*, p. 117.

mesures⁹¹⁴. C'est ainsi que l'état d'urgence, dispositif conçu originellement en vue des troubles en Algérie pour faire face à des menaces localisées et circonscrites dans le temps, s'est vu, par modifications successives, reconfiguré pour pallier les lacunes du dispositif antiterroriste français en faisant l'objet d'applications prolongées, face à des risques globaux, incertains et impossibles à circonscrire⁹¹⁵.

283.5. Le caractère opportuniste des modifications, lui, atteint son apogée avec le projet de loi constitutionnelle de *Protection de la Nation*, déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015⁹¹⁶. Dix jours après les attentats du 13 novembre, le Gouvernement soumet au vote la constitutionnalisation du régime de l'état d'urgence⁹¹⁷. Si, en elle-même, cette idée n'est pas nouvelle⁹¹⁸ et peut, malgré les contre-arguments de la doctrine⁹¹⁹, être sérieusement défendue, tant au regard d'autres modèles européens – à commencer par l'Espagne – que par cohérence vis-à-vis de l'état de siège et de l'article 16, le projet gouvernemental revêt, en l'espèce, une indéniable dimension communicationnelle⁹²⁰. Insistant sur les registres de l'intransigeance face au terrorisme et de l'union sacrée de crise plus que sur une quelconque nécessité juridique, cette tentative avortée de constitutionnaliser l'état d'urgence est le parangon de cette tendance française aux modifications d'opportunité des régimes d'exception.

284. L'état d'urgence sanitaire ne fait que confirmer cette tendance française maintenant bien ancrée. Son régime est modifié à plusieurs reprises. À peine plus de deux semaines après

⁹¹⁴ Aux mesures de l'état d'urgence, cette loi mélange des dispositions antiterroristes qui, véritables cavaliers législatifs, font entrer dans le droit permanent certaines des prévisions temporaires d'exception de l'état d'urgence (V. *id.*, p. 147-151).

⁹¹⁵ MOUTCHOU N., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 : « [L'état d'urgence] n'était pas conçue, à l'origine, dans un objectif de lutte contre le terrorisme – nous sommes certainement bien loin de ce qu'imaginaient Edgar Faure et son gouvernement ».

⁹¹⁶ Projet de loi constitutionnelle, n° 3381, 23 décembre 2015, de protection de la Nation.

⁹¹⁷ Ce projet de révision prévoit, en son article 1^{er}, la constitutionnalisation de l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955, et en son article 2, la possibilité de déchoir de la nationalité française un binationnel condamné pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation. Si seul le premier article concerne directement l'état d'urgence, le second ne lui est pas tout à fait étranger. Il participe d'une même volonté de renforcer l'unité nationale et, surtout, permet de diluer le débat sur la constitutionnalisation de l'état d'urgence (V. not. **ROBERT PH., ZAUBERMAN R.**, *Du sentiment d'insécurité à l'état sécuritaire*, le Bord de l'eau, Clair & Net, 2017, 128 p., p. 113 et 114).

⁹¹⁸ La constitutionnalisation de l'état d'urgence n'est pas une revendication nouvelle : les comités Vedel de 1993, et Balladur de 2007 la préconisaient déjà.

⁹¹⁹ Il lui est notamment reproché d'être dénuée d'effet utile (V. sur cette notion **BIOY X.**, « Risque et biodroit constitutionnel », in **MABAKA P. M.** (dir.), *Constitution et risque(s)*, *op. cit.*, p. 25), d'être incohérente ou d'instrumentaliser le texte constitutionnel (**BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 162-171).

⁹²⁰ V. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *id.*, p. 151.

sa création par la loi du 23 mars 2020, la loi de prorogation du 11 mai 2020⁹²¹ en révisé substantiellement le contenu⁹²². Si son équilibre global ne s'en trouve pas bouleversé, cette loi, adoptée en procédure accélérée, souffrait d'une véritable fragilité, confirmée deux jours plus tard par le Conseil constitutionnel⁹²³. Son régime est à nouveau modifié, de manière plus anecdotique cette fois, le 31 mai 2020⁹²⁴. De manière plus préoccupante, ce même texte crée un régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sécuritaire en reprenant les principales mesures. Ce régime est prorogé à plusieurs reprises⁹²⁵. Tout comme le terrorisme, la crise sanitaire laisse des traces – permanentes ou non – dans le droit ordinaire en raison de préoccupations d'ordre communicationnel⁹²⁶. L'état d'urgence sanitaire, dont la date d'expiration juridique même est reportée de six mois⁹²⁷, voit finalement ses dispositions définitivement supprimées du code de la santé publique, en même temps que celles relatives aux régimes transitoires de la crise sanitaire, par la version finale de la loi du 30 juillet 2022⁹²⁸.

b – Une volonté espagnole d'assurer la stabilité des régimes d'exception

285. Sous le régime franquiste, l'état d'exception prévu par la loi d'ordre public de 1959 a été décrété ou prolongé onze fois entre février 1956 et décembre 1975. Ces applications, réparties de manière plutôt uniforme sur le plan temporel⁹²⁹, répondent à trois grandes familles de « périls ».

⁹²¹ L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁹²² Entre autres, elle modifie les conditions d'engagement de la responsabilité des maires et des employeurs en cas de contamination sous leur responsabilité ; elle permet la création par décret en Conseil d'État d'un système d'information ayant pour objet d'identifier les personnes infectées et de collecter des informations sur les personnes ayant été en contact avec elles, et ce, en lien avec L'assurance-maladie ; elle prévoit la possibilité de mettre en quarantaine ou en isolement les personnes qui ont circulé, dans le mois précédent dans une zone de circulation de l'infection et qui sont ensuite arrivées sur le territoire français, métropolitain ou non ; elle modifie les pouvoirs auxquels le Premier ministre est habilité ; enfin, elle prévoit qu'il ne pourra plus être procédé à une prolongation de la détention provisoire sans un jugement.

⁹²³ Saisi conjointement par le Président de la République et du Président du Sénat, il déclare deux de ses dispositions inconstitutionnelles : la mise en quarantaine ou en isolement sans intervention d'un juge, ainsi que la possibilité pour les organismes chargés de l'accompagnement social d'accéder aux données de suivi des personnes atteintes de la Covid-19 (Cons. const., déc. n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*).

⁹²⁴ Art. 5, L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

⁹²⁵ V. par ex. art. 1, L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire.

⁹²⁶ Cf. *infra*, n° 405 et s.

⁹²⁷ Art. 1, L. n° 2021-1465, 10 novembre 2021, portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

⁹²⁸ L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

⁹²⁹ Pour une chronologie complète, V. **GUITTET E.-P.**, « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.

285.1. La première est celle des contestations estudiantines. En février 1956, en réaction aux manifestations des étudiants de Madrid, le régime franquiste décrète le premier état d'exception du régime, pour trois mois et sur l'ensemble du territoire national⁹³⁰. Les universités sont fermées et les étudiants incriminés passent devant des cours militaires. En janvier 1969, alors que l'Espagne est déjà localement sous état d'exception, il étend, en réaction à un important mouvement de protestation, son application à tout le territoire national⁹³¹.

285.2. La seconde est celle des mouvements sociaux de travailleurs. En mars 1958, face aux grèves dans la région des Asturies et aux comportements « séditionnels » des mineurs, Franco y décrète, pour quatre mois, l'état d'exception⁹³². En mai 1962, les ouvriers des Asturies cessent de nouveau le travail. Ils sont rejoints par les métallurgistes des provinces basques. Devant l'ampleur de la contestation, le régime croit à une action menée de l'étranger. L'état d'exception, d'abord déclaré au niveau local⁹³³, est étendu pour une durée record de deux ans sur tout le territoire national en juin 1962⁹³⁴. En avril 1967 enfin, en réaction à un mouvement ouvrier important, l'état d'exception est déclaré dans la province de la Biscaye pour trois mois⁹³⁵.

285.3. La troisième est celle des actions terroristes indépendantistes. En août 1968, l'assassinat par l'organisation indépendantiste ETA d'un haut placé de la police secrète franquiste motive une application de l'état d'exception d'une durée initiale de trois mois, prorogée en octobre de la même année, dans la province du Guipúzcoa⁹³⁶. En décembre 1970, l'état d'exception est à nouveau déclaré pour trois mois dans la province du Guipúzcoa⁹³⁷. Il est ensuite étendu à toute l'Espagne pour une période de six mois. Enfin, en avril 1975, devant la

⁹³⁰ Decreto-Ley de 10 de febrero de 1956 por el que, en uso de las atribuciones que confiere al Gobierno el artículo 35 del Fuero de los Españoles, se suspende por tiempo de tres meses la vigencia de los artículos 14 y 18 del mismo.

⁹³¹ Decreto-Ley 1/1969 de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional.

⁹³² Decreto-Ley de 14 de marzo de 1958 por el que, en uso de las atribuciones que confiere al Gobierno el artículo 35 del Fuero de los Españoles, se suspende por, tiempo de cuatro meses la vigencia de los artículos 14, 15 y 18 del mismo.

⁹³³ Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales.

⁹³⁴ Decreto-Ley 17/1962, de 8 de junio, por el que se suspende, en todo el territorio nacional y por el plazo de dos años, el artículo 14 del Fuero de los Españoles.

⁹³⁵ Decreto-Ley 4/1967, de 21 de abril, por el que se dispone que durante un plazo de tres meses queden en suspenso de la provincia de Vizcaya los artículos 14, 15 y 18 de Fuero de los Españoles.

⁹³⁶ Decreto-ley 8/1968, de 3 de agosto, por el que se declara el estado de excepción en la provincia de Guipúzcoa.

⁹³⁷ Decreto-ley 14/1970, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de excepción en la provincia de Guipúzcoa.

multiplication des actions de l'ETA, le régime franquiste déclare pour trois mois l'état d'exception dans les provinces basques de la Biscaye et du Guipúzcoa⁹³⁸.

286. Malgré la densité de ses applications, les variations importantes dans leur durée et dans leur intensité – notamment en fonction des aires géographiques (régions industrielles, rurales ou urbaines)⁹³⁹ – et, surtout, la variété des situations de fait visées, le régime de l'état d'exception de 1959 n'a jamais fait l'objet de modifications⁹⁴⁰. Entre sa création et son abrogation, il est appliqué à droit constant, indépendamment des spécificités des contextes dans lesquels il est mobilisé.

287. L'arsenal d'exception cohérent et organisé mis en place au terme de la transition démocratique montre, à l'image de l'arsenal franquiste, une stabilité impressionnante. Les deux révisions constitutionnelles, consécutives, en 1992, à la ratification du traité de Maastricht⁹⁴¹ et en 2011, à la consécration de la « règle d'or » sur le taux de déficit maximal de l'État et des communautés autonomes⁹⁴², particulièrement modestes, n'ont apporté aucune modification à cet édifice constitutionnel d'exception. De même, la loi organique 4/1981, détaillant le régime des trois régimes d'exception de l'article 116, n'a fait l'objet d'aucune actualisation. Si, durant trente ans, il était séduisant d'expliquer cette stabilité par l'absence d'application des états exceptionnels de l'article 116, cette piste est aujourd'hui infirmée par les faits.

287.1. En décembre 2010, les contrôleurs aériens de plusieurs aéroports laissent leurs postes vacants pour protester contre l'adoption d'un décret-loi modifiant leurs conditions de rémunération horaire et précarisant leur statut. Face à la suspension forcée du trafic aérien qui s'ensuit, le Gouvernement de José Luiz Rodríguez Zapatero déclara l'état d'alerte sur l'ensemble du territoire national le 4 décembre 2010⁹⁴³ et, après autorisation du Congrès des

⁹³⁸ Decreto-ley 4/1975, de 25 de abril, por el que se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya.

⁹³⁹ V. GUITTET E.-P., « Les recours à l'état d'exception... », art. cit.

⁹⁴⁰ Si la loi d'ordre public de 1959 fait bien l'objet de modifications substantielles (Ley 36/1971, de 21 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959), motivées, selon le préambule de celle-ci, par la nécessité de faire évoluer les normes juridiques – ici, le pouvoir répressif du régime – au gré des changements des circonstances sociétales, ces modifications n'atteignent ni le chapitre III prévoyant l'état d'exception ni le chapitre IV prévoyant l'état de guerre. Elles portent uniquement sur les chapitres II et V, en renforçant les facultés ordinaires du gouvernement et en modifiant la procédure juridictionnelle.

⁹⁴¹ Reforma del artículo 13, apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de agosto de 1992, BOE, núm. 207, de 28 de agosto de 1992.

⁹⁴² Segunda reforma constitucional, 27 de septiembre de 2011, BOE., núm. 233, de 27 de septiembre de 2011.

⁹⁴³ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

députés, en proroge l'application à compter du 17 décembre 2010⁹⁴⁴. En requalifiant le personnel civil de l'agence nationale du transport aérien en personnel militaire et en les soumettant au commandement des autorités militaires qu'il désigne⁹⁴⁵, le Gouvernement parvient à rétablir le service aérien. S'il est avéré qu'il aurait, sur le plan juridique, dû recourir à un autre régime d'exception ou, à défaut, réformer l'état d'alerte à l'aune des spécificités de cette situation⁹⁴⁶, il est intéressant de constater que l'exécutif a préféré la tierce voie d'une utilisation détournée, mais n'impliquant aucune révision de ce régime d'exception.

287.2. Le 21 octobre 2017, après avoir, dix jours plus tôt, demandé officiellement au Gouvernement de Catalogne s'il avait effectivement proclamé son indépendance, le Président du gouvernement, Mariano Rajoy, met en œuvre le mécanisme de coercition de l'État sur les communautés autonomes prévu à l'article 155 de la Constitution. Par la dissolution de l'exécutif local, ainsi que la démission et la dégradation de responsables locaux, l'État espagnol retrouve le contrôle sur sa communauté dissidente. Si, comme en décembre 2010, le dispositif mobilisé pose question – subsisterait la possibilité alternative d'activer la loi de sécurité nationale de 2015⁹⁴⁷ –, cette application se fait, à nouveau, sans aucune modification.

287.3. Le 14 mars 2020, l'état d'alerte est déclaré pour la seconde fois de son histoire⁹⁴⁸. En réaction à la pandémie de coronavirus, particulièrement funeste en Espagne, le Gouvernement utilise les pouvoirs de ce régime d'exception pour imposer un confinement particulièrement intransigeant (« le plus strict en occident »⁹⁴⁹). Cette déclaration est accompagnée, dans les jours qui suivent, d'un décret-loi loyal prévoyant de nombreuses mesures économiques pour lutter contre le coronavirus⁹⁵⁰, d'un ordre rétablissant un important contrôle des frontières⁹⁵¹ et, surtout, le 17 mars, d'un nouveau décret-royal aggravant les

⁹⁴⁴ Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, BOE, Núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, p. 104354.

⁹⁴⁵ NATOLI F., « Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation. Comparaison franco-espagnole », in HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, op. cit., p. 125.

⁹⁴⁶ Les faiblesses juridiques des choix opérés par le Gouvernement lors de la crise des contrôleurs aériens, immédiatement dénoncées par la doctrine (cf. *infra*, n° 437), ont plus tard été reconnues par le Tribunal constitutionnel lui-même (cf. *infra*, n° 696).

⁹⁴⁷ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC) ; Cf. *infra*, n° 296.

⁹⁴⁸ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

⁹⁴⁹ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

⁹⁵⁰ Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo de 2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

⁹⁵¹ Orden INT/248/2020, de 16 de marzo, por la que se establecen criterios de actuación para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante el restablecimiento temporal de controles fronterizos.

prévisions de celui du 14 mars⁹⁵². L'état d'alerte est prorogé six fois entre mars et juin 2020, puis déclaré de nouveau les 9⁹⁵³ et 25 octobre 2020⁹⁵⁴. Les mobilisations de ce dispositif, si elles sont particulièrement intenses par leurs effets, ont été préférées à la solution française consistant à créer un régime d'exception *ad hoc*. Elles n'ont, en outre, pas conduit à la modification de l'article 116 ou de la loi organique 4/1981.

288. Alors qu'en France, la mobilisation d'un régime d'exception s'accompagne systématiquement de sa modification plus ou moins substantielle, les régimes d'exception constitutionnels espagnols n'ont, en plus de quarante ans, plusieurs applications de l'état d'alerte et la mise en œuvre du mécanisme coercitif prévu à l'article 155 de la Constitution, jamais évolués. Au-delà d'être la conséquence croisée d'une meilleure rédaction initiale des régimes d'exception, d'une prévision constitutionnelle permettant au Parlement de prévoir, au cas par cas, les modalités de leurs applications spécifiques sans en modifier le régime et, dans une moindre mesure, d'un plus faible nombre d'applications, il s'agit, vraisemblablement, d'une véritable différence de culture juridique.

⁹⁵² Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Il est pris conformément à la disposition finale seconde du premier décret, par lequel le Gouvernement se réserve la possibilité ultérieure d'en modifier ou d'en aggraver les mesures.

⁹⁵³ Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, B.O.E, Núm. 268 de 9 de octubre de 2020.

⁹⁵⁴ Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020.

SECTION II – UNE APPROCHE CLASSIFICATOIRE

289. Si les régimes d'exception en vigueur dans la période et au sein des ordres juridiques étudiés ont déjà été pré-identifiés⁹⁵⁵, leurs caractéristiques restent, à ce stade, inconnues. Avant de pouvoir en proposer une classification, il convient donc de restituer un ensemble de données objectives et mesurables sur les arsenaux d'exception française et Espagnols. Portant tant sur le fond que sur la forme, cette analyse permet de poser les jalons de leur caractérisation juridique, comme de rendre compte de l'effet de la conception de l'exception qui prédomine à chaque époque de la vie des États sur la portée dérogatoire des régimes d'exception consacrés dans le droit positif (A). Sur la base des données reconstruites, ainsi que de tous les développements précédents, les régimes d'exception français et espagnols seront individuellement passés au crible du test d'appartenance élaboré sur la base des faisceaux de propriétés définitionnelles de la notion d'état d'urgence. Ils seront classés en trois catégories : les « états d'urgence », les « régimes d'exception voisins » et les « régimes d'exception éloignés » (B).

A – LA VARIÉTÉ DES RÉGIMES D'EXCEPTION

290. L'analyse positive et comparée des régimes d'exception appartenant au champ spatial et temporel d'analyse se décompose en deux temps. Le premier, que l'on peut qualifier de formel ou de quantitatif, consiste à inventorier les dispositifs, de rendre compte de leur positionnement dans la hiérarchie des normes ou de dénombrer les mots employés par leurs dispositifs (§1). Le second temps, qui amène à s'intéresser spécifiquement à leur articulation fonctionnelle, interroge les liens complexes qu'ils entretiennent au sein de chaque système juridique et l'intensité différenciée de leurs effets sur le droit ordinaire (§2).

§1 – Des dispositifs hétéroclites et spécialisés

291. Si, sur le plan formel, les volumes globaux des arsenaux d'exception et des dispositifs qu'ils prévoient ont en commun de tendre à s'accroître, les disparités quantitatives et qualitatives qu'ils entretiennent restent, à ce jour, significatives (a). Ces différences témoignent

⁹⁵⁵ Cf. Annexe A : Tableau inventoriant les régimes d'exception en vigueur sur la période étudiée et leur niveau dans la hiérarchie des normes.

des rôles fonctionnels spécialisés attribués à chaque régime d'exception dans leur arsenal d'exception d'appartenance. Loin de pouvoir se substituer les uns aux autres, ils se complètent, avec une cohérence propre à chaque système juridique (b).

a – Des caractéristiques formelles variées

292. Au niveau macroscopique⁹⁵⁶, le nombre, le niveau dans la hiérarchie des normes et la cohérence systématique des régimes d'exception accusent, au gré des modifications, des abrogations et des créations normatives, d'importantes variations. Ces caractéristiques suivent des tendances générales qu'une première approche permet de révéler.

292.1. En premier lieu, le nombre de régimes d'exception tend à augmenter, et ce, dans les deux ordres juridiques analysés. Si le régime franquiste met le régime d'exception au cœur de sa stratégie de maintien au pouvoir, il ne dispose que des deux régimes prévus par la loi d'ordre public de 1959⁹⁵⁷. Au contraire, l'Espagne démocratique, malgré des réticences vis-à-vis du droit d'exception, est dotée d'un riche arsenal composé de sept mécanismes d'exception⁹⁵⁸. Si la tendance est analogue en France, elle n'a assurément pas une ampleur comparable. L'arsenal d'exception français passe de quatre dispositifs sous la IV^e République⁹⁵⁹ à six sous la V^e République. Mais parmi ceux-ci, deux seulement sont véritablement nouveaux⁹⁶⁰. Les quatre autres⁹⁶¹, adaptés ou simplement reconduits de la République précédente tombent, pour deux d'entre eux, rapidement en désuétude⁹⁶². En outre, l'un de ces deux régimes, l'état d'urgence sanitaire, n'avait pas vocation à s'inscrire dans la durée et a été abrogé depuis, par la loi du 30 juillet 2022⁹⁶³.

⁹⁵⁶ Cf. *id.*

⁹⁵⁷ Art. 25-34, LOP 1959 (état d'exception franquiste) ; Art. 35-42, LOP 1959 (état de guerre franquiste).

⁹⁵⁸ Art. 55.2, C1978 (exception procédurale en matière de terroriste) ; art. 116.2, C1978 et LOAES (état d'alerte espagnol) ; Art. 116.3, C1978 et LOAES (état d'exception espagnol), art. 116.4, C1978 et LOAES (état de siège espagnol) ; Art. 155, C1978 (coercition de l'État central) ; Art. 86, C1978 (décrets-lois d'urgence et de nécessité) ; Titulo III, Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (situation d'intérêt).

⁹⁵⁹ L. 15 février 1872, relative au rôle éventuel des conseils départementaux dans des circonstances exceptionnelles (loi Tréveneuc) ; L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège (état de siège législatif) ; L. n° 55-385, 3 avril 1955, relative à l'état d'urgence (état d'urgence sécuritaire) ; L. n° 56-258, 16 mars 1956, conférant des pouvoirs spéciaux en Algérie au gouvernement (pouvoirs spéciaux en Algérie).

⁹⁶⁰ Art. 16, C1958 (pouvoirs exceptionnels du Président de la République) ; L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 (état d'urgence sanitaire).

⁹⁶¹ Art. 36, C1958 (état de siège) ; état d'urgence sécuritaire ; loi Tréveneuc ; pouvoirs spéciaux en Algérie.

⁹⁶² Loi Tréveneuc ; pouvoirs spéciaux en Algérie.

⁹⁶³ L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

292.2. En second lieu, la proportion de régimes d'exception consacrés au niveau constitutionnel, rapportée à ceux de niveau législatif, tend nettement à croître, reflétant l'importance croissante du modèle constitutionnel sur l'ancien paradigme légicentrique. Ce glissement dans la hiérarchie des normes est particulièrement marqué en Espagne. Si, conformément à la tradition espagnole, le régime franquiste prévoit uniquement le mécanisme de suspension de garanties dans la Constitution⁹⁶⁴, renvoyant à la loi d'ordre public le soin de déterminer les régimes d'exception et leurs modalités de mise en œuvre⁹⁶⁵, les régimes d'exception de l'Espagne démocratique sont, à l'exception d'un seul⁹⁶⁶, mentionnés par le texte de 1978⁹⁶⁷, sinon prévus entièrement au niveau constitutionnel⁹⁶⁸. En France, si la constitutionnalisation de l'état de siège et la consécration de l'article 16 représentent une avancée certaine dans cette direction, l'échec de la constitutionnalisation de l'état d'urgence sécuritaire et le choix d'inscrire l'état d'urgence sanitaire au seul niveau législatif démontrent une volonté moins affirmée de s'y engager pleinement.

292.3. En troisième lieu, si les arsenaux d'exception de chaque État tendent, globalement, à une plus grande systématisation, ils se caractérisent surtout par une véritable continuité historique. Ainsi, bien que l'arsenal d'exception espagnol contemporain jouisse d'une organisation exemplaire, par la généralisation de l'échelon constitutionnel, par l'articulation logique et croissante des régimes d'exception de l'article 116⁹⁶⁹ et par une absence de redondance, il ne rompt pas avec l'arsenal franquiste, doté, à une échelle moindre du fait d'un faible nombre de dispositifs, d'une cohérence analogue. En France, le caractère précipité, conjoncturel et opportuniste de l'élaboration des régimes d'exception de la IV^e République perdure après 1958⁹⁷⁰. L'arsenal français contemporain reste, dans une parfaite continuité avec la république précédente et malgré quelques tentatives récentes d'y remédier⁹⁷¹, partiellement désorganisé.

⁹⁶⁴ Art. 35, *Fuero de los españoles*.

⁹⁶⁵ LOP 1959.

⁹⁶⁶ Situation d'intérêt.

⁹⁶⁷ État d'alerte espagnol ; État d'exception espagnol ; État de siège espagnol.

⁹⁶⁸ Exception procédurale en matière de terroriste ; Décrets-lois d'urgence et de nécessité ; Coercition de l'État central.

⁹⁶⁹ Cf. *infra*, n° 295 et s.

⁹⁷⁰ Cf. *supra*, n° 271 et s.

⁹⁷¹ Il faut à cet égard citer le projet avorté de révision constitutionnelle visant à inscrire l'état d'urgence sécuritaire dans la Constitution (projet de loi constitutionnelle, n° 3381, 23 décembre 2015, de protection de la Nation), aux côtés de l'état de siège, ou la codification du régime temporaire de l'état d'urgence sanitaire dans le code de la santé publique, approfondissant la démarche analogue initiée avec la référence faite à l'état d'urgence sécuritaire dans le code de la défense.

293. Apprécier le degré de détermination des régimes d'exception implique de croiser les résultats de deux approches : une approche quantitative⁹⁷², consistant à dénombrer les mots de chaque dispositif pour éclairer les tendances comparées globales des systèmes juridiques étudiés et le niveau de disparité individuelle des dispositifs, puis une approche qualitative, essentielle pour donner sens à ces premières observations.

293.1. Le nombre de mots des régimes d'exception pris individuellement montre une grande disparité. Si leur dénombrement exact dépend de choix méthodologiques et n'a, dans l'absolu, qu'un intérêt limité au vu des finalités bien distinctes poursuivies par les dispositifs étudiés, certaines différences d'ordre de grandeur sont révélatrices. Ainsi, alors que les dispositions de la loi sur les pouvoirs spéciaux en Algérie, les pouvoirs exceptionnels du Président de la République ou le mécanisme des décrets-lois d'urgence et de nécessité espagnol avoisinent chacune les 200 mots, l'état d'urgence sécuritaire ou l'état d'alerte dépassent les 1500 mots. Ces différences sont encore plus marquées en ce qui concerne le nombre de mots utilisés pour caractériser les hypothèses factuelles de déclaration, variant d'un facteur sept entre l'état de siège française et l'état d'alerte espagnol.

293.2. En regroupant ces données par périodes et par ordre juridique, des tendances intéressantes se dessinent. En France, le nombre de mots définissant les régimes d'exception tend à augmenter, doublant entre la première et la seconde période. Il en est différemment du nombre de mots relatif aux hypothèses factuelles qui, s'il augmente légèrement dans l'absolu, voit la place qu'il occupe proportionnellement diminuer. En Espagne, les tendances sont inversées : le nombre de mots moyen des dispositifs diminue considérablement, mais la proportion consacrée aux hypothèses factuelles, très faible sous le franquisme, augmente considérablement.

293.3. Si d'un point de vue quantitatif l'ordre de grandeur moyen du nombre de mots composant les dispositifs et les hypothèses factuelles sont proches entre la France et l'Espagne contemporaines, cela ne signifie pas pour autant que leurs arsenaux d'exception respectifs aient, qualitativement, le même niveau de détermination. Ainsi, bien que l'état d'urgence sécuritaire contemporain soit aussi volumineux que les trois régimes d'exception prévus par l'article 116 de la Constitution espagnole pris ensemble – LOAES comprise –, ces derniers accordent un niveau de garanties, de garde-fous procéduraux et de précision dans la caractérisation des

⁹⁷² Cf. Annexe B : tableau synthétisant le nombre de mots des énoncés prévoyant les régimes d'exception.

hypothèses factuelles d'une toute autre ambition⁹⁷³. Cette précision supérieure, bien qu'avérée, peut cependant se retourner contre les objectifs mêmes qu'elle poursuit⁹⁷⁴. Elle ne saurait, comme cette étude l'établit ultérieurement, présager de la régularité de leur application concrète⁹⁷⁵.

b – Des rôles fonctionnels différenciés

294. De plus en plus étoffés et systématisés, les arsenaux d'exception français et espagnols tendent aussi à adopter une meilleure organisation matérielle. L'analyse de l'organisation interne des systèmes juridiques successifs de ces deux États montre une prise en compte de plus en plus exhaustive et spécialisée des situations de fait, ainsi qu'une plus grande cohérence dans leur articulation interne et internationale. Au-delà de ces tendances partagées, qui peuvent être attribuées à l'effet commun du droit européen communautaire⁹⁷⁶, comme du droit européen des droits de l'homme⁹⁷⁷ et aux quelques influences entre les modèles d'exception de ces deux États⁹⁷⁸, les spécificités de ces deux arsenaux d'exception dissuadent d'opérer des assimilations trop directes entre leurs composantes les plus proches⁹⁷⁹, comme elles rendent vaines toute comparaison de leurs dispositifs les plus éloignés⁹⁸⁰.

295. En Espagne, sous la période franquiste comme sous la période démocratique, l'arsenal d'exception s'organise autour d'une séparation fonctionnelle entre une disposition constitutionnelle prévoyant la possibilité d'une suspension temporaire de garanties et des

⁹⁷³ Cf. *infra*, n° 427 et s., 520 et s. et 644 et s.

⁹⁷⁴ V. **LEURQUIN-DE VISSCHER F.**, *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁷⁵ Cf. *infra*, n° 648 et s.

⁹⁷⁶ Cette influence n'est pas tant due à des dispositions juridiques contraignantes qu'à des rapports et à des recommandations faites aux États membres, qui se sont multipliés durant la crise sanitaire : V. not. **PARLEMENT EUROPÉEN**, Résolution, sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux, 2020/2790 (RSP), 13 novembre 2020 ; **COMMISSION DE VENISE**, Rapport intérimaire, sur les mesures prises dans les États membres de l'UE à la suite de la crise de la COVID-19 et leur impact sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, 8 octobre 2020 ; **COMMISSION EUROPÉENNE**, Rapport 2020 sur l'état de droit — La situation de l'état de droit dans l'Union européenne, COM (2020), 30 septembre 2020.

⁹⁷⁷ CESDH, article 15.

⁹⁷⁸ Par exemple, l'état d'urgence sécuritaire recouvre presque parfaitement les champs cumulés de l'état d'alerte et de l'état d'exception de l'article 116 de la Constitution espagnole. De même, l'état de siège français et l'état de siège espagnol visent des situations analogues.

⁹⁷⁹ Les nomenclatures comparées, tant françaises qu'espagnoles, assimilent – souvent un peu vite et sans suffisamment de nuances – l'état d'exception espagnol et l'état d'urgence français (V. par ex. **GARRIDO FALLA F.** (dir.), *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, p. 1786-1787 ; **SÉNAT**, Note, Législation comparée. L'état d'urgence, préc.).

⁹⁸⁰ C'est ainsi que l'article 16 de la Constitution française ne trouve aucun équivalent en Espagne, ou que l'article 155 de la Constitution espagnole qui ne trouve aucune correspondance en France, sauf à le rapprocher – sûrement à tort – des pouvoirs accordés au préfet pour suppléer à un maire qui faillirait à ses obligations et au mécanisme de dissolution des conseils municipaux.

régimes d'exception permettant, sous certaines conditions et modalités, de l'appliquer. Sans bouleverser ce modèle, la cohérence et le soin apporté à la rédaction de ces dispositions dans la Constitution de 1978 permet une évolution substantielle des garanties qui lui sont inhérentes.

295.1. Dans la continuité de la tradition espagnole de la suspension de garantie, le modèle franquiste s'organise autour, d'une part, de l'article 35 de la Charte des Espagnols de 1945, prévoyant la possibilité de suspendre temporairement certains droits et libertés fondamentaux qu'elle proclame et, d'autre part, de la loi d'ordre public de 1959 qui, par une référence directe⁹⁸¹ à l'article accessoire et indissociable prévu par la charte, organise la suspension des droits et libertés constitutionnels. Toutefois, contrairement au modèle de l'Espagne contemporaine qui, s'il reproduit le même schéma en prévoyant à l'article 55.1 les droits et libertés constitutionnellement garantis qui pourront faire l'objet d'une suspension lors de la mise en œuvre des régimes d'exception de l'article 116, le modèle franquiste de la suspension de garantie, loin d'être un garde-fou, est entièrement pensé pour ne pas faire obstacle à la volonté du pouvoir⁹⁸².

295.2. Sous l'Espagne franquiste, la loi d'ordre public prévoyait deux régimes d'exception : l'état d'exception, un régime civil applicable, applicable aux calamités publiques et lorsque l'altération de l'ordre public rend insuffisant les moyens ordinaires du gouvernement pour le maintenir⁹⁸³, c'est-à-dire, à tous les périls – réels ou supposés – menaçant le régime franquiste et l'état de guerre, réservé aux situations insurrectionnelles et aux périls les plus graves, pour lesquels l'état d'exception ne suffirait pas⁹⁸⁴. Si l'article 116 prévoyant l'état d'alerte, l'état d'exception et l'état de siège hérite de la loi d'ordre public franquiste une certaine confusion quant à la nature du critère de spécialisation entre les régimes d'exception, il marque toutefois une nette rupture qualitative avec l'ancien modèle.

295.3. La lettre de l'article 116 ne permet pas de statuer sur les relations qu'entretiennent les trois régimes d'exception de l'article 116. S'opposent, en doctrine, la conception « gradualiste », selon laquelle ils répondent à des crises de différentes intensités, et la conception « pluraliste », qui voit dans ces dispositifs des réponses plures à des situations

⁹⁸¹ Art. 25.2 LOP 1959.

⁹⁸² L'état d'exception permet de suspendre les droits et libertés visés par l'article 35 de la Charte à l'occasion du décret-loi le déclarant, mais aussi, par des décrets-lois postérieurs, « dans les situations et aux moments que le Gouvernement estime pertinents ».

⁹⁸³ Art. 25.1, chapitre III, LOP 1959.

⁹⁸⁴ Art. 35, chapitre IV, LOP 1959.

de fait qualitativement différentes⁹⁸⁵. D'un point de vue objectif – mais nécessairement peu satisfaisant du point de vue de la théorie et même du contrôle de constitutionnalité –, ces deux théories portent chacune une part de vérité : l'arsenal prévu à l'article 116 est doublement hiérarchisé. Si sa décision transcende quelque peu cette opposition, le Tribunal constitutionnel penche plutôt, depuis l'été 2021, en faveur de la théorie gradualiste⁹⁸⁶.

295.4. Les hypothèses factuelles qu'ils couvrent par leurs champs d'application sont clairement définies par les termes de la LOAES : l'état d'alerte vise des situations « politiquement neutres »⁹⁸⁷, telles que les catastrophes naturelles, les épidémies ou l'interruption des services publics ; l'état d'exception, les situations d'altérations graves de l'ordre public ; et l'état de siège, les menaces militaires ou existentielles pour l'État et son ordre constitutionnel⁹⁸⁸. Cette polyvalence et cette adaptabilité permettent à l'État espagnol de disposer de réponses graduées et organisées à des situations de toute nature et de toute intensité, limitant les possibilités d'une action de fait au nom d'une carence du droit⁹⁸⁹.

295.5. L'articulation fonctionnelle travaillée du modèle espagnol n'est pas pour autant infaillible. Son talon d'Achille réside dans les situations d'altération de légère ou de moyenne intensité de l'ordre public, auxquelles aucun dispositif ne paraît répondre tout à fait, comme en témoigne directement l'affaire des contrôleurs aériens⁹⁹⁰. Plus qu'un oubli, il s'agit vraisemblablement d'une manifestation des réticences de la jeune démocratie espagnole à l'idée de faire des régimes d'exception une réponse à tous les maux. L'Espagne n'a connu, depuis 1978, que quatre applications de l'article 116, en son seul état d'alerte⁹⁹¹, malgré la violence politique nationaliste, les attentats islamistes du 11 mars 2004 ou les grèves générales qu'elle a traversées⁹⁹².

⁹⁸⁵ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁸⁶ Cf. *infra*, n° 696.

⁹⁸⁷ V. CRUZ VILLALÓN P., *id.*, p. 79.

⁹⁸⁸ Sur la place fonctionnelle de l'état de siège de l'article 116.4 dans les prévisions du droit constitutionnel espagnol contemporain relatives à la guerre et aux conflits armés, V. ORTEGA SANTIAGO C., « La dimensión constitucional de la guerra: conflictos armados e intervenciones militares en el extranjero », Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, *Documentos de Trabajo*, n° 43/2004, 2004, 44 p.

⁹⁸⁹ Cf. *infra*, n° 577.

⁹⁹⁰ Se pose la question de savoir, avec l'affaire des contrôleurs aériens du 4 décembre 2010, si l'état d'alerte peut être utilisé pour résoudre les conflits politiques ou s'il doit, au contraire, rester confiné aux catastrophes naturelles (SEDANO LORENZO A., *El estado de alarma y la justicia militar...*, *op. cit.*, p. 4).

⁹⁹¹ L'état d'alerte a été déclaré à quatre reprises : le 4 décembre 2020, le 14 mars 2020, le 9 octobre 2020 (uniquement sur le territoire de Madrid) et le 25 octobre 2020.

⁹⁹² DE LA CALLE L., « La violence politique », in PERES H., ROUX CH. (dir.), *La Démocratie espagnole...*, *op. cit.*, p. 187.

296. À côté de ce noyau névralgique de l'arsenal d'exception espagnol, les autres dispositifs d'exception paraissent, par un champ d'application très spécifique ou par une puissance dérogatoire limitée, plus secondaires. D'une part, l'article 86 de la Constitution et la loi de sécurité de 2015 disposent d'un large champ d'application, mais ne permettent pas la suspension de garanties constitutionnelles. D'autre part, si les articles 55.2, 63.3 et 155 de la Constitution portent une force dérogatoire importante, celle-ci reste circonscrite aux mesures d'investigation antiterroristes pour le premier, aux conflits armés pour le deuxième et aux conflits d'autorité entre les États autonomes et l'État central pour le troisième. Il reviendra en tout état de cause à la pratique de déterminer, pour chacun d'entre eux, les contours de leurs champs respectifs et de résoudre, comme l'a déjà en partie fait la crise catalane, leurs potentiels empiètements⁹⁹³.

297. La lisibilité et la cohérence fonctionnelle de l'arsenal d'exception français n'ont pas connu une évolution aussi significative. Si la création de l'état d'urgence a constitué une véritable avancée, en permettant de couvrir de nombreuses situations de fait que l'arsenal d'exception clairsemé de la IV^e République ne permettait pas d'appréhender du fait de dispositifs trop spécialisés, l'état d'urgence sanitaire marque, en un certain sens, un retour en arrière.

297.1. L'arsenal d'exception français de la IV^e République est composé par un ensemble de régimes d'exception vieillissants, disparates et spécialisés : la loi de 1872, dite « Tréveneuc », qui concerne uniquement le cas bien précis où l'Assemblée nationale serait mise en incapacité de se réunir, la loi de 1878 sur l'état de siège, qui n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de « péril imminent, résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée » et la loi de 1956 sur les pouvoirs spéciaux, aux conditions d'application ouvertes, mais au champ limité au seul territoire algérien. En réalité, l'appréhension des situations de crise sous la IV^e République repose presque entièrement sur la théorie des circonstances exceptionnelles.

297.2. La création de l'état d'urgence sécuritaire en 1955 redessine complètement le droit d'exception français. Son large champ d'application factuel et la gamme étoffée et modulaires de mesures exceptionnelles qu'il permet de prendre qui lui permettent de s'imposer comme le régime d'exception de droit commun qui manquait à l'arsenal français. Il est, dès

⁹⁹³ Le mécanisme de la « situation d'intérêt » prévu par la loi de sécurité de 2015 a été envisagé, notamment par l'opposition parlementaire, comme une alternative à l'utilisation de l'article 155 lors de la crise provoquée par la déclaration d'indépendance Catalane (V. par ex. **EUROPA PRESS**, « Casado reclama activar la Ley de Seguridad Nacional y Rivera pide a Sánchez que actúe », *El Confidencial*, 16 de octubre de 2019, en ligne).

1958, rejoint par l'article 16, qui soustrait à son champ d'application les situations de fait les plus graves.

297.3. L'état d'urgence sanitaire, créé par la loi du 23 mars 2020, soustrait à l'état d'urgence sécuritaire, cette fois temporairement, une part modeste des hypothèses factuelles justifiant sa déclaration. Dans le paradigme actuel du droit français d'exception, la création de cet état d'urgence calqué sur le modèle de l'état d'urgence sécuritaire, mais plus spécialisé assombrit, tant qu'il est en vigueur, la lisibilité de l'arsenal français, en créant une redondance évitable. Toutefois, il pourrait aussi montrer une voie d'avenir, celle d'un « modèle législatif » à la française, rationalisant sans la trahir cette tendance française historique à créer, lorsque survient une crise, un régime d'exception *ad hoc*. Sous réserve que ces régimes soient temporaires et qu'ils ne confèrent que les pouvoirs justifiés par les situations d'espèce, ces variations autour de l'état d'urgence originel permettraient, en tout état de cause, de donner une certaine cohérence aux réponses juridiques françaises face aux crises.

§2 – Des dispositifs aux intensités dérogatoires inégales

298. En réaction à l'usage dévoyé de l'exception sous le franquisme, l'arsenal juridique de l'Espagne contemporaine prévoit des régimes à l'intensité progressive, dotés de garanties proportionnellement contraignantes à celle-ci et caractérisés par leur important niveau de spécialisation (a). Dans une altérité presque parfaite, l'arsenal français contemporain repose sur des dispositifs aux intensités disparates et, pour certaines, potentiellement illimitées, assorties de garanties inversement proportionnelles au danger qu'elles font penser sur l'État de droit (b).

a – Des régimes d'exception espagnols diversifiés

299. Si l'arsenal franquiste repose sur un nombre très limité de régimes d'exception, leur potentiel dérogatoire particulièrement intense et la faiblesse des garanties procédurales et substantielles entourant leur mobilisation en font des dispositifs particulièrement dangereux. Lorsqu'ils sont mobilisés, l'état d'exception et l'état de guerre prévus par la loi d'ordre public de 1959 permettent au gouvernement de suspendre, par décret-loi, tout ou partie des droits et libertés constitutionnellement garantis par la Charte des Espagnols de 1945, et ce, conformément aux prévisions de son article 35 : la liberté d'expression, la liberté et le secret des correspondances, la liberté de circulation, l'inviolabilité du domicile ou encore le droit de ne pas être détenu autrement que dans les cas et sous les formes que prescrit la loi. La seule

obligation faite au gouvernement consiste à énumérer, lors de l'adoption du décret-loi, la portée et la durée des mesures prises⁹⁹⁴. Moins suspension temporaire de l'ordre constitutionnel qu'intensification de la dictature⁹⁹⁵, ces deux régimes d'exception sont laissés à l'arbitraire de l'exécutif, qui maîtrise leur déclaration, détermine les droits qui seront suspendus sous leur empire et s'octroie lui-même les pouvoirs dont il estime avoir besoin.

300. L'arsenal d'exception de l'Espagne démocratique se caractérise par une intensité dérogatoire mesurée, hiérarchisée et assortie de contreparties démocratiques en matière de procédure de déclaration, de prorogation et de contrôles. Il comporte également des dispositifs qui, s'ils s'apparentent à du droit d'exception, n'ont aucune intensité dérogatoire.

301. L'article 116 prévoit trois dispositifs à l'intensité croissante qui atteint, avec les états d'exception et de siège, une force dérogatoire comparable à l'état d'urgence sécuritaire et à l'état de siège français. Il offre, de ce fait, un champ complet de réponses juridiques, de la simple limitation ciblée de la circulation des véhicules aux pouvoirs exceptionnels confiés à la force militaire. Si le constituant de 1978 a placé l'article 116 dans le titre V de la Constitution qui prévoit les mécanismes du parlementarisme rationalisé par mimétisme avec la Constitution française de 1958, ce choix y paraît plus porteur de sens⁹⁹⁶.

301.1. L'intensité des pouvoirs conférés par les régimes d'exception de l'article 116 est corrélée à une implication croissante du Parlement. L'état d'alerte, qui ne permet pas la suspension des droits et libertés constitutionnels, mais seulement leur limitation⁹⁹⁷, n'accorde au Parlement qu'un rôle anecdotique au stade de sa déclaration⁹⁹⁸. Il n'intervient véritablement qu'au stade de la prorogation. Plus dérogatoire, l'état d'exception ne peut être décrété qu'à la suite d'une autorisation parlementaire, portant à la fois sur le principe et sur le détail du dispositif, avalisant les droits dont la suspension est envisagée, les mesures pouvant être prises, le territoire concerné et la durée de ce régime d'exception. À cette occasion, le Congrès des députés peut amender le texte⁹⁹⁹. Quant à l'état de siège, qui concentre les pouvoirs précédents en prévoyant, en plus, le transfert de compétences vers l'autorité militaire, il est nécessairement

⁹⁹⁴ Art. 35, *Fuero de los españoles* ; Art. 25 et 40, LOP 1959.

⁹⁹⁵ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 43-44.

⁹⁹⁶ V. FERNÁNDEZ SEGADO F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, 1136p., p. 499 ; CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 50-51.

⁹⁹⁷ Cf. *infra*, n° 580.

⁹⁹⁸ Celui-ci ne pouvant qu'entendre la communication accompagnant le décret du gouvernement (V. art. 1162, C1978 ; art. 162, RC).

⁹⁹⁹ Art. 116.3, C1978 ; art. 163, RC.

déclaré par le Congrès des députés à la majorité absolue de ses membres, sur proposition du gouvernement¹⁰⁰⁰.

301.2. Lorsqu'il s'imisce dans la déclaration et la prorogation de ces régimes d'exception, le Parlement, qui peut mettre en cause la responsabilité du gouvernement devant lui y compris sous l'empire de ces régimes¹⁰⁰¹, tout en ne pouvant, en contrepartie, faire l'objet d'une dissolution¹⁰⁰² ou être mis dans l'incapacité de siéger¹⁰⁰³, est en mesure de s'assurer pleinement du respect des grands principes qui guident la mobilisation de l'article 116 et qui font l'objet du premier chapitre de la LOAES : la nécessité, la proportionnalité, le caractère temporaire, la validité, la publicité et la responsabilité.

302. Les autres régimes de l'arsenal d'exception espagnol contemporain sont dotés d'intensités dérogatoires très variables, à l'image de leurs champs d'application.

302.1. L'article 55 al. 2 prévoit la possibilité d'une suspension autonome – contrairement à l'article 55 al. 1, qui ne peut être assimilé à un mécanisme d'exception – de certaines garanties individuelles. Il prend la forme d'une sorte « d'exception procédurale », dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, assimilable par certains aspects à un régime d'exception, mais d'une portée dérogatoire ciblée et limitée.

302.2. L'article 86 permet au gouvernement de prendre des dispositions législatives provisoires. Ce mécanisme est traversé par une importante tension interne : alors qu'aucun article de la Constitution de 1978 ne formule de manière aussi directe que lui l'urgence, les décrets-lois qu'il permet de prendre sont subordonnés au texte constitutionnel, dont il ne peut affecter aucun des droits et libertés consacrés au titre I¹⁰⁰⁴. Cette absence de portée dérogatoire interroge la possibilité même d'y voir un mécanisme d'exception¹⁰⁰⁵.

302.3. L'article 155 prévoit le mécanisme dit de la coercition de l'État, c'est-à-dire, la possibilité pour l'État central de protéger l'intégrité de son territoire et, plus largement, ses intérêts, en palliant les carences ou en s'opposant aux volontés indépendantistes de ses

¹⁰⁰⁰ Art. 116.4, C1978 ; art. 164, RC.

¹⁰⁰¹ Art. 116.6, C1978 ; NATOLI F., « Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation... », art. cit., p. 121.

¹⁰⁰² La Constitution interdit l'exercice du droit de dissolution du Congrès des députés pendant la mise en œuvre des régimes d'exception (art. 116.5, C1978).

¹⁰⁰³ Si le Parlement ne siège pas, il est immédiatement convoqué et, à défaut, la députation permanente assume ses compétences (art. 116.5, C1978 ; art. 165, RC).

¹⁰⁰⁴ V. CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 53-56.

¹⁰⁰⁵ Il ne serait ainsi pas un instrument premier de la protection extraordinaire, non plus qu'une procédure législative rigoureusement exceptionnelle, ce qui permet de douter fortement de la réalité des liens qu'il entretient avec le droit d'exception (*ibid.*).

communautés autonomes. Il a une intensité dérogatoire potentiellement illimitée, dès lors qu'il permet au gouvernement de mettre en œuvre toute mesure à la condition qu'elle ait été préalablement autorisée par le Sénat. S'il ne peut être tenu pour autant pour une clause générale, au vu du contrôle intense opéré par la chambre haute et des garanties supplémentaires prévues à l'article 189 du Règlement de celle-ci, il n'est pas non plus « l'instrument normal et ordinaire de la supervision de l'État » auquel certains auteurs entendant le « dédramatiser » font référence¹⁰⁰⁶. Il est en tout cas certain que ce mécanisme atypique entretient un lien étroit avec le droit d'exception¹⁰⁰⁷, sinon avec le modèle même de l'état d'exception¹⁰⁰⁸.

302.4. Enfin, la loi de sécurité de 2015 prévoit, dans son titre troisième, la possibilité pour le gouvernement de déclarer par un décret-royal une « situation d'intérêt pour la sécurité nationale »¹⁰⁰⁹. Le recours à ce mécanisme, s'il peut amener à réorganiser temporairement la répartition des pouvoirs, par la nomination d'une autorité fonctionnelle, habilitée à diriger et à coordonner l'action des forces publiques et des administrations, ne permet aucune atteinte aux droits et aux libertés constitutionnellement garantis.

b – Des régimes d'exception français musclés

303. Pendant la majeure partie de la IV^e République, l'arsenal d'exception formel – il faut ici volontairement omettre la théorie des circonstances exceptionnelles – de l'État français se compose d'uniquement deux régimes hérités de la III^e République qui, s'ils jouent un rôle spécifique et ciblé, ont un important potentiel dérogatoire.

303.1. La loi du 15 février 1872 relative au rôle éventuel des conseils départementaux dans des circonstances exceptionnelles, dite « Tréveneuc », est un dispositif visant la situation très particulière dans lequel l'Assemblée nationale venait à être illégalement dissoute ou empêchée de se réunir. Dans un tel cas, les conseils départementaux s'assemblent de plein droit. Ils prennent, à l'échelle nationale, « les mesures urgentes que nécessite le maintien de l'ordre et spécialement celles qui ont pour objet de rendre à l'Assemblée nationale la plénitude de son indépendance et l'exercice de ses droits » et assurent, provisoirement, « l'administration générale du pays ». Si cette assemblée détient des pouvoirs particulièrement intenses, elle n'est

¹⁰⁰⁶ C'est notamment le cas de García de Enterría (V. pour des références bibliographiques FERNÁNDEZ SEGADO F., *El sistema constitucional español, op. cit.*, p. 999).

¹⁰⁰⁷ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 53-54.

¹⁰⁰⁸ FERNÁNDEZ SEGADO F., *El sistema constitucional español, op. cit.*, p. 101.

¹⁰⁰⁹ « Situación de interés por la seguridad nacional ».

valablement constituée que si elle représente au moins la moitié des départements et, surtout, n'a qu'un caractère temporaire : la reconstitution de l'Assemblée nationale provoque sa dissolution immédiate.

303.2. La loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siège, qui hérite de sans véritablement succéder à la loi du 9 août 1849, prévoit un régime d'exception permettant de conférer temporairement les compétences du pouvoir civil au pouvoir militaire pour assurer, au détriment des mécanismes démocratiques et des droits et libertés fondamentaux, la sauvegarde de la Nation. Au regard de sa force dérogatoire particulière, sa déclaration revient, par principe, au Parlement. Toutefois, de nombreuses exceptions à ce principe, plus ou moins prudentes, en font un régime plus facile à déclarer qu'il n'y paraît¹⁰¹⁰.

304. Dans les premières années de la guerre d'Algérie, la IV^e République déclinante se dote de deux puissants régimes d'exception. La loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie dote l'État français d'un régime d'exception inspiré de l'état de siège et à la force dérogatoire de même ordre lorsqu'il est appliqué dans sa forme aggravée. L'année suivante, la loi 16 mars 1956 habilite le gouvernement, comme l'indique son intitulé, à prendre toutes mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire. En dépit de termes particulièrement optimistes et du programme de développement économique qu'elle prévoit¹⁰¹¹, cette loi confère des pouvoirs très étendus au gouvernement sur le territoire algérien. En plus de pouvoir, dans une liste de domaines énumérés par le texte, « modifier ou abroger les dispositions législatives existantes », l'article 5 de la loi lui confie « les pouvoirs les plus étendus pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection de personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire ». L'expiration de ces pouvoirs à la fin des fonctions du gouvernement auquel ils sont accordés, seule véritable limite à l'utilisation de ce dispositif dans la durée, est relativisée par une possibilité de confirmation parlementaire en cas de démission du gouvernement ou de vacance de la présidence du conseil.

305. L'arsenal d'exception français ne perd en rien de son intensité lors du passage à la V^e République. Bien au contraire. La constitutionnalisation de l'état de siège assouplit sa

¹⁰¹⁰ V. en ce sens **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 84.

¹⁰¹¹ Son article 1 fait mention « d'investissements », « d'abaissement des coûts », « d'amélioration de la condition de l'ouvrier agricole », « d'élévation du niveau de vie des populations », de « plein-emploi » ou encore « d'accélération du progrès social ».

procédure de mise en œuvre et la figure du Général de Gaulle convainc le constituant de consacrer, à l'article 16, un dispositif d'une intensité sans équivalent.

305.1. L'état de siège de la III^e République est consacré à l'article 36 de la Constitution du 4 octobre 1958. S'il reprend en grande partie le régime de l'état de siège historique, cet article abroge implicitement le principe consacré par la loi du 3 avril 1878 selon lequel ce régime d'exception ne peut être déclaré que par la loi, en disposant que « sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement ». Cette modification pourtant substantielle du régime de l'état de siège est, à de rares exceptions¹⁰¹², passée relativement inaperçue en doctrine.

305.2. L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, dit des « pouvoirs exceptionnels du Président de la République » est un dispositif assez unique à l'échelle européenne. Ce régime, qui s'apparente à une véritable « dictature constitutionnelle » au sens de la typologie proposée par Pedro Cruz Villalón¹⁰¹³, confère au président de la République une latitude sans commune mesure. Dès lors que certaines conditions de fond – souffrant d'un relatif degré d'indétermination – et certaines conditions de forme – consistant uniquement en un devoir de consultation non contraignante et de publicité – sont réunies, il peut prendre « les mesures exigées par les circonstances ». Si le Parlement est réuni de plein droit et que l'Assemblée nationale ne peut être dissoute, son rôle est limité à une possibilité conférée au président de l'Assemblée nationale, au président du Sénat, à soixante députés ou à soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels afin qu'il vérifie que les conditions de fond « demeurent »¹⁰¹⁴ réunies. Le juge constitutionnel peut ensuite s'auto-saisir après soixante jours d'exercice.

306. Dans la pratique, l'arsenal d'exception de la V^e République repose moins sur ses régimes d'exception constitutionnels que sur ceux consacrés par la loi. Le régime de l'état d'urgence sécuritaire a connu, à l'occasion de ces nombreuses applications, des aggravations substantielles, néanmoins assorties de quelques nouvelles garanties. Si le récent état d'urgence sanitaire lui emprunte beaucoup, son intensité dérogatoire est moindre.

¹⁰¹² Faisant figure d'exception, François Luchaire se demande s'il n'aurait pas fallu que sa déclaration continue à incomber au Parlement, comme sous la IV^e République (« note sur DC 25 janvier 1985 », art. cit., p. 365).

¹⁰¹³ Cf. *supra*, n° 122.

¹⁰¹⁴ Aucun contrôle ne pouvant intervenir avant ce délai de trente jours, cette expression suggère que les conditions de fond ne peuvent être que réunies au moment de la déclaration, ce qui ne va pourtant pas de soi.

306.1. L'équilibre de l'état d'urgence sécuritaire, déjà précaire sous la IV^e République, est entièrement repensé au gré des applications de ce régime sous la V^e République. Sur le plan procédural, l'ordonnance du 15 avril 1960¹⁰¹⁵ transfère le pouvoir de déclarer à un décret pris en Conseil des ministres – autant dire, à la quasi-discrétion du Président de la République¹⁰¹⁶. Le Parlement se voit relégué à la fonction de proroger son application dans un délai de 12 jours après sa déclaration, sans que le fait qu'il contrôle, à cette occasion, la réunion des conditions de fond de la déclaration, déjà appréciées par l'exécutif, fasse consensus¹⁰¹⁷. Surtout, les pouvoirs auxquels il habilite l'administration ont fait l'objet d'une aggravation substantielle, notamment par la loi du 20 novembre 2015, ainsi que par les lois de prorogation et de transcription de certaines de ses prévisions dans le droit commun qui se sont succédé jusqu'en 2018¹⁰¹⁸.

306.2. Par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, l'arsenal d'exception français est enrichi temporairement d'un dispositif spécialisé permettant à l'administration de prendre, sur le modèle de l'état d'urgence sécuritaire, des mesures de limitation de la liberté d'aller et venir ou encore de prononcer la réquisition de biens de première nécessité. Toutefois, en ne permettant qu'un panel restreint de mesures, adaptées à son objet ciblé, l'état d'urgence sanitaire est moins attentatoire aux droits et libertés que son modèle. Il profite, en outre, des garanties procédurales les plus récentes de l'état d'urgence sécuritaire.

307. L'intensité dérogatoire des dispositifs français et espagnols appelle à au moins trois constats comparés. Premièrement, dans le droit contemporain, l'intensité dérogatoire de l'arsenal français est incontestablement supérieure à celle de l'arsenal espagnol. Alors que le constituant de 1978 refuse le principe d'une clause générale, le constituant de 1958 prévoit, par l'article 16, la possibilité d'une dictature constitutionnelle s'affranchissant de toutes les garanties matérielles et procédurales les plus élémentaires dans un État de droit. Deuxièmement, alors que la modernité se traduit, pour les régimes d'exception espagnols, par des garanties de plus en plus étoffées, les régimes d'exception français, s'ils peuvent ponctuellement faire l'objet d'améliorations, tendent surtout à voir leurs prévisions aggravées. Enfin, troisièmement, alors que l'article 116 de la Constitution espagnole et la LOAES prévoient des garde-fous proportionnels à la force dérogatoire des dispositifs, le droit d'exception français adopte une

¹⁰¹⁵ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 52.

¹⁰¹⁶ *Id.*, p. 78.

¹⁰¹⁷ Si la possibilité pour le Parlement d'exercer une telle prérogative est suggérée par la pratique (cf. *infra*, n° 537 et s. 538), elle ne fait pas consensus en doctrine (V. not. **CASSIA P.,** *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 31).

¹⁰¹⁸ Cf. *infra*, n° 587 et s.

logique inverse, en réservant au régime le plus dangereux, l'article 16, les conditions de mise en œuvre les plus anecdotiques.

B – LES RÉGIMES D'EXCEPTION RELEVANT DE LA CATÉGORIE DES ÉTATS D'URGENCE

308. La soumission de ces régimes d'exception à un test standardisé, dérivé des propriétés définitionnelles de l'état d'urgence, permet, sur le plan scientifique, de quantifier leurs proximités respectives avec le modèle d'état d'urgence proposé et, étape indispensable à la poursuite de cette étude, de délimiter précisément le champ empirique d'analyse. Ces résultats peuvent être utilement synthétisés sous la forme d'un tableau à double entrée (§1). Si une telle démarche est tout à fait justifiée dans son principe, les modalités concrètes de sa réalisation, la répartition quantitative des régimes d'exception testés dans les catégories créées et, plus généralement, la portée effective de ses résultats ne saurait faire l'économie d'une autocritique exigeante (§2).

§1 – Les résultats du test d'appartenance

309. Les 15 régimes d'exception testés, qui sont ceux identifiés dans les développements précédents, ne relèvent pas tous de la catégorie des états d'urgence. Ils entretiennent avec cette dernière une proximité variable, matérialisée par leurs scores respectifs (nécessairement compris entre 0 et 1) au test d'appartenance des états d'urgence¹⁰¹⁹. Ce score, calculé au moyen d'un programme informatique développé à cette occasion¹⁰²⁰, dépend des réponses données aux dix questions binaires que comporte le test, qui sont elles-mêmes directement adaptées des propriétés définitionnelles de l'état d'urgence¹⁰²¹. Pour être classé parmi les états d'urgence, un régime d'exception doit obtenir un score supérieur ou égal à 0.7 et n'être entaché d'aucune réponse éliminatoire (notée « RE »). Parmi les régimes d'exception qui ne sont pas des états d'urgence, sont différenciés les régimes d'exception voisins de ce modèle (score supérieur ou égal à 0.5) et les régimes d'exception qui en sont éloignés (score strictement inférieur à 0.5), catégorie regroupant en réalité des régimes si disparates que la qualité de « régime d'exception » qui leur a été, par commodité, attribuée, pourrait être discutée.

¹⁰¹⁹ Cf. Annexe E : Passage du test d'appartenance.

¹⁰²⁰ Cf. Annexe D : Programme informatique du test d'appartenance.

¹⁰²¹ Cf. Annexe C : Critères du test d'appartenance.

RÉGIME D'EXCEPTION	SYSTÈME JURIDIQUE	SCORE	CLASSIFICATION
État d'urgence sécuritaire (contemporain)	Français	0.9	Régime d'exception « état d'urgence »
État d'urgence sanitaire	Français	0.9	
État d'exception (art. 116)	Espagnol	0.9	
État d'alerte (art. 116)	Espagnol	0.9	
État de siège (contemporain)	Français	0.7 (2 RE)	Régime d'exception « voisin »
État d'exception (LOP 1959)	Espagnol	0.5	
Pouvoirs spéciaux en Algérie	Français	0.5	
Situation d'intérêt	Espagnol	0.5 (1 RE)	
État de siège (art. 116)	Espagnol	0.5 (2 RE)	
Coercition de l'État	Espagnol	0.5 (2 RE)	
Décrets-lois d'extraordinaire et d'urgente nécessité	Espagnol	0.4 (2 RE)	Régime d'exception « éloigné »
Loi Tréveneuc	Français	0.4 (2 RE)	
Suspension individuelle des droits et libertés (art. 55.1)	Espagnol	0.3 (2 RE)	
Pouvoirs exceptionnels du Président de la République	Français	0.2 (2 RE)	
État de guerre (LOP 1959)	Espagnol	0.1 (3 RE)	

§2 – La répartition et la portée des résultats

310. D'un point de vue quantitatif, il ressort de ce tableau la répartition suivante : quatre états d'urgence, dont deux français et deux espagnols, six régimes d'exception voisins et cinq régimes d'exception éloignés. L'échantillon qui en résulte est, dans la perspective de l'analyse empirique des chapitres suivants, satisfaisant. Il permet une comparaison riche, tant par les variations de fond qui séparent les régimes retenus – ils procédant partiellement d'époques, de logiques et de cultures juridiques et linguistiques différentes – que par les matériaux empiriques nés de leurs applications, tout en garantissant un niveau suffisant d'homogénéité. Les régimes d'exception relevant de la catégorie des états d'urgence feront ainsi l'objet d'une comparaison systématique et détaillée, enrichie, lorsque cela s'avère judicieux, par des illustrations et des ouvertures ciblées sur certains aspects comparables de régimes d'exception voisins et, de manière beaucoup plus épisodique et prudente, aux régimes de la troisième catégorie.

311. D'un point de vue qualitatif, la répartition obtenue paraît cohérente avec les observations effectuées précédemment, comme avec le sens commun. D'une part, les quatre régimes d'exception les plus couramment tenus pour des états d'urgence dans d'autres typologies sont les seuls classés dans cette catégorie par le présent test. Ils obtiennent un score identique de 0.9, avec la caractéristique intéressante d'avoir chacun perdu 0.1 point sur une question différente, ce qui coupe court à l'hypothèse selon laquelle ce résultat s'expliquerait exclusivement par un manque de sensibilité du test. D'autre part, les régimes qui présentent des similitudes fonctionnelles fortes tendent à être groupés, à l'image des états de siège français et espagnols ou des régimes les plus dérogatoires de leur ordre juridique, comme l'état de guerre franquiste et l'article 16 français.

312. Il faut toutefois humblement faire l'autocritique de ce test d'appartenance et de la méthodologie qui sous-tend sa création et sa mobilisation. Si les résultats témoignent d'une vigilance toute particulière lors du choix des critères à éviter le biais ethnocentrique, notamment en faisant du modèle français l'étalon du modèle de l'état d'urgence, l'élaboration et la présentation des résultats de ce test sont indéniablement soumises à une part non négligeable de subjectivité. Le chercheur qui manie ce type d'outils – *a fortiori* quand il en est aussi le créateur – dispose d'une marge de manœuvre problématique, lui permettant d'ajuster les catégories, les scores et les seuils, de manière à influencer les résultats. Il ne s'agit pas de mauvaise foi scientifique, mais seulement d'une trop grande marge d'appréciation, irréductible du fait de l'imprécision des mots et la nécessité d'effectuer des jugements de valeur.

313. Conclusion du chapitre. L'analyse de l'évolution historique des rapports des systèmes français et espagnols aux régimes d'exception témoigne des passions qu'ils cristallisent. De même que leur condamnation de principe au XIX^e siècle n'a pas résisté à la nécessité pragmatique de se prémunir contre les crises protéiformes auxquelles sont confrontés les États, l'enthousiasme à leur égard a toujours fini par s'essouffler. Les excès récents des états d'urgence sécuritaire et sanitaires ont à ce titre initié une intéressante convergence entre deux traditions de l'exception, que l'histoire de la seconde partie du XX^e siècle avait en partie éloignées. Cette approche généalogique révèle par ailleurs une différence structurante de culture juridique entre la France et l'Espagne : alors que l'arsenal d'exception français, construit et modifié au hasard des crises, trahit une certaine hésitation entre les modèles continentaux et législatifs, le droit d'exception espagnol, qui s'inscrit pleinement dans le modèle traditionnel, témoigne paradoxalement d'un raffinement juridique innovant. Les comparaisons plus précises opérées entre les régimes d'exception de ces deux États révèlent le caractère hétéroclite de leurs prévisions juridiques, de leurs intensités et des situations qu'ils permettent d'appréhender. Cela se traduit notamment dans les résultats du protocole de test : sur 15 régimes d'exception testés, seuls 4 répondent pleinement à la définition d'un état d'urgence.

CHAPITRE II – POUR UNE MISE EN PERSPECTIVE CRITIQUE DES ÉTATS D’URGENCE

« Plus les individus éprouvent leur fragilité devant ces périls qui les menacent, plus ils attendent davantage du Pouvoir dont la puissance se nourrit ainsi de la faiblesse des sujets ».

BURDEAU G., « Mythologie du pouvoir », in BURDEAU G., *Écrits de droit constitutionnel et de science politique*, Panthéon Assas, Introuvables, 2011, p. 636.

314. La pratique contemporaine des états d’urgence soulève des problématiques juridiques, politiques et sociétales majeures, qu’une étude, même strictement juridique, serait bien en peine d’occulter. Caractérisée par des tensions et par des tendances, qui naissent de la rencontre conflictuelle entre, d’une part, des cultures juridiques et politiques toujours plus volontaires pour consacrer des droits et, d’autre part, la force normative de risques renouvelés par la modernité. La mobilisation de ces régimes d’exception a pour effet de rompre le fragile équilibre institutionnel. Le Parlement se retrouve dans une situation infiniment complexe, pris en tension entre la nécessité absolue d’assurer un contrôle rigoureux des mesures juridiques attentatoires aux droits et libertés qui sont prises par l’exécutif, et les impératifs de l’urgence à agir et de l’unité nationale générée par la menace. Il risque à tout moment de s’effacer tout à fait, devant un exécutif de crise, symbole d’autorité face à la perte de contrôle engendrée par la crise, qui fait un usage fin des rhétoriques de l’évidence, du réalisme et de l’unité, pour s’assurer de l’alignement des autres pouvoirs derrière son action (**SECTION I**). Ce mode de gouvernance omniprésent en périodes de crise participe, aux côtés des tendances sécuritaires et risquophobes des sociétés contemporaines, à redéfinir la place des états d’urgence dans l’ordre juridique. Présentés comme autant de « boucliers » de l’État de droit, ces mécanismes dangereux, plus faciles à déclarer qu’à quitter, envahissent peu à peu l’univers politique et juridique, jusqu’à devenir les instruments privilégiés, systématiques et pérennes d’une tentative désespérée de maîtriser l’incertitude (**SECTION II**).

SECTION I – L'ÉTAT D'URGENCE : UN MODE DE GOUVERNANCE ?

315. Au-delà des spécificités de chaque situation, certaines tendances, qui pour certaines s'inscrivent dans la continuité historique et pour d'autres, sont apportées par la modernité, ressortent des comportements normatifs des organes exécutifs et législatifs confrontés aux états d'urgence. Prises dans leur globalité, elles esquissent un « mode de gouvernance » propre aux états d'urgence. Amené à voter la prorogation des états d'urgence sous une grande pression temporelle, limité dans sa liberté par le devoir d'unité nationale qui paraît lui incomber dans les circonstances de crise, le Parlement se transforme parfois en chambre d'enregistrement de la volonté de l'exécutif, au grand dam de la qualité du débat démocratique (A). Corollairement et conformément à la philosophie de l'état d'exception, l'exécutif monte en puissance. Il construit un climat favorable à l'approbation de son action, en jouant sur les registres rhétoriques et martiaux de la crise, de l'unité, de la mobilisation, de l'évidence et du réalisme face à la dureté du réel (B).

A – UN PARLEMENT SOUS PRESSION

316. En temps de crise, les parlements français et espagnols voient leur rapport au temps profondément modifié¹⁰²². Les conséquences de la survenue d'une crise au niveau étatique se font en effet directement ressentir dans les thématiques et dans le climat des débats parlementaires. Soumises, parfois par leur propre intériorisation de ce devoir, à l'impératif de s'aligner derrière la volonté de l'exécutif pour témoigner d'une unité de crise, souvent au détriment de la portée de son contrôle (§2), les chambres parlementaires doivent, au surcroît, travailler dans une urgence profondément délétère à la qualité des débats et à la capacité de se projeter dans le temps long (§1).

§1 – Un parlement soumis à l'urgence

¹⁰²² Se référer à **CARTIER E., TOULEMONDE G.** (dir.), *Le Parlement et le temps. Approche comparée*, Institut Universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2017, 370 p. et spéc. à **CARTIER E., TOULEMONDE G., RIDARD B.** (dir.), *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des parlements en Europe*, Étude, Fondation Robert Schuman, 2020, 150 p.

317. La confusion entretenue par les déclarations gouvernementales entre recours aux états d'urgence et accélération des procédures parlementaires affaiblit la qualité du processus décisionnel, en le soumettant à une pression temporelle démesurée (a). Fruit d'une précipitation motivée par des croyances, des idéologies et des calculs plus pragmatiques, les textes adoptés par le Parlement posent frontalement la question de la rationalité des décisions prises dans l'urgence (b).

a – Des appels à l'urgence du débat aux effets délétères

318. Les textes juridiques d'urgence, comme les régimes d'exception et les actes relatifs à leur mise en œuvre sont le plus souvent adoptés dans l'urgence. Sans remettre en cause qu'en de telles situations, le Parlement, comme toute autre autorité – en novembre 2015, le Conseil des ministres déclarant l'état d'urgence se tenait alors même que les attaques terroristes se déroulaient encore¹⁰²³ –, peut être amené à opérer des choix difficiles en peu de temps, un tel comportement n'est peut-être pas aussi nécessaire qu'il peut le laisser apparaître. Il résulte d'injonctions de l'exécutif à voter les régimes d'exception dans l'urgence¹⁰²⁴ qui, lorsqu'elles sont honorées par les parlementaires, acceptant alors de relever le « défi de la célérité » du Gouvernement¹⁰²⁵, sont suivies de remerciements pour l'empressement montré à voter les textes¹⁰²⁶. L'immixtion de l'urgence au plus profond des modalités du travail parlementaire, symptomatique des périodes d'exception, a été observée dans de nombreux systèmes juridiques européens pendant la crise de la Covid-19¹⁰²⁷. Elle procède notamment d'une assimilation dangereuse entre l'urgence de la situation et l'urgence de légiférer à son égard : si le droit ordinaire permet d'appréhender la crise, ou si l'exécutif dispose déjà des outils d'exception dont il a besoin, comme c'est le cas lors de la prorogation, l'urgence prétextée est en partie artificielle.

319. Cette confusion sciemment entretenue irrigue l'adoption et la mise en œuvre de tous les états d'urgence français, et ce, de la discussion au Conseil de la République du texte originel

¹⁰²³ HOLLANDE F., Discours télévisé, 13 novembre 2015 : « Au moment où je m'exprime, des attaques terroristes d'une ampleur sans précédent sont en cours dans l'agglomération parisienne (...) J'ai également convoqué le Conseil des ministres, il va se tenir dans quelques minutes (...) l'état d'urgence sera décrété (...) ».

¹⁰²⁴ V. par ex. PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁰²⁵ GUÉVENOUX M., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 22 mars 2020.

¹⁰²⁶ V. par ex. BOURGÈS-MAUNOURY M., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁰²⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport 2021 sur l'état de droit, COM (2021), 20 juillet 2021, p. 28.

de l'état d'urgence, si courte que plusieurs parlementaires dénoncent un projet de loi grave voté « à la sauvette »¹⁰²⁸, au vote du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, délibéré en Conseil des ministres et voté par le Parlement en seulement 4 jours¹⁰²⁹, en passant par la temporalité zélée de nombreuses lois de prorogation¹⁰³⁰. Dénoncée par certains parlementaires, tant pour l'état d'urgence sécuritaire¹⁰³¹ que sanitaire¹⁰³², la célérité extrême du Parlement a des conséquences lourdes sur le débat démocratique.

319.1. Premièrement, cet empressement a pour effet de diminuer la qualité et le volume des rapports parlementaires, pourtant essentiels au débat et en temps ordinaire si bien fournis. Cela se confirme, au moins en France, sur l'ensemble de la période étudiée. Dès le vote de la loi du 3 avril 1955, lors de la séance du même jour, les membres du Conseil de la République déplorent la brièveté, le caractère expéditif, l'absence de demandes de modifications du rapport de la commission de l'intérieur¹⁰³³. Le rapporteur lui-même reconnaît qu'il n'est pas suffisamment circonstancié¹⁰³⁴. Il en sera de même pour le rapport sénatorial de début août 1955, qui ne fait quelques lignes¹⁰³⁵ et qui empêche, selon Léo Hamon, toute discussion constructive¹⁰³⁶, pour la prorogation de l'état d'urgence en juillet 2017, pour laquelle le ministre de l'intérieur n'a pas pris le temps de venir devant la commission des lois présenter son projet de loi¹⁰³⁷ ou, pour la prorogation du 7 novembre 2020, au regard de la brièveté problématique de l'intervention du rapporteur¹⁰³⁸. Il en serait de même avec certaines demandes gouvernementales adressées au Parlement en Espagne, d'un volume très insuffisant, et ne comportant pas les rapports obligatoires¹⁰³⁹.

¹⁰²⁸ FRANCESCHI M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

¹⁰²⁹ GUÉVENOUX M., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 22 mars 2020.

¹⁰³⁰ ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 ; MERCIER M., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016 ; V. **DEROSIER J.-PH.**, « L'état d'urgence est justifié mais la précipitation inquiétante », *L'opinion.fr*, 24 juillet 2016, en ligne.

¹⁰³¹ BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁰³² CORBIÈRE A., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020 ; GARRIDO R., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022 ; LA GONTRIE (DE) M.-P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

¹⁰³³ MARRANE G., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

¹⁰³⁴ SCHWARTZ R., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

¹⁰³⁵ De manière topique, le rapport fait au nom de la commission de l'intérieur sur le projet de loi relatif à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie du 3 août 1955 ne fait que quelques lignes.

¹⁰³⁶ HAMON L., déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁰³⁷ BERNALICIS H. et LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁰³⁸ GOSSELIN PH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020 : « Je note la brièveté du rapporteur : difficile de faire plus bref sur un sujet aussi grave ».

¹⁰³⁹ RIDAO I MARTÍN J., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

319.2. Deuxièmement, le caractère expéditif des débats participe à décourager la structuration et l'expression d'une opposition, déjà par ailleurs très affaiblie par l'unité nationale accompagnant les crises¹⁰⁴⁰. Comme l'écrit très justement Francesco Natoli, la célérité de la procédure législative de prorogation de l'état d'urgence favorise une quête « émotionnelle » du consensus¹⁰⁴¹, incompatible avec la contradiction démocratique qui devrait conduire les débats. C'est ainsi que la sénatrice Éliane Assassi affirme faire preuve de « responsabilité » en n'alimentant aucune controverse qui pourrait retarder la vitesse de l'action du Gouvernement¹⁰⁴². Lorsqu'en août 2021, le Conseil constitutionnel a l'opportunité de se prononcer à ce sujet, il estime, après avoir pourtant relevé la « particulière brièveté » des délais retenus à l'Assemblée nationale, que cette célérité n'a pas en l'espèce fait obstacle à l'exercice effectif du droit d'amendement, tout comme elle n'a pas eu pour effet de priver le débat parlementaire des exigences de clarté et de sincérité qui lui incombent¹⁰⁴³.

319.3. Troisièmement, l'urgence des décisions déconnecte le processus décisionnel de l'histoire dans laquelle il s'inscrit, comme des conséquences médiates et immédiates des mots auxquels est, à l'issue du débat parlementaire, donnée une valeur contraignante. Si, comme l'écrit Saint-Augustin, le temps n'existe que dans notre esprit, lorsque nous réalisons la mémoire des choses passées et l'attente des choses futures¹⁰⁴⁴, son accélération focalise l'attention sur le présent, et seulement sur lui. La dilatation du temps lors des crises, relevée par exemple par le Président du gouvernement espagnol lors de l'application de l'état d'alerte¹⁰⁴⁵, a des conséquences désastreuses sur la production normative – y compris celle des juges. Marcher dans les ténèbres sans l'éclairage du présent¹⁰⁴⁶ c'est, pour le Parlement, être incapable de penser l'intérêt de la Nation¹⁰⁴⁷, ne plus assurer le lien entre l'héritage du passé, les priorités du présent et les défis du futur¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁰ Cf. *infra*, n° 329 et s.

¹⁰⁴¹ V. NATOLI F., « Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation... », art. cit., p. 124.

¹⁰⁴² ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁰⁴³ Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 9 et 10.

¹⁰⁴⁴ SAINT-AUGUSTIN, *Les confessions*, op. cit., Livre IX, Chap. XIV.

¹⁰⁴⁵ Pour le Président du gouvernement, l'état d'alerte a changé la perception du temps des parlementaires et de l'exécutif. Les trois mois pendant lequel il était en vigueur ont semblé sans fin (SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25).

¹⁰⁴⁶ TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 399.

¹⁰⁴⁷ La constitution implique une double orientation : vers nos prédécesseurs et vers nos successeurs (V. RICOEUR P., *Temps et récit*, t. III, Le temps raconté, Seuil, L'ordre philosophique, 1985, p. 333).

¹⁰⁴⁸ FINCHELSTEIN G., *La dictature de l'urgence*, op. cit., p. 145 ; Il est nécessaire de « se remémor[r] les choses passées pour juger le présent et prévoir l'avenir » (LA BOÉTIE (DE) É., *Discours de la servitude volontaire*, op. cit., p. 27).

319.4. Lorsque la précipitation imprime ses marques dans les procédures et les actes législatifs, l'urgence risque de produire ses effets les plus dangereux. La doctrine a maintes fois insisté sur la nécessité du temps long en matière législative, qui s'accommode mal des urgences gouvernementales¹⁰⁴⁹, qui est nécessaire pour fabriquer la volonté générale¹⁰⁵⁰ et qui, s'il est soumis aux passions, fait perdre aux parlementaires « l'âme des mots »¹⁰⁵¹. Certains parlementaires abondent en ce sens, comme Philippe Gosselin qui, le 22 mars 2020, met en perspective la rapidité du débat avec les conséquences sur les droits et libertés du texte voté¹⁰⁵² ou François Pupponi qui déplore des mesures prises dans la précipitation, soustrayant aux parlementaires toute visibilité sur les conséquences de leurs actes¹⁰⁵³. Ils sont surtout nombreux à souligner la nécessité de repenser, une fois la nécessité d'agir dans l'urgence passée¹⁰⁵⁴, les modalités d'une inscription pérenne et proportionnée de l'état d'urgence sanitaire dans le droit¹⁰⁵⁵. Dans son avis du 24 juin 2022, le Conseil d'État s'exprime en faveur de cette idée¹⁰⁵⁶.

b – La rationalité des décisions dans le paradigme contemporain de l'urgence

320. Ces appels – le plus souvent suivis – à l'urgence ne sont que les symptômes de causes médiate et structurelles, relatives à la conception contemporaine du temps. La « société de l'urgence » décrite par Nicole Aubert se caractérise par une obligation intériorisée des individus et des institutions de fonctionner dans l'urgence. Il faut « soumettre » et « dominer » le temps, ce « monstre contemporain » toujours fuyant¹⁰⁵⁷. Dans ce contexte, où tout est « urgent et

¹⁰⁴⁹ HÉRIN J.-L., « Le Parlement et la loi », in SÉNAT (dir.), *L'écriture de la loi*, Les colloques institutionnels du Sénat, Actes de colloque n° 3, juillet 2014 : « l'écriture parlementaire de la loi nécessite un certain temps qui peut se révéler incompatible avec les urgences ou l'rythmie du travail gouvernemental ».

¹⁰⁵⁰ ROUSSEAU D., « La force magique de la Constitution », *La revue lacanienne*, 2016/1, n° 17, p. 31-41, en ligne : « La volonté générale ne se produit pas spontanément ni dans l'insouciance de l'instant ; elle se "fabrique" avec mesure, avec prudence ».

¹⁰⁵¹ V. TAUBIRA CH., « Conclusion », in SÉNAT (dir.), *L'écriture de la loi*, op. cit.

¹⁰⁵² GOSSELIN PH., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 22 mars 2020.

¹⁰⁵³ PUPPONI F., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 9 mai 2020.

¹⁰⁵⁴ PONT J.-P., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020 : « Ce n'est pas en pleine tempête qu'il convient de remettre en cause le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire ; le risque serait de l'affaiblir ».

¹⁰⁵⁵ MILON A., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; HOULIÉ S., président de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁰⁵⁶ CE (avis), Commission permanente, 24 juin 2022, *Avis sur un de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19*, n° 405549.

¹⁰⁵⁷ AUBERT N., *Le Culte de l'Urgence...*, op. cit., p. 78 et 122.

important », au sens de la matrice d'Eisenhower, il devient impossible de hiérarchiser les urgences. La pression temporelle envahit les esprits¹⁰⁵⁸, comme le vocabulaire¹⁰⁵⁹.

321. Irriguant la société dans son ensemble, ce changement de paradigme n'est pas sans affecter la temporalité des lieux de pouvoir. Dans les cabinets ministériels, les heures deviennent des minutes¹⁰⁶⁰ et la fébrilité est permanente¹⁰⁶¹. Le Parlement n'est pas épargné par ce phénomène planétaire, fruit de la globalisation du risque et des nouvelles technologiques de l'information et de la communication. Si, en temps ordinaire, il se caractérise déjà par son obsession de la gestion du temps¹⁰⁶², certaines pratiques de plus en plus répandues inquiètent, comme le recours de plus en plus fréquent aux « séances de nuit »¹⁰⁶³ ou, surtout, à la procédure accélérée¹⁰⁶⁴.

322. Le sens commun semble associer le temps long à la qualité de la réflexion, et l'urgence à la précipitation et aux mauvaises décisions. Cette position consiste, assez classiquement, à voir une certaine lenteur comme condition de toute œuvre réussie¹⁰⁶⁵. La désorganisation et l'empressement seraient de nature à produire des décisions plus émotives que rationnelles, plus emportées que réfléchies. La jeune héroïne de l'œuvre majeure de Lewis Carroll l'illustre parfaitement¹⁰⁶⁶. Faut-il dès lors en conclure que cette accoutumance parlementaire à l'urgence, qui se manifeste avec une intensité toute particulière en période de crise, nuit à la qualité des fruits du travail parlementaire ?

¹⁰⁵⁸ Les enquêtes DARES et de l'Observatoire Dauphine-Cegos du e-management nous apprennent que la moitié des salariés français vivent de manière habituelle sous la pression du temps (FINCHELSTEIN G., *La dictature de l'urgence*, op. cit., p. 58).

¹⁰⁵⁹ En témoignent de nouvelles expressions, comme « *Takt time* », « *single minute exchange of die* », avant terme, marché gris, polychronie, enchevêtrement des temps sociaux, ou surcharge informationnelle. (*Id.*, p. 71 et s).

¹⁰⁶⁰ *Id.*, p. 13.

¹⁰⁶¹ V. RIVELINE C., « De l'urgence en gestion », *Annales des mines, Gérer et Comprendre*, mars 1991, en ligne.

¹⁰⁶² En témoigne, par exemple, la grande réforme du règlement de l'Assemblée nationale en 1995, qui eut pour thème central la question : « comment gagner du temps dans l'hémicycle ? ».

¹⁰⁶³ Sur les problèmes posés par la pratique des séances de nuit au Parlement et l'accélération du débat qu'elle provoque, V. VIGOUROUX CH., « La spécificité du texte législatif par rapport aux autres types de normes », in SÉNAT (dir.), *L'écriture de la loi*, op. cit.

¹⁰⁶⁴ Les chiffres parlent d'eux-mêmes. Alors que pour la session 2009-2010, la procédure accélérée était mobilisée pour seulement 30% des projets et propositions de lois, ce pourcentage était de 81% pour la session 2018-2019 (SÉNAT, Rapport d'information, n° 542, 4 juin 2019, en ligne).

¹⁰⁶⁵ Doit-on gager, comme l'écrivait si bien Fernand Léger dans ses correspondances avec Louis Carré, qu'il est une lenteur nécessaire à l'élaboration d'un « grand tableau » ou d'un « beau roman », pouvant être comparée à celle de la croissance de l'arbre, « contraint[e] par les règles des grandes forces naturelles » ? (*Lettre adressée à Louis Carré*, 1945).

¹⁰⁶⁶ Dans Alice au pays des merveilles, ne serait-ce pas l'urgence de se décider qui pousse la jeune héroïne dans le terrier du Lapin ? « En retard », le Lapin ne lui laisse pas le temps de peser le pour et le contre d'une telle décision. Elle se jette alors dans l'inconnu.

323. En situation d'urgence, la meilleure décision à prendre n'est pas la décision optimale dans l'absolu, mais la décision qui concilie le mieux le temps de l'action – qui peut se matérialiser très concrètement par des vies humaines perdues – et la complexité de la décision à prendre. Dans le « cas-limite de l'agir »¹⁰⁶⁷ de la situation d'urgence, il faut repenser les critères habituels de la rationalité, si tant est qu'il s'agisse d'une notion pertinente dans des matières aussi politiques¹⁰⁶⁸. Ainsi pour l'école de la rationalité limitée, le décideur, n'ayant accès qu'à une partie des informations pertinentes, doit arrêter sa décision lorsqu'elle est satisfaisante et non lorsqu'elle est optimale, pour atteindre un « optimum éco-rationnel »¹⁰⁶⁹. Loin de s'adonner à des spéculations sensationnistes sur la toute-puissance de l'intuition, à l'image de Malcolm Gladwell¹⁰⁷⁰, ce qui a l'effet pervers de justifier la vitesse en l'associant à la rationalité, cette école défend très sérieusement la théorie selon laquelle optimiser au sens classique, c'est en réalité sous-optimiser.

324. Si l'urgence est assurément un « ingrédient inévitable de toute prise de décision »¹⁰⁷¹, elle peut, dans des manifestations les plus aiguës, nuire fortement à la capacité de discernement du Parlement. Pour limiter ses effets négatifs sur la qualité de la norme, sur la portée démocratique du débat parlementaire et sur sa capacité à inscrire leur action dans le temps long, il convient de s'assurer que l'urgence insinuée dans le débat parlementaire reflète le strict degré d'urgence de la situation, sans opérer de raccourci. Il s'agit, comme l'exprime Édouard Philippe, de trouver le juste équilibre entre « la rapidité de la décision dans la bataille » et « l'impératif absolu du contrôle démocratique »¹⁰⁷². Il faut, enfin, reconnaître avec modestie que les textes votés dans l'urgence l'ont été sur la base de données parcellaires et au prisme d'une lecture plus émotionnelle qu'à l'accoutumée. Une fois la crise passée, ils gagneraient souvent à être réécrits.

¹⁰⁶⁷ **PIERON J.-P.**, « L'urgence », in **GUINERET H.** (dir.), *L'action - délibérer, décider, accomplir*, Ellipses, 2006, 144 p.

¹⁰⁶⁸ Pour certains auteurs, à l'image de Georges Burdeau, en matière de décision politique, la rationalité n'existe pas. Les ressorts profonds de l'univers politique sont « d'ordre magique ou passionnel car il est le reflet d'une transposition de la réalité sur un registre où ni les situations ni les actes ne sont justiciables de la raison commune » (« Processus décisionnel et décision politique », in *Écrits de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 598).

¹⁰⁶⁹ **RIVELINE C.**, « De l'urgence en gestion », art. cit.

¹⁰⁷⁰ Outre-Atlantique, l'essai de Malcolm Gladwell (*La force de l'intuition. Prendre la bonne décision en deux secondes*, Robert Lafon, 2006), intitulé en version originale *The power of thinking without thinking*, eut un succès retentissant. L'auteur soutient avec conviction que l'urgence serait une circonstance positive, et même propice à la décision. À l'appui de cela, des chiffres impressionnants : 82 prix Nobel sur 93 attribuent leurs découvertes à l'intuition.

¹⁰⁷¹ **RIVELINE C.**, « De l'urgence en gestion », art. cit.

¹⁰⁷² **PHILIPPE É.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

§2 – Un parlement contraint au devoir d'unité nationale

325. Les périodes de crise entraînent presque mécaniquement un mouvement d'alignement derrière l'action gouvernementale, qui limite les possibilités laissées aux forces d'opposition de se faire entendre et, de manière plus préoccupante encore, d'opérer un contrôle efficace de l'action de la majorité (a). Ce phénomène est aggravé par le choix des parlementaires de reconnaître et de donner une pleine portée à un devoir renforcé d'unité nationale qui, à certains égards, charrie des dangers vitaux dont il faut urgemment prendre conscience (b).

a – Des possibilités limitées d'opposition parlementaire

326. Il y va de « l'honneur de la démocratie » que le Parlement soit en mesure d'assurer, y compris et peut-être surtout dans les périodes de restrictions de libertés, un contrôle effectif de l'agir de l'exécutif et, en particulier, de l'arbitrage démocratique entre la sauvegarde de l'État et la préservation de ses principes les plus fondamentaux¹⁰⁷³. Cette idée est partagée par la doctrine, qui y voit une mission fondamentale du Parlement¹⁰⁷⁴, par les parlementaires, qu'ils soient de la majorité comme de l'opposition¹⁰⁷⁵, par le Gouvernement lui-même, qui déclare en toute occasion avoir le souci d'assurer l'effectivité du contrôle parlementaire¹⁰⁷⁶ et par le juge, notamment espagnol, qui, dans une décision récente, érige ce contrôle en « devoir constitutionnel » du Congrès des députés susceptible d'entraîner, lorsqu'il est défaillant, l'inconstitutionnalité du décret-royal qui y aurait échappé¹⁰⁷⁷.

327. S'il s'agit d'un principe démocratique essentiel que peu s'aventurent à remettre en cause, sa portée effective est bien en deçà de sa place dans les discours. Confirmant une tendance bien établie sur les plans historiques et comparées, la récente crise sanitaire a entraîné, dans l'ensemble, un « auto-dessaisissement » des parlements nationaux des États membres de l'Union européenne au profit des exécutifs nationaux¹⁰⁷⁸. En attendant de mesurer plus précisément la portée et les modalités de l'impuissance parlementaire lors des crises, qui appelle

¹⁰⁷³ SADOUM M., « Opposition et démocratie », *Pouvoirs*, n° 106, janvier 2004, p. 5-21.

¹⁰⁷⁴ HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 653 : « Durant [les] périodes de crise, le contrôle du Parlement paraît plus nécessaire que jamais (...) en raison même de la gravité de la situation, il serait anormal que l'organe dépositaire de la souveraineté nationale ne soit pas au moins associé aux grandes décisions à prendre ».

¹⁰⁷⁵ ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; GOSSELIN PH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁰⁷⁶ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Presidente del gobierno, Sesión plenaria núm. 16, 9 de abril de 2020, p. 5 et s.

¹⁰⁷⁷ STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021, FJ 8 ; Cf. *infra*, n° 696.

¹⁰⁷⁸ Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 13.

évidemment à plus de nuance¹⁰⁷⁹, il convient d'examiner certaines des principales hypothèses proposant d'en expliquer les causes.

327.1. Une première explication consisterait à admettre que les états d'urgence sont, par principe, défavorables à toute idée d'un contrôle parlementaire étendu. Une telle piste est néanmoins fragile. D'une part, les prévisions de ce contrôle ont été substantiellement renforcées dans les régimes contemporains des états d'urgence, sans leur retirer pour autant leur effectivité. D'autre part, le droit des temps ordinaires n'est, sous de nombreux aspects, pas plus favorable au contrôle parlementaire que les régimes d'exception. C'est en ce sens qu'en France, de nombreux acteurs de l'état d'urgence sanitaire y voient un dispositif plus respectueux de l'office parlementaire que les dispositions de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique¹⁰⁸⁰ ou qu'en Espagne, l'état d'alerte est parfois perçu comme la seule solution juridique pour empêcher le Gouvernement d'échapper au contrôle parlementaire¹⁰⁸¹.

327.2. Une seconde explication, très présente dans les débats espagnols, met en cause la bonne volonté de l'exécutif. Pour certains parlementaires, le Gouvernement ne s'impliquerait pas assez pour assurer l'effectivité du contrôle¹⁰⁸². Il chercherait même, selon d'autres, à s'y soustraire en demandant des prorogations toujours plus étendues¹⁰⁸³.

327.3. Une troisième explication, cette fois surtout valable pour la France, touche à un entrecroisement des problématiques parasitant, lors des débats parlementaires, les discussions sur les aspects juridiques des états d'urgence. Conformément au souhait formulé par la commission de l'intérieur dans son rapport pour la séance du 3 avril 1955¹⁰⁸⁴, les parlementaires ont le plus souvent considéré l'état d'urgence dans l'action d'ensemble du Gouvernement,

¹⁰⁷⁹ Cf. *infra*, n° 674 et s.

¹⁰⁸⁰ Le cadre de l'état d'urgence sanitaire est plus respectueux du Parlement et de la vie démocratique que celui de l'article L. 3131-1, qui consiste en un simple arrêté ministériel (PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020) ; L'état d'urgence sanitaire interdit, pour sa part, à l'exécutif d'agir seul (CORBIÈRE A., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020) ; Recourir à l'état d'urgence sanitaire procéderait ainsi non d'une volonté d'éclipser le contrôle parlementaire, mais au contraire, d'en renforcer l'exercice (VÉRANO., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹⁰⁸¹ L'état d'alerte assurerait l'effectivité du contrôle parlementaire, alors que la législation ordinaire permettrait au gouvernement de lui échapper (ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59) ; Il ne faudrait donc pas « criminaliser » ce dispositif (ARRIMADAS GARCÍA I., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59).

¹⁰⁸² Une députée considère que le Gouvernement vient au Parlement pour « s'abreuver à la source de la démocratie », mais seulement « lorsqu'il a soif » (ORAMAS GONZÁLEZ-MORO A. M., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17).

¹⁰⁸³ BORRÀS I CASTANYER L. et REGO CANDAMIL N., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

¹⁰⁸⁴ SCHWARTZ R., rapporteur de la commission de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

donnant ainsi aux débats concernant ce dispositif un large horizon politique et économique. Ce phénomène est par exemple très marqué le 4 août 1955, lorsque la question algérienne a complètement éclipsé le débat juridique¹⁰⁸⁵. Plus récemment, les débats sur l'état d'urgence sanitaire donnaient une place prépondérante aux questions économiques et sociales, à commencer par celle des réformes de fond auxquelles appelle un système hospitalier à l'agonie¹⁰⁸⁶.

327.4. Une quatrième explication fait peser la responsabilité sur le manque de hauteur des débats, sinon des parlementaires eux-mêmes. En France, Jean-Christophe Lagarde constate la dégradation progressive du climat parlementaire, au fur et à mesure de l'application de l'état d'urgence sanitaire, qui s'est traduit par des débats agités, où il était impossible de faire valoir son point de vue¹⁰⁸⁷ et Olivier Véran regrette que le débat se cristallise sur des positions inconciliables¹⁰⁸⁸. Ce problème de communication est, paradoxalement, toujours aussi présent lors de la discussion sur les mesures transitoires – pourtant anecdotiques – demandées par le Gouvernement lors de l'abrogation des régimes de la crise sanitaire. Invectivé par l'opposition, le ministre de la santé parvient difficilement à conclure son intervention¹⁰⁸⁹. En Espagne, certains parlementaires tiennent des propos violents envers un Gouvernement qu'ils accusent de mentir et en lequel ils n'ont plus aucune confiance pour gérer la crise¹⁰⁹⁰. Face au constat de ce climat délétère, des membres de l'exécutif, rejoints par une partie des parlementaires, multiplient les appels à des débats constructifs¹⁰⁹¹, dignes¹⁰⁹², dénués de passions et non

¹⁰⁸⁵ Le 4 août, la discussion devant le Conseil de la République tourna abondamment autour de la question algérienne : économie, relation entre la métropole et l'Algérie, l'indépendance, la scolarisation et les salaires des ressortissants algériens (V. par ex. DUMONT Y. et EL HADI M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955). Léo Hamon regretta qu'un si grand débat sur la situation en Algérie s'engage à l'occasion de la prorogation de la loi sur l'état d'urgence (HAMON L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955).

¹⁰⁸⁶ V. spéc. JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁰⁸⁷ Alors qu'il connaissait de « beaux moments parlementaires » au printemps 2020, le Parlement serait maintenant le siège de « débats indignes », où règnerait l'incapacité à surmonter les différences de points de vue (LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

¹⁰⁸⁸ VÉРАН O., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁰⁸⁹ V. JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁰⁹⁰ ABASCAL CONDE S., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17 ; CASADO BLANCO P., Sesión plenaria núm. 22 del Congreso de los Diputados, de 20 de mayo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 23.

¹⁰⁹¹ PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; RUFÍAN ROMERO G., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.

¹⁰⁹² SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Presidente del gobierno, Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

partisans¹⁰⁹³. Il s'agirait de la seule voie pour prendre des décisions respectées par les citoyens¹⁰⁹⁴.

327.5. Une cinquième et dernière explication tient au rapport ambigu, parfois hostile, de certains gouvernements aux discours d'opposition. Pour prendre un exemple topique, Manuel Valls appelle, lors d'une même séance du Sénat, à un débat « républicain », siège de puissants « contre-discours » et portant la « contradiction »¹⁰⁹⁵, et à ce que les élus, dans un esprit de « concorde », ne « jouent pas » à « mettre en cause la parole publique »¹⁰⁹⁶. Cette ambiguïté est encore plus visible dans son rejet vif et indigné d'un amendement visant à l'établissement d'un rapport sur les détournements des pouvoirs conférés par l'état d'urgence à l'encontre des syndicalistes, des militants associatifs et politiques, notamment écologistes¹⁰⁹⁷.

328. Sans qu'il soit possible de mesurer précisément les poids respectifs de ces différentes explications, il apparaît en tout cas que les débats parlementaires autour des états d'urgence sont peu propices à la possibilité de faire entendre une opinion contraire, malgré le rôle essentiel d'une telle faculté dans un système se revendiquant démocratique¹⁰⁹⁸. Cet unanimisme parlementaire, s'il est préoccupant lors des débats sur l'état d'urgence, devient un problème majeur au moment du vote¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹³ PLAISANT M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958 ; DELRIEU M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁰⁹⁴ La qualité du débat parlementaire est essentielle pour que les mesures prises soient acceptables, c'est-à-dire, que les Français les respectent (PIERRE-DUMONT H. et LESEUL G., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

¹⁰⁹⁵ Il ajoute : « Il faut porter la contradiction. Il faut inciter à l'autodéfense intellectuelle » (VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016).

¹⁰⁹⁶ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹⁰⁹⁷ Selon le Premier ministre, cet amendement est « une attaque contre ce que nous sommes, c'est-à-dire une grande démocratie qui fait face au terrorisme » (VALLS M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017).

¹⁰⁹⁸ L'opposition joue un rôle crucial en démocratie, en permettant, par ses critiques de ne « jamais oublier le postulat fondamental de la démocratie et de la raison : en toute situation, un autre chemin est possible ». Elle a donc le devoir de proposer des solutions alternatives (MÉLENCHON J.-L., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 22 mars 2020).

¹⁰⁹⁹ Cf. *infra*, n° 675 et s.

b – Des injonctions intériorisées à l’unité nationale

329. Lorsqu’ils ont à connaître des actes relatifs aux états d’urgence, les parlementaires sont, de manière expresse ou plus sinieuse, assujettis à un « devoir d’unité nationale »¹¹⁰⁰ ou de manière plus restrictive, à un devoir de loyauté envers l’exécutif¹¹⁰¹.

330. Les rapporteurs des assemblées sont en première ligne de ce devoir. En 1955, le rapporteur de la commission de l’intérieur estime qu’au vu de sa position, il doit « tout subordonner à l’unité nationale », en votant le projet de loi sans demander de modification ou d’amendement¹¹⁰². Sans être aussi explicites, les rapporteurs ultérieurs vont défendre – au moins substantiellement – les positions de l’exécutif au Conseil de la République le 4 août 1955¹¹⁰³, à l’Assemblée nationale en 2005¹¹⁰⁴ ou encore au Sénat la même année¹¹⁰⁵. Les exemples contraires sont rares. C’est ainsi que le rapport de la commission des lois du Sénat de janvier 1985¹¹⁰⁶, plus affranchi de ce devoir, se verra retirer toute portée utile¹¹⁰⁷. Cette rhétorique de l’unité nationale est, en toute logique, moins présente pour la crise sanitaire, ce qui s’explique sa dimension symbolique moindre à celle du terrorisme. Elle n’a vécu qu’à travers quelques appels convenus de débuts de crise des rapporteurs à former l’unité nationale¹¹⁰⁸, qui faisaient écho à la rhétorique de « guerre contre le virus » du Président de la République¹¹⁰⁹ et, par la suite, à travers des interventions éparées de parlementaires, s’échelonnant toutefois jusque dans les débats les plus récents¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁰ V. par ex. M. le Président du Conseil, au nom du Gouvernement, lu par le garde des sceaux, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹¹⁰¹ V. par ex. SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Presidente del gobierno, Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹¹⁰² SCHWARTZ R., rapporteur de la commission de l’intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

¹¹⁰³ RAYBAUD J., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹¹⁰⁴ HOUILLON PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹¹⁰⁵ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

¹¹⁰⁶ Rap. Sénat n° 193, 24 janvier 1985.

¹¹⁰⁷ Le rapporteur de l’Assemblée nationale défendra le projet gouvernemental, et parviendra à obtenir des membres de l’Assemblée nationale la suppression des modifications engagées par le Sénat (RICHARD A., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 24 janvier 1985).

¹¹⁰⁸ Le 19 mars 2020, le rapporteur du Sénat soutient que les parlementaires respectent scrupuleusement, pendant cette période d’exception, l’impératif d’unité nationale (BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹¹⁰⁹ Cf. *infra*, n° 360.

¹¹¹⁰ Par exemple, un député de l’opposition regrette que l’exécutif, « loin de garantir l’unité nationale, (...) porte une lourde responsabilité dans la division des Français » (MÉNAGÉ TH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022).

331. Les parlementaires accueillent avec un enthousiasme variable ces injonctions à construire l'unité nationale. Les premiers font preuve de zèle, en voyant un comportement exemplaire dans le fait, pour le Congrès des députés, de soutenir les mesures décidées unilatéralement par le Gouvernement dès les premières minutes de la crise¹¹¹¹ ou sont fiers d'annoncer leur soutien aux mesures demandées par le Gouvernement, avant même d'avoir eu connaissance de leur contenu¹¹¹². D'autres résistent à cette logique d'unité, mais toujours avec précaution. Ils suggèrent, entre les lignes, la pression que cela exerce sur eux¹¹¹³, disent s'y soumettre à contrecœur¹¹¹⁴, avec des réserves¹¹¹⁵ ou avec une certaine angoisse¹¹¹⁶. Certains, enfin, mettent explicitement en garde contre les effets potentiels de cette logique d'unité nationale, qui pourrait conduire à affaiblir les garanties fondamentales¹¹¹⁷. Finalement, la majorité des parlementaires a intériorisé l'impératif d'unité nationale¹¹¹⁸, s'autolimitant et rappelant à l'ordre ceux de leurs collègues qui s'en écarteraient trop¹¹¹⁹. Même l'opposition, malgré des inquiétudes, considère qu'il serait « déplacé de s'arc-bouter et de faire capoter le projet de loi »¹¹²⁰.

332. Les parlementaires ne conçoivent pas tous l'unité nationale en de mêmes termes. Pour certains, c'est faire bloc autour du Gouvernement¹¹²¹, se ranger derrière lui¹¹²². Pour d'autres, c'est « forger un large accord entre le Gouvernement, les rapporteurs des deux assemblées et les assemblées elles-mêmes »¹¹²³. Le Parlement se mettrait alors, comme l'exprime la doctrine,

¹¹¹¹ ORAMAS GONZÁLEZ-MORO A. M., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.

¹¹¹² CASADO BLANCO P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹¹¹³ MITTERRAND F., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 31 mars 1955, p. 2167 : « Je ne veux surtout pas en ce moment compliquer la tâche des responsables du retour à l'ordre en Algérie. Mieux que cela, je forme des vœux pour leur réussite. Tout doit être, en effet, subordonné à l'unité nationale et aucune mesure d'autorité ne doit être redoutée si elle protège cette unité ».

¹¹¹⁴ PLAISANT M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹¹¹⁵ SAYAS LÓPEZ S., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹¹¹⁶ DEBU-BRIDEL J., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹¹¹⁷ KANNER P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹¹¹⁸ V. not. MUÑOZ VIDAL M., GUITARTE GIMENO T., LASTRA FERNÁNDEZ A., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹¹¹⁹ Certains parlementaires reprochent à leurs pairs de ne pas l'avoir cherché (BAZIN TH., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020) ou de ne pas l'avoir fait prévaloir (MALHURET C., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹¹²⁰ GOSSELIN PH., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 9 mai 2020.

¹¹²¹ M. le garde des sceaux, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958 ; Dans un même sens, V. REQUIER J.-C., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹¹²² PINTON A., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹¹²³ BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

en quête d'une unité d'action avec l'exécutif pour affronter la crise¹¹²⁴. Pour d'autres encore, ce n'est pas construire « l'unité derrière le Gouvernement ou à côté de lui », mais bien mobiliser toutes les composantes de la Nation dans un mouvement commun¹¹²⁵.

333. Symbolique et abstraite, cette notion ouvre la voie à de nombreuses interprétations, qui ne seront pas ici explorées en profondeur¹¹²⁶. Il convient cependant, pour éclairer l'influence de cette injonction sur le comportement juridique des parlementaires et, dans une certaine mesure, sur celui de l'exécutif lui-même¹¹²⁷, d'en esquisser les fondements et les implications.

334. Si par nature, le gouvernement représentatif est un « gouvernement par la discussion », dans lequel une mesure doit emporter le consentement de la majorité, à l'issue d'un échange d'idées, pour devenir une décision¹¹²⁸, en période de crise, la discussion et l'échange d'idées deviennent des obstacles à l'action. C'est dans ces conditions qu'apparaît la rhétorique de l'unité de crise, de l'unité sacrée ou encore, de l'unité nationale. Il ne s'agit pas d'un phénomène récent, ou spécifique aux États étudiés. À l'étranger¹¹²⁹ comme dans l'histoire¹¹³⁰, les crises sont le plus souvent accompagnées d'exhortations des autorités publiques à raffermir les liens de la cohésion nationale. Pour autant, ce phénomène est encore peu étudié¹¹³¹. Le mouvement vers l'unité nationale naît du besoin, face à la crise, d'affermir ou de redéfinir les modalités de son appartenance à la communauté nationale, ou de se réunir sous la bannière d'un destin commun, à l'image du : « Je suis Charlie »¹¹³². Elle produit un agrégat d'hommes, de femmes et d'institutions, qualifié, selon les auteurs, de grande

¹¹²⁴ ORENES RUIZ J. C., « Capítulo 28. Estado de alarma y control parlamentario », in LUQUIN BERGARECHE R. (dir.), *COVID-19 : Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Wolters Kluwer, 2020, 828 p., p. 545-563, p. 550.

¹¹²⁵ KAROUTCHI R., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹¹²⁶ Pour de plus amples développements sur la notion d'unité nationale et sur ses implications, en France, lors de l'application de l'état d'urgence sécuritaire, V. LECATELIER A., « Rhétorique de l'unité nationale et pratique du consensus dans le climat contemporain de menace terroriste : conséquence sur la pratique institutionnelle française », X^e congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel, 2017, en ligne.

¹¹²⁷ Cf. *infra*, n° 403 et s.

¹¹²⁸ V. SIEYÈS E., *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*, Paris, 1789, p. 92 ; C. Schmitt, *Parlementarisme et Démocratie* [1923], Paris, Seuil, 1988, p. 40-64.

¹¹²⁹ Les attentats perpétrés aux États-Unis, mais aussi lors des attentats de Madrid le 11 mars 2004 et de Londres le 7 juillet 2005 constituent des précédents immédiats à la vague d'attentats que connaît la France depuis le début de l'année 2015.

¹¹³⁰ Pour un inventaire non exhaustif des appels à l'unité nationale dans l'histoire française, V. TANDONNET M., « Petite histoire de l'unité nationale », *Lefigaro.fr*, 9 janvier 2015, en ligne.

¹¹³¹ V. à ce sujet LECATELIER A., « Rhétorique de l'unité nationale... », art. cit.

¹¹³² ROUSSEAU D., « Charlie ou l'expérience de la construction juridique du peuple », *Revue de droit public*, n° 2-2015, p. 371-376, p. 373 : « Dans l'épreuve qui est la nôtre, la révolte joue le même rôle que le cogito dans l'ordre de la pensée ; elle est un lieu commun qui fonde sur tous les hommes la première valeur. Je me révolte, donc nous sommes ».

« communauté vitale »¹¹³³, ou de « communauté d'effroi » en demande de pouvoir¹¹³⁴. C'est l'amitié politique et la concorde des membres d'une *philia*¹¹³⁵.

335. L'unité nationale apparaît ainsi comme une croyance ou un discours, voulant que face à un obstacle majeur, il faille momentanément renforcer la cohésion de la nation. L'unité nationale se distingue de l'unité de proximité¹¹³⁶ par sa plus grande déconnexion de l'expérience sensible. C'est sa puissante dimension symbolique qui explique sa capacité à remodeler l'espace politique, à générer du consensus autour de valeurs, à assurer une fonction de légitimation du pouvoir, une hiérarchisation des valeurs et des priorités et une fonction de mobilisation¹¹³⁷. Dans ces circonstances, réussir à construire l'unité nationale face à une crise ne peut qu'être une priorité pour le gouvernement. Il va alors, au travers d'un discours officiel au ton compassionnel appuyé¹¹³⁸, qui, sans avoir besoin d'être feint, ne révèle pas les effets qu'il cherche à produire, irriguer toute la communication de crise du gouvernement. Il engage, lors des crises, une véritable « guerre des mots »¹¹³⁹, ayant la visée performative¹¹⁴⁰ de construire l'unité nationale et d'en retirer les avantages.

336. Une fois en place, l'unité nationale produit un ensemble d'effets sur le fonctionnement politique et institutionnel : réduire les résistances sociales aux mesures sécuritaires, appauvrir le débat public, favoriser le consensualisme et surtout, aligner les contrepouvoirs institutionnels – et juridictionnels¹¹⁴¹ – derrière l'action de l'exécutif, en

¹¹³³ **WORMS F.**, « À quoi tenons-nous ? Pour une chronique du temps présent », *Esprit*, n° 11, novembre 2005, p. 185, cité par **GARAPON A., ROSENFELD M.**, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, PUF, 2016, 232 p., p. 203 et 204.

¹¹³⁴ **ROSANVALLON P.** (propos recueillis par Nicolas Truong), « Une communauté d'effroi ne doit pas conduire à l'illusion de l'unité », *Lemonde.fr*, republ. 10 février 2015, en ligne.

¹¹³⁵ **GARAPON A., ROSENFELD M.**, *Démocraties sous stress...*, *op. cit.*, p. 116 ; **TODD E.**, *Qui est Charlie ? Sociologie d'une crise religieuse*, Seuil, 2015, 252 p.

¹¹³⁶ **TRUC G.**, *Sidérations...*, *op. cit.*, p. 122-124.

¹¹³⁷ Sur les fonctions du symbole politique, V. **HASTINGS M.**, *Aborder la science politique*, Seuil, Mémo, 1996, 96 p., p. 14.

¹¹³⁸ **HOLLANDE F.**, cité par **ROVAN A., DE ROYER S.**, « Hollande et Valls face au délitement de l'unité nationale », *Lefigaro.fr*, 15 juillet 2016, en ligne : « Nous avons vu des blessés, nombreux blessés, qui ont surtout des images effroyables encore dans la tête (...) Ils se souviennent des corps déchiquetés qu'ils ont eus sous les yeux... La France tout entière partage cette émotion ».

¹¹³⁹ **BENTHAM J.**, *Of the limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, p. Schofield, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 233, cité par **TUSSEAU GU.**, « Jeremy Bentham et les droits de l'homme... », art. cit., p. 407-431.

¹¹⁴⁰ Dans la philosophie du langage d'Austin, il existe deux types d'énoncés : les énoncés constatifs qui décrivent, et les énoncés performatifs qui font naître la situation qu'ils énoncent. Il faut alors en déduire que l'énoncé par lequel le Président de la République affirme que la France endeuillée est « plus unie que jamais » serait moins l'affirmation (difficilement vérifiable) d'un fait social, que l'acte de langage par lequel l'unité nationale se construit (**AUSTIN J.L.**, *How to Do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press [1976], trad. fr. G. Lane, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, rééd. Points, 1991, 208 p. ; **AMBROISE B.**, « La philosophie du langage de J. L. Austin : ce que la parole fait ». *Philopsis*, janvier 2015, en ligne).

¹¹⁴¹ Cf. *infra*, n° 667 et s.

décourageant toute tentative d'opposition. La coopération loyale qui s'impose aux parlementaires en période de crise limite leur possibilité de remettre en cause la lecture officielle des faits et la solution qu'elle appelle. Dans un tel climat, de quelle légitimité peut se prévaloir cet organe – dont sont souvent soulignées, *a fortiori* en période de crise, la lenteur et l'impuissance¹¹⁴² – pour aller à l'encontre de l'exécutif ?

337. L'unité nationale est, en ce sens, porteuse de dangers. En limitant le contradictoire et la pluralité des opinions, elle porte une atteinte directe à la conception libérale de la démocratie¹¹⁴³ et brouille ses frontières avec celles des régimes autoritaires¹¹⁴⁴. En baissant la vigilance envers l'exécutif, elle augmente le risque d'abus et de détournements de pouvoirs dans le cadre de l'application des états d'urgence. Enfin, elle porte le risque que, par un phénomène de polarisation collective, les décisions prises et les textes adoptés soient déraisonnables¹¹⁴⁵, laissant, une fois l'unité nationale essoufflée, des traces dans le droit. Finalement, la constitution de l'unité nationale au Parlement rappelle, si cela était nécessaire, à quel point le processus législatif, « phénomène d'interaction stratégique entre une multiplicité d'acteurs »¹¹⁴⁶, ne procède pas plus que les autres processus juridiques d'une « rationalité plus cristalline ou plus désincarnée que celle à l'œuvre dans la genèse des règles de l'art, de la morale ou de la religion »¹¹⁴⁷.

B – UN EXÉCUTIF STRATÈGE

338. Au centre de toutes les attentions, le gouvernement a la lourde tâche de mener l'action de crise. Il se retrouve alors pris en tension entre, d'une part, le devoir d'opposer une réponse forte, mobilisatrice et efficace aux périls exceptionnels qui menacent l'État et, d'autre part, de se prémunir de l'impact communicationnel et politique gravissime de toute discrétionnarité et

¹¹⁴² Cf. *infra*, n° 662 et s.

¹¹⁴³ DORNA A., *Faut-il avoir peur de l'homme providentiel ?*, Bréal, 2012, 176 p., p. 171.

¹¹⁴⁴ La recherche de l'unité de la société dans son ensemble caractériserait surtout « les régimes de partis monopolistiques » (JAN P., « les oppositions », *Pouvoirs*, n° 106, janvier 2004, p. 23-44, p. 37) ; Ce qui différencie les sociétés démocratiques des sociétés totalitaires, c'est qu'elles ne cherchent pas à maintenir de manière obsessionnelle l'orthodoxie dans un perpétuel état de guerre avec les ennemis à l'intérieur, mais au contraire, les faits et gestes de l'État sont soumis à l'impératif de légitimité et de justification (BOLTANSKI L., *Rendre la réalité inacceptable. À propos de "La production de l'idéologie dominante"*, Demopolis, 2008, 187 p., p. 153-154).

¹¹⁴⁵ Un groupe peut s'accorder sur des décisions risquées, que n'aurait pas prises un individu isolé (V. not. NOËL É., *Le hasard aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 17 ; DROZDA-SENKOWSKA E., RIC F., MULLER D., *Agir et décider collectivement...*, *op. cit.*, p. 10).

¹¹⁴⁶ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », *art. cit.*, p. 146.

¹¹⁴⁷ BÉCHILLON (DE) D., « La valeur anthropologique du Droit... », *art. cit.*, p. 835 et s.

de tout abus. Pour mener à bien sa mission, l'exécutif de crise peut compter sur deux leviers précieux, qu'il mobilise concomitamment : l'appel à l'évidence, à la technique ou à la science, qui sont les manifestations d'une stratégie rhétorique plus globale permettant d'instrumentaliser le réel (§1) et la mise en place d'une communication de crise cohérente, fondée sur les idées de cohésion, de mobilisation et d'autorité, lui permettant d'exercer en opportunité les pouvoirs qui lui sont conférés par la mise en œuvre de l'état d'urgence (§2).

§1 – Des décisions techniques et évidentes

339. La stratégie de légitimation des actes relatifs à la mobilisation et à l'application des états d'urgence s'appuie en grande partie sur des appels à l'autorité scientifique et aux données techniques, qui ont pour effet de brouiller les frontières entre la politique et la science et de diluer la responsabilité des décideurs (a). Ces effets sont renforcés par le recours systématique à une rhétorique réaliste qui, connotant l'absence de choix et le pragmatique, dissimule habilement la part de discrétionnarité dans l'interprétation des états d'urgence (b).

a – La place des données techniques et de la science

340. Avec une intensité variable, tous les discours accompagnant la mise en œuvre des états d'urgence, y compris ceux qui s'inscrivent dans les contextes les plus politiques, sont parcourus de données et du registre de la technique. En décembre 2010, le ministre de la Présidence espagnol refuse d'entrer dans un débat « politique » alors que la crise des contrôleurs aériens impose, selon ses mots, de prendre une décision « objective » sur la mise en œuvre de l'état d'alerte¹¹⁴⁸. Lors de l'application sanitaire de ce même régime d'exception, à partir de mars 2020, les références au caractère technico-scientifique des choix opérés se multiplient et deviennent, assez logiquement au vu de la nature de la crise, le principal argument en faveur de la déclaration¹¹⁴⁹ comme des prorogations¹¹⁵⁰. Au même moment, en France, les actes pris dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire trouvent leurs fondements explicites dans

¹¹⁴⁸ JÁUREGUI ATONDO R., ministre de la présidence. Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹¹⁴⁹ ECHENIQUE ROBBA P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹¹⁵⁰ Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020.

le consensus scientifique, qui guide l'action du gouvernement¹¹⁵¹ et dans les projections techniques précises relatives à l'évolution du virus et à l'effet des mesures, y compris à très court terme¹¹⁵².

341. Les données et les autres éléments techniques qui se substituent aux considérations politiques revêtent de nombreuses natures. Il s'agit par exemple de chiffres fournis par le réseau national de surveillance épidémiologique¹¹⁵³, de données comparatives sur les taux d'incidence du virus¹¹⁵⁴, de recommandations de l'Organisation mondiale de la santé ou du Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, de comptes rendus de réunions du Conseil interterritorial du système national de santé ou encore de rapports de la Commission de santé publique¹¹⁵⁵. Les données employées dépassent le seul domaine des sciences naturelles, avec le recours ponctuel, y compris dans le contexte pandémique, aux avis d'experts en sciences sociales ou économiques¹¹⁵⁶.

342. Les parlementaires se montrent, de manière générale, réceptifs à ces discours fondés sur la « rationalité scientifique »¹¹⁵⁷ qui, par leur objectivité supérieure aux déclarations politiques, sont moins susceptibles de mentir¹¹⁵⁸. D'autres, plus enclins à remettre en cause la parole scientifique au profit d'une vision relativiste de la vérité, n'hésitent pas à dénoncer ces argumentaires s'ils émanent du camp opposé¹¹⁵⁹. S'il est exact que de telles données techniques et scientifiques peuvent rendre compte, *a fortiori* dans le cas de la pandémie de la Covid-19, de nécessités objectives et mesurables, elles portent néanmoins le danger de conférer aux décisions

¹¹⁵¹ PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹¹⁵² VÉRAN O., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹¹⁵³ Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020.

¹¹⁵⁴ BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

¹¹⁵⁵ ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

¹¹⁵⁶ Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020.

¹¹⁵⁷ BRAUN F., ministre de la santé, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹¹⁵⁸ ECHENIQUE ROBBA P., Sesión plenaria núm. 22 del Congreso de los Diputados, de 20 de mayo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 23 ; GUITARTE GIMENO T., Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

¹¹⁵⁹ V. not. les invectives des députés du Rassemblement national, en réaction à l'intervention du président de la commission des lois rappelant que « les vaccins sauvent des vies » (HOULIÉ S., président de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022).

prises une aura d'objectivité injustifiée¹¹⁶⁰. À ce titre, l'autorité particulière donnée aux comités scientifiques dans le cadre des états d'urgence à vocation sanitaire a suscité de nombreuses réactions parfois très critiques au sein des parlements français et espagnols.

343. Dès les premiers temps de la crise sanitaire, les applications de l'état d'urgence sanitaire et de l'état d'alerte se sont accompagnées de la mise en place de comités scientifiques s'ajoutant aux instances techniques et de conseil existantes : le Conseil scientifique Covid-19 en France¹¹⁶¹ et le *Comité Científico Técnico COVID-19* en Espagne. Composés d'experts aux compétences complémentaires, leur fonction est d'établir des rapports scientifiques et de formuler des recommandations aux autorités politiques, sur la base des dernières données disponibles. Si l'avis exprimé par ces scientifiques spécialisés est évidemment nécessaire à la prise de décisions face à une menace relevant des sciences naturelles, la place laissée aux comités scientifiques et, plus largement, à la parole scientifique, dans les décisions afférentes à la mise en œuvre des régimes d'exception a suscité la crainte et la méfiance des parlementaires.

344. Ils accusent les gouvernements français comme espagnols de chercher à minimiser leur responsabilité politique en dissimulant leur marge décisionnelle derrière l'appel à l'autorité scientifique¹¹⁶². Le comité scientifique français serait utilisé comme un « paravent »¹¹⁶³ et le comité scientifique espagnol, comme un « parapluie »¹¹⁶⁴. Dans un cas comme dans l'autre, ils permettraient de légitimer des choix qui, s'ils étaient pris au seul nom du pouvoir, n'auraient pu prospérer. Ces critiques incitent l'exécutif à se justifier en rappelant qu'il ne peut, dans un État de droit démocratique, « déléguer » la décision politique aux scientifiques¹¹⁶⁵ ou échapper à ses propres « responsabilités politiques »¹¹⁶⁶.

¹¹⁶⁰ Comme l'exprime judicieusement un député, les rappels qu'il effectue sur la situation sanitaire de juillet 2022 ne relèvent « pas uniquement » d'une figure de style (KARAMANLI M., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022).

¹¹⁶¹ Réuni pendant la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, mais aussi pendant la durée d'application du régime de sortie, il est, dorénavant, remplacé par le Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires (D. n° 2022-1099, 30 juillet 2022, instituant un comité de veille et d'anticipation des risques sanitaire).

¹¹⁶² Pour prendre un exemple récent, le ministre de la santé insiste devant les sénateurs sur le fait que le Conseil scientifique considère la prolongation des systèmes d'information sanitaire comme nécessaire au regard des perspectives d'évolution de l'épidémie (BRAUN F., ministre de la santé, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022).

¹¹⁶³ ROSSIGNOL L., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹¹⁶⁴ CASADO BLANCO P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹¹⁶⁵ PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹¹⁶⁶ FESNEAU M., ministre chargé des relations avec le Parlement, JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 22 mars 2020.

345. Pour s'assurer que les comités scientifiques ne deviennent pas « l'alpha et l'oméga de la décision politique » et ne puissent, par leurs avis, « diriger le pays »¹¹⁶⁷, les parlementaires proposent d'auditionner le comité scientifique¹¹⁶⁸ pour lui rappeler son rôle subsidiaire, comme ils proposent de créer d'autres instances de contrôle¹¹⁶⁹. En Espagne, le Gouvernement active, dans cette logique, le « comité de situation » prévu par la loi de sécurité nationale de 2015¹¹⁷⁰. Surtout, les parlementaires insistent sur l'importance capitale d'assurer l'effectivité de leur propre contrôle de l'action du gouvernement, notamment par l'évaluation des mesures prises, sans être liés par les avis des comités scientifiques¹¹⁷¹.

b – La place de l'évidence et de la rhétorique réaliste

346. Une situation évidente est une situation qui dicte par elle-même la solution à laquelle elle appelle. Réputée apparaître à l'esprit de celui qui l'observe, sans qu'il puisse en douter¹¹⁷², elle ne laisse aucune alternative entre agir et ne pas agir, et, le cas échéant, sur les modalités de cet agir¹¹⁷³. L'urgence et la nécessité, au même titre que la foi, appartiennent au registre des évidences¹¹⁷⁴. Il s'agit – à l'évidence ? – d'un mythe, d'une simple fiction de présentation. L'action de nécessité menée par le gouvernement face à une crise n'est pas une « réaction », entendue au sens d'une réaction physiologique individuelle à un réactogène¹¹⁷⁵. Pour que l'on puisse parler de « réaction », il faudrait que l'action engagée soit une « contre-action »

¹¹⁶⁷ KANNER P., ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹¹⁶⁸ KANNER P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹¹⁶⁹ En France, plusieurs sénateurs ont proposé par amendement la création d'un comité national pluraliste de suivi de l'état d'urgence sanitaire, pour accompagner et contrôler l'action du gouvernement (V. par ex. ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹¹⁷⁰ En Espagne, le décret-royal du 14 mars 2020 (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020) active, comme organe d'appui (*órgano de apoyo*) au gouvernement, le Comité de situation prévu par la loi de sécurité nationale de 2015 (Disposición adicional primera, Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional).

¹¹⁷¹ EUSTACHE-BRINIO J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹¹⁷² LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., « Évidence » : « Une proposition est évidente si tout homme qui en a la signification présente à l'esprit, et qui se pose expressément la question de savoir si elle est vraie ou fausse, ne peut aucunement douter de sa vérité ».

¹¹⁷³ V. SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 677 ; HART H. L. A., *Le Concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976, p. 155-188 ; DWORKIN R., *L'empire du droit*, PUF, 1994, p. 288-289 et 384-385 ; MAFFESOLI S.-M., « Le sens de l'évidence », in JULIEN-LAFERRIERE F. et al. (dir.), *Quel sens pour le droit ?*, op. cit., p. 89.

¹¹⁷⁴ SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 677.

¹¹⁷⁵ À la manière d'un réactogène en pharmacologie, l'urgence mettrait l'État dans un état d'hypersensibilité modifiant son fonctionnement et son organisation, afin de limiter les effets négatifs et, si possible, revenir à la situation *ante*. En mettant la cible dans un état de tension, le réactogène incite l'organisme à lutter de toutes ses forces.

symétriquement inverse, et proportionnelle, à une « excitation externe » ; une action exercée « en retour », de manière quasi mécanique¹¹⁷⁶. La complexité des faits, terroristes, politiques ou sanitaires qu'ont connu la France et l'Espagne, comme le degré d'indétermination des textes des états d'urgence interdisent une lecture aussi restrictive. Loin du mouvement réflexe, la décision sur l'urgence et l'exceptionnel revêt le caractère d'un choix.

347. Ce mythe est à la base du fondement d'un rapport particulier au réel, rappelant le principe de réalité dans le champ de la psychologie freudienne¹¹⁷⁷. Cette expression est d'ailleurs parfois reprise par la doctrine, pour faire référence à la nécessité d'assurer, sans dogmatisme et avec lucidité, la conciliation des libertés publiques entre elles¹¹⁷⁸. Selon les tenants de la « doctrine de la réalité » ou simplement, du « réalisme », il faut accepter la réalité telle qu'elle est, et ne pas faire la « politique de l'autruche ». C'est une doctrine du « pragmatisme »¹¹⁷⁹, en ce qu'il faut, dans la logique qu'elle porte, tirer toutes les conséquences des faits en gérant les événements selon les données disponibles, ou autrement dit en rétroagissant aux signaux¹¹⁸⁰. Si l'on peut trouver des racines plus anciennes à ce mouvement, dans la philosophie et la littérature, c'est le néolibéralisme qui lui a donné sa forme moderne¹¹⁸¹.

348. Lorsque la doctrine réaliste est mobilisée dans les discours, elle devient « rhétorique du réel », « rhétorique de la nécessité »¹¹⁸², « alibi de l'indiscutabilité des faits »¹¹⁸³ ou « effet

¹¹⁷⁶ CNRTL, entrée « réaction ».

¹¹⁷⁷ Il serait ici pertinent, si nous avons le temps, d'expliciter ce que l'on nomme « le réel », et notamment au prisme de la distinction héritée du champ psychanalytique entre le principe de réalité et le principe de plaisir. Le passage à l'âge adulte consisterait ici à accepter le monde tel qu'il est (principe de réalité), plutôt que de s'accrocher à une vision fantasmée du monde, où l'on écouterait que son appétence pour le plaisir (principe de plaisir).

¹¹⁷⁸ Malgré ses limites intrinsèques, cette expression, utilisée notamment par le président Pierre Mazeaud dans ses vœux au président de la République du 3 janvier 2006, a le mérite de mettre l'accent sur l'enjeu majeur que représente l'articulation des énoncés constitutionnels entre eux, plutôt que sur l'opération, plus souvent considérée, consistant à leur attribuer des significations propres (V. **RIBES D.**, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », art. cit.).

¹¹⁷⁹ L'adjectif « pragmatique » renvoie ici à ce « qui concerne l'action, le succès, la vie, soit par opposition à la connaissance théorique ou spéculative (...) à l'obligation morale ». Ce qui est pragmatique, c'est ce qui est « réel, efficace, susceptible d'applications utiles, par opposition à ce qui est oiseux ou même purement verbal » (**LALANDE A.**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., « Pragmatique »). Il ne faut en aucun cas y voir une référence aux courants pragmatiques en philosophie et dans les sciences sociales.

¹¹⁸⁰ V. **LECATÉLIER A.**, « La gouvernance par le nombre et la lutte contre le terrorisme : quand la raison lucide sustente l'absurde », in **BROSSET BRIAND M. ET AL.**, *Le nombre et le droit*, l'Harmattan, Le Droit aujourd'hui, 2020, 240 p.

¹¹⁸¹ Que résume la célèbre formule de Margaret Thatcher : « *There is no alternative* » (**GUESPIN-MICHEL J.**, *Émancipation et pensée du complexe*, op. cit., p. 9-13). Cette idéologie de la fin de l'histoire n'est toutefois pas toujours « de droite ». Il existe un discours réaliste « de gauche », celui de Lionel Jospin reconnaissant lors de la campagne présidentielle de 2002 que les socialistes « s'étaient montrés naïfs sur la question de la sécurité » (**CHOLLET M.**, *La tyrannie de la réalité*, Gallimard, Folio actuel, 2004, 384 p., p. 185).

¹¹⁸² Appellations très proches de celles utilisées par **VIDAL-NAQUET A.**, **FATIN-ROUGE STEFANINI M.** (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 228-231.

¹¹⁸³ *Id.*, p. 228-231.

d'évidence »¹¹⁸⁴. Peu étudiée¹¹⁸⁵, la rhétorique de la nécessité se distingue de la simple croyance en l'objectivité d'une situation par sa visée performative¹¹⁸⁶.

348.1. Dans un État de droit, le recours à la rhétorique de la réalité est une ressource précieuse de légitimation des décisions. Parce que le droit constitutionnel repose sur la fiction de l'abandon de la volonté propre de ces agents, sur le mythe de l'intérêt général et sur celui de la représentation, une décision assumant sa part de discrétionnarité perd toute acceptabilité¹¹⁸⁷. Il est impossible pour le dirigeant d'affirmer frontalement « vouloir ». Par la décision déclarant un état d'urgence, il exprime donc moins : « je veux déclarer cet état d'urgence » que : « je veux que vous considériez que, dans la situation présente, il est nécessaire et évident de déclarer cet état d'urgence »¹¹⁸⁸. En présentant le produit d'un acte de volonté comme le produit des faits eux-mêmes, si bien qu'il n'aurait pu être autre, les autorités cachent ainsi leur marge de pouvoir discrétionnaire¹¹⁸⁹, pour donner aux décisions qu'ils prennent l'aura d'une justification légitime¹¹⁹⁰. *In fine*, la dissimulation de la subjectivité facilite l'exercice des pouvoirs d'exception¹¹⁹¹.

348.2. Pour produire cet effet, le discours réaliste utilise des moyens diamétralement opposés aux appels à l'unité nationale ou au nationalisme¹¹⁹², en mettant en avant la technicité des décisions et en évitant autant que possible les marqueurs idéologiques. Il s'agit de discours

¹¹⁸⁴ MONTE M., OGER C., « La construction de l'autorité en contexte », in MONTE M., OGER C., (dir.), *Discours d'autorité : des discours sans éclat(s) ?*, Mots. Les langages du Politique, n° 107/2015, 162 p., p. 13.

¹¹⁸⁵ Le peu d'études sur les évidences discursives s'explique. D'abord, il est dans la nature même de l'évidence d'être lue ou entendue sans être remarquée. Ensuite, l'évidence est considérée essentiellement comme une notion philosophique. Enfin, l'évidence est souvent rejetée à la frontière de l'argumentation (V. GUILBERT T., « Autorité et évidence discursives. Autovalidation dans les éditoriaux et chroniques du Point », in MONTE M., OGER C., (dir.), *Discours d'autorité...*, op. cit., p. 85).

¹¹⁸⁶ À l'instar de la parole sauvage, l'évidence est, elle aussi, performative. Et comme cette parole est instant de pouvoir autant, sinon plus, qu'énoncé déclaratif, elle s'établit en discours d'autorité (GIL F., *Traité de l'évidence*, Jérôme Millon, Krisis, 1993, 269 p., p. 20 et 21).

¹¹⁸⁷ BOLTANSKI L., *Rendre la réalité inacceptable...*, op. cit., p. 143-144.

¹¹⁸⁸ BERNARDI B., *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, op. cit., p. 22 : « Le concept de la volonté qui est en œuvre dans celui de la décision politique ne renvoie pas d'abord à la forme de la subjectivité dans son rapport à l'objet (je veux une chose), mais bien à une structure d'intersubjectivité (je veux que tu veuilles) ».

¹¹⁸⁹ Présenter sa décision comme la seule envisageable à l'avantage indéniable de permettre à l'acteur de dissimuler les influences protéiformes et la marge de pouvoir discrétionnaire qui pèsent sur le sens de la décision prise. Par-là, il accroît son pouvoir discrétionnaire et rend la décision acceptable (TROPER M., *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 198).

¹¹⁹⁰ TROPER M. « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production de normes », in PFERSMANN O., TMSIT G. (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, De Republica, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 35-48, cité par MAFFESOLI S.-M., « Le sens de l'évidence », art. cit., p. 97 : « La meilleure justification consiste dans l'affirmation qu'on ne peut pas faire autrement (...) Les seules normes parfaitement justifiées sont celles qui ne sont que la mise en œuvre d'une compétence liée et qui ne résultent donc pas de véritables décisions ».

¹¹⁹¹ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 70.

¹¹⁹² MONTE M., OGER C., « La construction de l'autorité en contexte », art. cit., p. 6.

« sans éclat », « linéaires », « anesthésiants » pour l'esprit critique¹¹⁹³, « transparents »¹¹⁹⁴ et « euphémistiques », à l'image des assignations à résidence et des perquisitions administratives, renommées pudiquement « mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance »¹¹⁹⁵. Enfin, ils sont reconnaissables à leurs appels constants aux indicateurs chiffrés et au benchmarking¹¹⁹⁶. Ils se réfèrent à la norme et à la procédure, plutôt qu'à la portée politique ou aux idées qui les sous-tendent¹¹⁹⁷. Ils génèrent finalement par normes « parcellaires et techniques », sans qu'il ait été besoin de recourir à d'amples discours idéologiques¹¹⁹⁸. Le rôle des responsables, qui n'auraient d'autre choix que de suivre l'avis des experts, se voit alors confiné à la « gestion stratégique de l'information » (comment rendre le message acceptable) et à une sorte de « médecine palliative »¹¹⁹⁹.

349. Il existe de nombreux exemples d'utilisation de ces registres rhétoriques dans les énoncés du droit positif¹²⁰⁰, à l'image de la formule de la loi du 16 mars 1956 selon laquelle les mesures prises par le gouvernement sont commandées par les circonstances¹²⁰¹. Mais c'est surtout dans les décisions d'application et dans les discours qui les entourent qu'ils se font le plus omniprésents.

349.1. En France, les marqueurs de cette rhétorique se retrouvent sur l'ensemble de la période étudiée. Le général de Gaulle justifie la déclaration de l'article 16 par une absence de choix¹²⁰². Surtout, la déclaration de l'état d'urgence sécuritaire est « imposée » par les faits de 2015¹²⁰³. Elle répond à la réalité indiscutable de la réunion des conditions de droit imposées par

¹¹⁹³ KRIEG-PLANQUE A., « Construire et déconstruire l'autorité en discours. Le figement discursif et sa subversion », in MONTE M., OGER C., (dir.), *Discours d'autorité...*, op. cit., p. 115.

¹¹⁹⁴ CHOLLET M., *La tyrannie de la réalité*, op. cit., p. 85.

¹¹⁹⁵ L. n° 2017-1510, 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

¹¹⁹⁶ BOLTANSKI L., *Rendre la réalité inacceptable...*, op. cit., p. 163 : « [La gouvernance] par les normes [s'appuie sur] la fixation d'objectifs traduits dans des formats comptables, insérés dans des cadres juridiques complexes, et contrôlés par des dispositifs d'évaluation adossés à des palmarès. Des experts s'efforcent de trouver les moyens optimaux de réaliser l'objectif à moindre coût, c'est-à-dire en évitant la formation de mouvements d'opposition prenant une forme collective ».

¹¹⁹⁷ BÉNÉTON PH., *Les fers de l'opinion*, PUF, 2000, 96 p., p. 48.

¹¹⁹⁸ BOLTANSKI L., *Rendre la réalité inacceptable...*, op. cit., p. 164.

¹¹⁹⁹ BOLTANSKI L., *Rendre la réalité inacceptable...*, op. cit., p. 143.

¹²⁰⁰ Pour d'autres exemples tirés du droit positif, V. VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 231-236.

¹²⁰¹ Selon cette formule, ce sont les circonstances elles-mêmes qui contraignent le gouvernement à agir. Il semble dès lors avoir contradiction importante dans les termes de l'article : comment le gouvernement pourra-t-il à la fois « disposer des pouvoirs les plus étendus » pour prendre des mesures d'exception, et donc la liberté absolue d'agir ou de ne pas agir et, en même temps se voir dicter sa conduite par une situation factuelle relevant de l'appréciation subjective ?

¹²⁰² Dans son message devant les parlementaires le 23 avril 1961, le général de Gaulle assure que la déclaration de l'article 16 est indispensable, en ce que « l'exigent la sauvegarde de la Patrie et le salut de la République » (GAULLE (DE) CH., Message devant les parlementaires, 23 avril 1961).

¹²⁰³ VALLS M. et MERCIER M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

son régime¹²⁰⁴. Sa prorogation, « absolument nécessaire »¹²⁰⁵, résulte d'un « constat objectif » sur l'intensité de la menace¹²⁰⁶. Le réel est si clair, qu'il permet même de déterminer la durée exacte qui est nécessaire à la prorogation¹²⁰⁷. Véritable résumé de l'ensemble des éléments de langage propres à cette rhétorique, le discours d'Emmanuel Macron adressé aux forces de sécurité intérieure pour justifier la sortie de l'état d'urgence se passe de commentaire¹²⁰⁸. Il en est de même en Espagne, lors des applications de l'état d'alerte. Sa déclaration lors de la crise des contrôleurs aériens répond à une situation qui doit être décrite, « sans aucun doute », comme une « calamité publique d'énorme magnitude »¹²⁰⁹ et sa déclaration face au coronavirus est « indispensable », au regard de ce que la situation elle-même « requiert »¹²¹⁰.

349.2. Ces éléments de langage se doublent généralement d'appels à voir les choses « telles qu'elles sont »¹²¹¹, avec « lucidité »¹²¹². Manuel Valls résumé cette position dans un discours enflammé sur l'importance de la vérité¹²¹³. Par opposition, rêver – et plus généralement se déconnecter du réel – devient un comportement perçu comme « dangereux »¹²¹⁴,

¹²⁰⁴ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016 : « L'état d'urgence, ce n'est pas un dispositif que nous mettons en place pour des raisons de confort politique ; c'est un dispositif qu'on met en œuvre dès lors que les conditions de droit sont réunies pour le faire ».

¹²⁰⁵ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹²⁰⁶ LE ROUX B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹²⁰⁷ Le bilan de l'état d'urgence « nous impose de considérer que ce régime est encore nécessaire jusqu'au 1^{er} novembre 2017 » (projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017).

¹²⁰⁸ MACRON E., Discours aux forces de sécurité intérieure, 18 octobre 2017 (nous soulignons) : « (...) L'état d'urgence était utile, les premiers jours, les premières semaines qui ont suivi les attentats ils ont permis plusieurs mesures efficaces. Mais, nous le voyons, depuis plusieurs mois, l'efficacité marginale de l'état d'urgence n'est plus au rendez-vous. Il ne protège malheureusement pas contre la réalité de certains attentats. Parce qu'aucun « état » quel qu'il soit ne permet de réduire la menace à néant. Il ne répond pas de manière adaptée à la menace du terrorisme islamiste, qui n'est pas celle prévue par l'état d'urgence (beaucoup plus large). Aussi, il est indispensable, le 1^{er} novembre prochain, de pouvoir sortir de cette situation qui par définition doit être temporaire (...) ».

¹²⁰⁹ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

¹²¹⁰ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

¹²¹¹ MÉZARD J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹²¹² SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹²¹³ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016 (nous soulignons) : « La vérité que nous devons à nos concitoyens, c'est également que le risque zéro n'existe pas et n'existera jamais. La vérité, la dure vérité à laquelle nous devons être préparés, c'est que le terrorisme islamiste essaiera à nouveau de frapper et qu'il y aura à nouveau – cela me coûte de le dire ainsi – des innocents tués. Bien sûr, et j'y reviendrai, tout est fait et tout doit être fait pour empêcher ces attentats. Néanmoins, c'est à cette réalité que nous sommes confrontés. Dire cela, c'est non pas céder au fatalisme, mais être lucides sur le combat qui est devant nous et que nous devons livrer, lucides également sur les moyens que nous devons mobiliser et les dispositifs que nous devons déployer. L'état d'urgence en est un. Il me paraît avoir montré son efficacité depuis le 14 novembre dernier ».

¹²¹⁴ CHOLLET M., *La tyrannie de la réalité, op. cit.*, p. 38.

« indécent »¹²¹⁵ et symptomatique d'une « incapacité à affronter la vie »¹²¹⁶. Il faudrait ainsi rompre avec « l'angélisme coupable »¹²¹⁷ de certains « esprits faibles »¹²¹⁸, à l'image de ceux qui voudraient combattre le terrorisme « avec une fleur de tournesol »¹²¹⁹. Il s'agit en fait surtout de discréditer ceux qui n'adhèrent pas à la lecture du réel portée par l'exécutif. Dans un même registre, il n'est « pas permis », en mai 2016, de considérer que le péril imminent a disparu¹²²⁰.

350. Du point de vue philosophique, cette obsession pour ce que l'on considère comme la réalité n'est pas sans danger. Elle pourrait, paradoxalement, l'occulter¹²²¹, à l'image du Newton de William Blake qui, contemplant le réel à travers ses instruments de mesure, ne prend plus la peine de se confronter directement au monde. Les données partielles et partiales sur lesquelles sont fondées les décisions donnent l'impression trompeuse d'une vision exhaustive et objective de la situation¹²²², d'un savoir immédiat¹²²³. Elle fait également courir le risque d'abolir peu à peu la morale, de décourager le débat idéologique et, plus globalement, de considérer comme négligeables toutes les dimensions toutes les variables inchiffrables – et pourtant essentielles – qui font la vie en société.

351. Pour le juriste, cette doctrine de la « soumission au temps présent »¹²²⁴ favorise une « fuite en avant » irréfléchie¹²²⁵, très problématique lorsqu'il s'agit de décisions sécuritaires. Elle impacte aussi la qualité du débat parlementaire, en incitant à voir dans le consensus – ou pire, dans l'illusion rhétorique d'un consensus – une véritable instance de validation et de choix¹²²⁶, affaiblissant d'autant le principe du contradictoire. Enfin, alimenter la théorie de la nécessité objective¹²²⁷, c'est faire passer le vouloir pour le devoir, c'est asseoir un système dans

¹²¹⁵ *Id.*, p. 82.

¹²¹⁶ *Id.*, p. 14.

¹²¹⁷ SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹²¹⁸ TOURET A., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹²¹⁹ POPELIN P., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹²²⁰ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹²²¹ BOLTANSKI L., *Rendre la réalité inacceptable...*, *op. cit.*, p. 13 et 178.

¹²²² V. DEVRIENDT É., MONTE M., « L'exposé des motifs : un discours d'autorité. Le cas des lois françaises de 2003, 2010 et 2014 sur les retraites », in MONTE M., OGER C., (dir.), *Discours d'autorité...*, *op. cit.*, p. 72.

¹²²³ Il faut se méfier de l'illusion d'un savoir immédiat, d'un « cela va de soi », d'une évidence que le sens commun tente de présenter comme des phénomènes naturels, qui échappent de facto à toute interrogation sur leur genèse et leur construction (HASTINGS M., *Aborder la science politique*, *op. cit.*, p. 8).

¹²²⁴ BÉNÉTON PH., *Les fers de l'opinion*, *op. cit.*, p. 38-39.

¹²²⁵ CHOLLET M., *La tyrannie de la réalité*, *op. cit.*, p. 163.

¹²²⁶ DROZDA-SENKOWSKA E., RIC F., MULLER D., *Agir et décider collectivement...*, *op. cit.*, p. 34.

¹²²⁷ On peut reprocher à la théorie de la nécessité de mener à des apories. La plus importante d'entre elles serait qu'il n'existe pas de nécessité objective (AGAMBEN G., *Homo sacer...*, *op. cit.*, p. 47-53); SFEZ G., *Les doctrines de la raison d'État*, *op. cit.*, p. 22 : « La guerre est juste pour ceux à qui elle est nécessaire ».

lequel les faits s'imposent au droit¹²²⁸ et finalement, c'est construire un droit dans lequel il est facile de motiver juridiquement la raison d'État¹²²⁹. Les débuts de la guerre en Irak en sont une illustration parmi les plus tragiques¹²³⁰.

352. Finalement, il n'est pas plus souhaitable de déconnecter la décision des données factuelles que d'encourager la rhétorique de la réalité dans la pratique des régimes d'exception. Le général de Gaulle l'a bien compris. Sa « doctrine du réel », qui n'a rien à voir avec la position présentée *supra*, prône, dans un réalisme fondé sur le « sens de l'histoire », un juste équilibre entre « rationalisme » et « empirisme »¹²³¹. Pour assurer la sécurité d'un pays, il ne faut jamais, comme le défend Valéry Giscard d'Estaing en 1979, « se fonder sur un seul raisonnement, parce que l'histoire est plus fertile et plus imaginative qu'on ne le pense »¹²³².

§2 – Des décisions opportunes et communicationnelles

353. L'évidence affichée des choix opérés par l'exécutif ne dissimule qu'imparfaitement l'inévitable dimension politique de l'agir de crise. Prises en opportunité, quand ce n'est pas, dans les cas véritablement problématiques, avec un certain opportunisme, elles obéissent à des considérations de plusieurs ordres qui ne sont pas toutes rattachables à la règle de droit (a). Les actes relatifs aux états d'urgence font ainsi partie intégrante d'une stratégie plus globale de communication de crise, mêlant habilement lecture orientée des faits, rhétorique guerrière et posture d'autorité (b).

a – Une application nécessairement politicienne des états d'urgence

354. Au vu de la complexité des situations et de leurs enjeux, décider face aux situations d'exception est une position peu enviable, une véritable gageure. C'est notamment le constat dressé en France¹²³³ et en Espagne¹²³⁴ durant la crise de la Covid-19. Pourtant, impossible de

¹²²⁸ GONZÁLEZ H. R., *Estado de no derecho...*, *op. cit.*, p. II.

¹²²⁹ La raison d'État s'appuie sur l'évidence (SFEZ G., *Les doctrines de la raison d'État*, *op. cit.*, p. 13).

¹²³⁰ En 2016, Tony Blair fut mis en accusation par la Cour pénale internationale pour les nombreux abus commis dès 2003 en Irak, au côté de Georges W. Bush. Ce dernier reconnut en 2005 que l'action militaire engagée contre les « États-vilains » était le fruit d'un choix, et non de la contrainte. Il s'en était, jusqu'à ce moment, vivement défendu, et ce, afin de justifier son action (V. not. DAVID CH.-PH., « L'invasion de l'Irak : les dessous de la prise de décision de la présidence Bush », *Revue internationale et stratégique*, 2005/1, n° 57, p. 9-20).

¹²³¹ DORNA A., *Faut-il avoir peur de l'homme providentiel ?*, *op. cit.*, p. 55.

¹²³² GISCARD D'ESTAING V., Interview accordée à la télévision et à la radio, 2 octobre 1979.

¹²³³ VÉRAN O., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹²³⁴ ECHENIQUE ROBBA P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

rester dans l'indécision : les autorités habilitées sont tenues de se positionner¹²³⁵ et de trancher, malgré le « clair-obscur » de chaque décision potentiel¹²³⁶. Dans un idéal juridique inatteignable, les autorités de l'application pourraient tout simplement appliquer le droit. Néanmoins, la nature même du langage, doublée de l'imperfection de la norme et de l'extrême complexité des faits, impliquent que la mise en œuvre des états d'urgence réponde toujours à un choix. Il en résulte que, sous le vernis de l'évidence des faits, les décisions prises ont une irréductible dimension politique.

355. Les états d'urgence, comme toutes les autres prévisions législatives ou constitutionnelles, ne sont pas détachable de tout contexte, de toute symbolique ou de tout intérêt. Leur mise en œuvre répond à des impératifs qui dépassent les seules prévisions textuelles. Lorsqu'ils sont mobilisés, cela ne signifie pas tant que l'une de leurs hypothèses de déclaration est remplie, mais qu'il a été jugé opportun d'en faire usage¹²³⁷. Toutefois, cela ne pose pas, en soi, de problème démocratique, dès lors que reprocher aux hommes politiques de prendre des décisions politiques et non strictement juridiques, reviendrait à souscrire implicitement à la possibilité de prendre des décisions politiques entièrement rationnelles¹²³⁸.

356. Dans l'absolu, il est évident que l'action des autorités devrait moins tenir du lancer de dés que de la patience grave du joueur d'échecs¹²³⁹, il est vain d'attendre cela de l'exercice du pouvoir. Contrairement au jeu d'échecs, qui a des règles déterminées et pour lequel, dans une position donnée, un coup est objectivement meilleur que les autres, la décision politique en démocratie n'est pas « bonne » ou « mauvaise ». Elle est en revanche plus ou moins conforme aux normes qui lui sont supérieures, légitime dans le système politique dans lequel elle s'inscrit, ou utile au regard de l'intérêt poursuivi. Ces distinctions feront l'objet de développements ultérieurs¹²⁴⁰. À ce stade de la réflexion, il convient simplement de différencier la décision

¹²³⁵ VÉRAN O., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹²³⁶ S'il s'agissait d'un débat académique ou théorique, il serait impossible de porter des conclusions définitives sur la bonne réponse à adopter. Néanmoins, parce qu'il s'agit du rôle des dirigeants, il faut accepter le « clair-obscur » de la prise de décision et agir sans plus attendre (BELOKI GUERRA J. R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214).

¹²³⁷ Cf. *infra*, n° 617 et s. ; Pour ne citer qu'un exemple, certains constitutionnalistes envisageaient, en pure opportunité, le recours aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution pour simplement permettre le report du second tour des élections municipales en raison de la crise sanitaire (V. BEAUD O., « La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales », *Jus Politicum blog*, 23 mars 2020, en ligne).

¹²³⁸ Cf. *supra*, n° 322 et s.

¹²³⁹ GRUMILLIER F., « L'indécision : un modèle négatif pour l'action ? », *Philoflo*, 2007, en ligne.

¹²⁴⁰ Cf. *infra*, n° 761667 et s.

opportune, qui recherche le bien commun, de la décision opportuniste, qui instrumentalise les états d'urgence à des fins partisans.

356.1. Décider « en opportunité » sur les actes relatifs aux états d'urgence consiste à faire un bilan des coûts et des avantages de l'opération souhaitée. C'est dépasser le seul droit, en envisageant, de manière utilitariste, les effets concrets que cela va produire, juridiquement, matériellement ou politiquement. Dans les faits, l'opportunisme des décisions se traduit par une omniprésence dans les débats parlementaires de considérations sociales, politiques ou économiques. Cela rappelle que le droit est un outil au service de la société et du bien commun. Cependant, cela a pour effet secondaire de souvent occulter les questions juridiques à grands enjeux que posent les états d'urgence. Ainsi, s'il est vain de reprocher aux décideurs d'apprécier l'opportunité de faire usage des états d'urgence, il est dangereux d'accepter le manque de juridicité du raisonnement suivi et des fins qu'il poursuit.

356.2. Décider « à des fins opportunistes » sur l'état d'urgence consiste à envisager les conséquences de ce choix sous l'angle de son propre intérêt, ou du seul intérêt de sa famille politique. Les parlementaires rappellent souvent qu'il s'agit là de critères d'action inacceptables dans une démocratie et dans un État de droit. L'intérêt général doit toujours passer avant les « intérêts partisans »¹²⁴¹, les « sombres raisons politiciennes » ou les « intentions malignes »¹²⁴².

357. Si évidemment, aucun acteur juridique n'assume de prendre des décisions opportunistes, il ressort de l'analyse empirique menée, comme d'autres travaux doctrinaux à ce sujet, que de telles considérations ne sont pas étrangères à la pratique contemporaine des états d'urgence. Pour Olivier Beaud, l'ensemble des débats parlementaires relatifs à l'état d'urgence sécuritaire, de sa création à ses applications récentes, témoignent d'une conception politicienne de ce mécanisme et d'acteurs politiques « n'hésit[ant] pas à en instrumentaliser le concept pour servir des objectifs partisans »¹²⁴³. Il est en effet flagrant que certains argumentaires développés au soutien de la déclaration ou de la prorogation des états d'urgence confinent à la

¹²⁴¹ GUITARTE GIMENO T., Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

¹²⁴² FIRMIN LE BODO A., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹²⁴³ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 60.

malhonnêteté¹²⁴⁴, que les prorogations sont parfois accompagnées de « cavaliers législatifs »¹²⁴⁵ et que les mesures prises dans le cadre de ce régime l'ont parfois été pour des fins politiques ou détournées, comme celles qui visèrent les manifestants écologistes pendant la COP21¹²⁴⁶.

358. Si les interprètes des états d'urgence apprécient, lorsqu'ils prennent une décision, l'opportunité de leur action, ils doivent, pour qu'elle produise les effets escomptés, choisir avec soin la manière dont ils vont justifier le sens de leur décision. Pour cette raison, les justifications données ne sont pas toujours celles qui ont présidé à la décision¹²⁴⁷. Plus généralement, le droit étant moins le fruit de la raison, que celui de la justification et de la persuasion¹²⁴⁸, les décisions prises, ainsi que leur présentation, ont une indéniable dimension communicationnelle. Pour comprendre les motivations des décisions opportunistes, il convient en fait d'interroger les enjeux extrajuridiques qui, au-delà de la motivation exprimée, fondent le sens des décisions sur les états d'urgence¹²⁴⁹.

b – Des décisions s'inscrivant dans une stratégie de communication de crise

359. La « communication de crise » est un type spécifique de communication politique poursuivant des objectifs aussi divers que ceux de rassurer l'opinion, de mobiliser les citoyens ou de favoriser le consensus. Si les textes juridiques mobilisés dans les situations d'exception peuvent assurer les fonctions pour lesquels ils ont été prévus, comme empêcher un péril de se réaliser ou en limiter les conséquences, ils deviennent aussi, en pratique, de puissantes ressources politiques.

360. Pour comprendre les décisions prises, il est donc nécessaire de sonder les facteurs empiriques, et parfois triviaux, qui conditionnent les interprétations, et empêchent que la création du droit positif ne réponde à des considérations rationnelles¹²⁵⁰. Faute de pouvoir proposer un traitement approfondi de tous les contextes d'application des états d'urgence, le

¹²⁴⁴ Les arguments soulevés par la commission des Lois de l'Assemblée nationale (Rapport n° 3753 du 17 mai 2016) pour justifier la troisième prorogation de l'état d'urgence en sont un exemple frappant (V. CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 31).

¹²⁴⁵ C'est notamment le cas en juillet 2016, pour l'état d'urgence sécuritaire (V. DEROSIER J.-PH., « L'état d'urgence est justifié, mais la précipitation inquiétante », *L'opinion.fr*, 24 juillet 2016).

¹²⁴⁶ Cf. *infra*, n° 505.

¹²⁴⁷ Cf. *infra*, n° 638 et s.

¹²⁴⁸ TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 144.

¹²⁴⁹ Cf. *infra*, n° 642 et s.

¹²⁵⁰ BÉCHILLON (DE) D., « La valeur anthropologique du Droit... », art. cit., p. 835 et s : « [Le droit ne procède pas d'une] rationalité plus cristalline ou plus désincarnée que celle à l'œuvre dans la genèse des règles de l'art, de la morale ou de la religion ».

choix est fait de se concentrer sur la réaction particulièrement instructive de l'État français aux attentats de 2015.

360.1. Il ne fait aucun doute qu'il soit du rôle de l'État d'endiguer et de prévenir le terrorisme sur son territoire. Il s'agit là d'un de ses devoirs les plus vitaux¹²⁵¹. Il est tout aussi évident que l'acte terroriste atteint les droits et libertés fondamentaux garantis par le droit français, à commencer par le droit à la vie et la prohibition des traitements inhumains ou dégradants. Pour autant, la manière dont l'État choisit de lutter contre le terrorisme n'est pas déterminée *a priori* : il s'agit d'un choix. Et d'un choix particulièrement difficile : l'État perd s'il sous-réagit, car il ne se montre pas à la hauteur, mais perd aussi s'il surréagit, car il perd son identité¹²⁵². Il serait naïf de penser que des décisions aux enjeux si importants puissent naître par une simple application du droit.

360.2. Les attentats ont fait l'objet d'un « cadrage médiatique »¹²⁵³ sensationnaliste et voyeuriste. Pratiquant le *storytelling* et narrant des détails insignifiants sur la vie privée des terroristes, comme sur celles des victimes, ils n'ont pas été à la hauteur de la gravité et de l'importance des événements¹²⁵⁴. Surtout, un imaginaire de la « citadelle assiégée »¹²⁵⁵ a envahi l'espace médiatique français. Les événements de Charlie Hebdo et de l'Hyper Cacher ont été qualifiés de « 11 septembre français » en référence aux événements ayant frappé les États-Unis¹²⁵⁶. La lecture française des attentats se caractérise par ses similitudes marquées avec le schéma de réponse guerrière que les États-Unis, où le rapprochement avec la célèbre défaite américaine de Pearl Harbor exacerba l'antagonisme, en désignant l'ennemi commun à pourchasser et à détruire. Cette rhétorique de l'altérité, ou, pour reprendre les mots de Carl Schmitt, cette « logique binaire ami/ennemi »¹²⁵⁷ consiste en la création de deux camps

¹²⁵¹ V. par ex. **ROBERT J.**, « Les situations d'urgence... », art. cit., p. 768 ; **LESIEUR F.**, *id.*, p. 69.

¹²⁵² D'affection opportuniste, le terrorisme provoque alors une maladie auto-immune où l'État s'empoisonne lui-même par une réaction désordonnée et exagérée de ses défenses (**GARAPON A.**, **ROSENFELD M.**, *Démocraties sous stress...*, *op. cit.*, p. 119 et 120).

¹²⁵³ Les mots et les images que les éditorialistes et les personnalités politiques choisissent pour décrire les attentats participent à définir une « évidence », avant même que le débat public ne soit engagé. En cela, l'opération de cadrage a une portée « normative » (V. **TRUC G.**, *Sidérations...*, *op. cit.*, p. 10).

¹²⁵⁴ Le Conseil supérieur de l'audiovisuel a d'ailleurs, dans un communiqué de presse du 11 février 2015, rappelé à l'ordre les chaînes de télévision d'information continue suite à des manquements importants commis dans le traitement des attentats.

¹²⁵⁵ **MARTIGNY V.**, « Les intellectuels ont-ils encore du pouvoir ? », L'Atelier du pouvoir, France culture, émission du 3 octobre 2015.

¹²⁵⁶ V. **OBERDORFF H.**, « La République française face au défi du terrorisme », *Revue de droit public*, n° 2-2015, p. 357 et s., p. 357.

¹²⁵⁷ V. à ce sujet **SUPIOT A.**, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France 2012-2014*, Fayard, Poids et mesures du monde, 2015, 512 p., p. 295.

interdépendants : l'un pour lequel il faut avoir un amour et un soutien indéfectible, et l'autre, pour lequel seule l'hostilité est acceptable¹²⁵⁸. Manichéenne et binaire, cette lecture polarisante de la lutte contre le terrorisme participa grandement à la polarisation de la pensée et à l'affadissement des nuances du jugement lors de la prise de décision.

360.3. Les autorités françaises ont eu à choisir entre deux grands modèles de lutte contre le terrorisme préexistant sur la scène occidentale : le terrorisme comme « pathologie » qu'il faut explorer et contre laquelle il faut agir, ou le terrorisme comme « acte militaire », appelant à une réponse de même nature¹²⁵⁹. C'est cette dernière voie qui a été choisie. Contrairement à l'opinion dominante dans les pays européens – dont la France – après les attentats du 11 septembre 2001¹²⁶⁰, le Gouvernement français a adopté une posture guerrière calquée sur le modèle de la *War on Terror*¹²⁶¹ étasunienne, lorsqu'elle a, à son tour, été touchée par le terrorisme. La lutte contre le terrorisme islamique est systématiquement évoquée par l'exécutif¹²⁶², comme par certains parlementaires¹²⁶³, sous des dénominations guerrières, qui détonnent avec la stratégie suivie lors de la guerre d'Algérie¹²⁶⁴. Soutien indispensable de ce choix, le vocabulaire militaire employé par les récits des actes terroristes – ceux de la presse – et ce discours polarisant a permis à l'expression « guerre contre le terrorisme » de ne pas sonner comme aberrante.

360.4. Le choix de qualifier la lutte contre le terrorisme de « guerre » est, sous de nombreux aspects, critiquable. D'une part, selon certains auteurs comme Paul Cassia, qualifier les attentats « d'actes de guerre » serait contre-productif en opportunité¹²⁶⁵. D'autre part, qualifier les actes terrorisme d'actes de guerre est juridiquement incorrect. Bien que le terrorisme fasse partie des menaces structurelles à l'État, il s'agit tout au plus d'une « guerre de basse intensité », ou d'une « guerre asymétrique »¹²⁶⁶. L'État islamique n'étant pas reconnu sur

¹²⁵⁸ *Id.*, p. 296 : « L'amitié politique ne prend sens et consistance (...) que face à un ennemi qui incarne et actualise la menace existentielle ».

¹²⁵⁹ LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », art. cit., p. 65.

¹²⁶⁰ TRUC G., *Sidérations...*, *op. cit.*, p. XII et 38 et s.

¹²⁶¹ Sur l'absurdité de cette expression, V. ACKERMAN B., *Before the next attack...*, *op. cit.*, 227 p.

¹²⁶² VALLS M., Discours prononcé à l'Assemblée nationale en hommage aux dix-sept victimes des attentats des 9 et 11 janvier, 13 janvier 2015 : « (...) Il faut toujours dire les choses clairement : oui, la France est en guerre contre le terrorisme, le djihadisme et l'islamisme radical ».

¹²⁶³ RACHLINE D., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 : « Quand on fait la guerre, il faut commencer par nommer son ennemi : notre ennemi est l'islamisme radical ».

¹²⁶⁴ Cette stratégie est opposée au soin que prenait l'exécutif à présenter les mesures prises en Algérie comme relevant du simple maintien de l'ordre, et non d'actes de guerre.

¹²⁶⁵ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 123.

¹²⁶⁶ LINHARDT D., « Dans l'espace du soupçon : terrorisme et société », Conférence à l'école nationale supérieure des mines, 11 décembre 2006, en ligne.

la scène internationale comme un État, il est impossible de lui faire la guerre. Son « armée » est diffuse et mal identifiée. Le terrorisme serait plutôt d'ordre criminel. De manière encore plus surprenante, cette rhétorique de la guerre est aussi employée lors de la crise du coronavirus, en France¹²⁶⁷ comme en Espagne¹²⁶⁸. Cette qualification engendre néanmoins, en Espagne plus qu'en France, la réaction indignée de certains parlementaires¹²⁶⁹.

360.5. Contre le terrorisme ou contre le virus, cette rhétorique de la guerre vise à produire des effets performatifs. En effet, le mot guerre connote plusieurs idées nécessaires et bienvenues en période de crise et d'unité nationale : la mobilisation, la détermination, le combat et la reconquête¹²⁷⁰. Lors des attaques terroristes, il s'agit en particulier de justifier les nouveaux moyens militaires et sécuritaires mis en place depuis que l'armée française a pour principal horizon la sécurisation du territoire national¹²⁷¹. Pour la crise sanitaire, il s'agit avant tout de donner du poids aux décisions contraignantes prises par le gouvernement et de mobiliser les citoyens dans la lutte contre le virus, qui ne peut être gagnée sans eux.

361. Outre la nécessité de générer la mobilisation et l'unité, ce vocable guerrier et autoritaire permet aux autorités publiques de faire la démonstration de leur capacité à décider avec célérité et fermeté. Elle participe à construire leur autorité, essentielle pour que les décisions prises soient suivies¹²⁷², *a fortiori* en période de crise. Dans ces situations, la population, à la recherche de repères, est sensible aux mesures lui permettant de diminuer l'anxiété et le sentiment d'impuissance véhiculé par la violence et l'imprévisibilité des

¹²⁶⁷ Dans son allocution présidentielle, Emmanuel Macron répète à de nombreuses reprises que « nous sommes en guerre » contre le virus. Edouard Philippe en fera de même le 19 mars 2020 devant le Sénat (V. JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹²⁶⁸ En Espagne, Sánchez Pérez-Castejón a appelé les députés à l'union pour gagner la guerre contre le virus (*ganarle la guerra al virus*) (Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16).

¹²⁶⁹ ESTEBAN BRAVO A., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.) ; VEHÍ CANTENYS M., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹²⁷⁰ Le 20 septembre, Georges W. Bush annonce en séance plénière du Congrès (retransmise en direct à la télévision) la fin du deuil national et le début de la riposte : « Notre peine s'est transformée en colère, et notre colère en détermination ».

¹²⁷¹ GAUTHIER L., « Les voies et les moyens de la lutte antiterroriste », *Pouvoirs*, n° 158, septembre 2016, p. 39-50, p. 45.

¹²⁷² BÉCHILLON (DE) D., « Huit manières de se demander si l'interprète est libre », in MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 31 : « La force illocutoire d'un discours prescriptif dépen[d] ainsi étroitement de la quantité de puissance détenue par le locuteur ».

attaques¹²⁷³. Elle attend davantage du pouvoir¹²⁷⁴. Dès lors, face à la crise, les acteurs politiques paraissent devoir compenser la perte de leur « assise légale » en recherchant une légitimité supérieure, qui ne peut trouver à s'exprimer dans le système de la légalité ordinaire¹²⁷⁵. Selon la nomenclature proposée par Max Weber¹²⁷⁶, ce mouvement pourrait être décrit comme une perte d'autorité « rationnelle »¹²⁷⁷, compensée par un retour à une autorité « traditionnelle » et par une recherche accrue d'autorité « charismatique ».

362. Cet impératif de faire démonstration d'autorité a une résonance particulière en France, où l'exécutif de crise est traditionnellement empreint d'autorité¹²⁷⁸. Le président devient, quand la crise survient, non plus un simple arbitre devant concilier les intérêts, mais un véritable chef de guerre, un arbitre au sens le plus fort, un décideur des temps de crise. La Constitution de la V^e République fait en ce sens du Président de la République la « clé de voûte »¹²⁷⁹ du système institutionnel, tout spécialement en période de crise. Conformément à la volonté exprimée par le général de Gaulle lors du discours de Bayeux du 16 juin 1946, les régimes d'exception français donnent les moyens au Président de la République de réagir efficacement en situation de crise en réorganisant en profondeur la répartition des pouvoirs, jusqu'à permettre, dans le cas de l'article 16, une dictature constitutionnelle provisoire. Investi de la légitimité nationale¹²⁸⁰, ce chef de crise est tenu de démontrer son art de commander en toutes circonstances¹²⁸¹.

¹²⁷³ Kobasa constata en 1979 que si le sujet peut exercer un contrôle sur une situation stressante, alors la gravité des effets du stress s'en trouve diminuée (**GODEFROID J.**, *Psychologie : Science humaine et science cognitive*, De Boeck, Ouvertures psychologiques, 3^e éd, 2012, 1160 p., p. 631-656) ; Cela est à rapprocher de l'analyse de Georges Burdeau, pour qui « la foi dans la vertu du Pouvoir procède du souci qu'à le groupe de se prémunir contre les dangers qui le menacent (...) Par lui, elle apprivoise un avenir qu'elle se sent incapable d'affronter seule » (**BURDEAU G.**, « Mythologie du pouvoir », art. cit., p. 635).

¹²⁷⁴ **BURDEAU G.**, *id.*, p. 636 : « Plus les individus éprouvent leur fragilité devant ces périls qui les menacent, plus ils attendent davantage du Pouvoir dont la puissance se nourrit ainsi de la faiblesse des sujets ».

¹²⁷⁵ **SIMARD A.**, « On ne vit que deux fois. Weimar, la Troisième République et les juristes allemands exilés », in **HERRERA C. M.** (dir.), *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française : réception, métamorphose, actualité*, Paris, Kimé, 2011, 206 p., p. 155.

¹²⁷⁶ Pour rappel, Max Weber distingue trois grandes formes d'autorité : l'autorité « traditionnelle », l'autorité « rationnelle » et l'autorité « charismatique » (cf. *supra*, n° 98.2).

¹²⁷⁷ **ROBERT PH.**, **ZAUBERMAN R.**, *Du sentiment d'insécurité...*, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁷⁸ Cf. *supra*, n° 248.

¹²⁷⁹ **DEBRÉ M.**, Discours prononcé devant le Conseil d'État, 27 août 1958 ; Dans un même sens, les rédacteurs de la Constitution ont placé le titre qui le concerne avant celui des autres organes, et lui ont consacré un nombre important d'articles de la Constitution (**HAMON F.**, **TROPER M.**, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 541).

¹²⁸⁰ **DEBRÉ M.**, cité par **BURDEAU G.**, « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », in **BURDEAU G.**, *Écrits de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 278 : « Le Président de la République, c'est la légitimité nationale ; le Parlement, c'est l'expression de la vie démocratique ».

¹²⁸¹ **DAUVOIS D.**, « Le chef et le génie. De la théâtralisation du commandement », *Cités* 2/2001, n° 6, en ligne, p. 25-36.

363. L'article 5 de la Constitution, éclairé par les débats constitutants, rappelle la mythologie schmittienne selon laquelle le Président du Reich est le seul à même de générer l'unité politique de l'État et, par là, est tenu d'en résoudre les conflits les plus importants. C'est dans la célèbre controverse sur le gardien de la constitution, qui oppose Carl Schmitt et Hans Kelsen, que doit être recherchée la conceptualisation du chef de l'État comme un « pouvoir neutre »¹²⁸² au-dessus des intérêts partisans et des divisions politiques. Sa légitimité plébiscitaire lui permet d'interpréter la Constitution de manière autoritaire¹²⁸³. Nos institutions, marquées par le pouvoir personnel de leur principal instigateur¹²⁸⁴ et dont l'acte de naissance est historiquement situé¹²⁸⁵, sont toutes entières tournées, en période de crise, vers la pratique du pouvoir personnel¹²⁸⁶.

364. Cette quête d'autorité se manifeste, en France, de trois manières : par la teneur des discours, par leur forme et par le sens des décisions prises. Les marqueurs de l'autorité se retrouvent aussi bien dans le discours radiotélévisé du 23 avril 1961 du général de Gaulle¹²⁸⁷, que dans le discours du 12 juillet 2007 de Nicolas Sarkozy¹²⁸⁸ ou dans la posture de « chef de guerre » adoptée par le Président Hollande le soir des attentats du 13 novembre¹²⁸⁹. Sur la forme, la démonstration de l'autorité passe par le recours à « *l'imperatoria brevitatis* », autrement dit, à une pensée autoritaire qui s'exprime en peu de mots. Ce procédé permet d'affirmer l'autorité, plus efficacement qu'avec une argumentation abondante et rationnelle¹²⁹⁰.

¹²⁸² **KELSEN H.**, *Qui doit être le gardien...*, *op. cit.*

¹²⁸³ Pour Schmitt, toute interprétation de la Constitution de Weimar visant à en faire un contrat, un compromis entre les forces politiques doit être rejeté, en ce qu'elle porterait atteinte à son esprit (**SCHMITT C.**, *Le gardien de la constitution*, *op. cit.*, p. 62).

¹²⁸⁴ **SÉGUR PH.**, *La Ve République*, *op. cit.*, p. 3 : « Imposées par un homme providentiel, consacrées par l'onction populaire, célébrées comme le fondement d'une ère nouvelle, nos institutions sont marquées par le pouvoir personnel ».

¹²⁸⁵ Pour rappel, en mai 1958, Charles de Gaulle est avant tout rappelé au pouvoir pour mettre fin à la crise algérienne.

¹²⁸⁶ Le général de Gaulle, qui contribua grandement à libérer la France du joug nazi, est cet homme de l'exception à qui l'on fait appel pour résoudre les crises les plus terribles de l'histoire moderne française. Dans un communiqué du 15 mai 1958, il se dit prêt à « assumer les pouvoirs de la République ».

¹²⁸⁷ **GAULLE (DE) CH.**, Discours radiotélévisé, 23 avril 1961 : « L'État bafoué, la nation défiée, notre puissance ébranlée, notre prestige international abaissé, notre place et notre rôle en Afrique compromis ». Il justifie ainsi son ordre d'employer « tous les moyens, je dis tous les moyens (...) pour barrer partout la route à ces hommes-là (...) je prendrai, au besoin directement, les mesures qui me paraîtront exigées par les circonstances ».

¹²⁸⁸ **SARKOZY N.**, Discours d'Épinal, 12 juillet 2007 : « L'une des grandes leçons de l'histoire que l'on a tendance à oublier : la faiblesse excessive de l'État est aussi dangereuse pour la liberté que la toute-puissance de l'État. Cette idée, je la défendrai de toutes mes forces ».

¹²⁸⁹ **HOLLANDE F.**, 13 novembre 2015, Discours télévisé.

¹²⁹⁰ Comme l'a dit Gracian, l'autorité du chef est brève, droite, directe et dure. Elle s'interdit de laisser transparaître « les débordements volubiles de la réflexion » (V. **ROBERT D.**, « Présentation. De l'autorité et de son chef », *Cités* 2/2001, n° 6, p. 9-12, en ligne).

Le laconisme des autorités face à la crise connote une autorité hiérarchique, quasi militaire, adéquate avec les situations de crise au niveau de l'État. À ce titre, la France et l'Espagne entretiennent, encore aujourd'hui, une grande différence de style : en Espagne, les décrets d'application sont bavards ; en France, ils sont évasifs¹²⁹¹. Enfin, la démonstration d'autorité passe directement par le droit, à l'image du projet de loi constitutionnelle de Protection de la Nation qui, en prévoyant la constitutionnalisation de l'état d'urgence et la déchéance de nationalité, connote efficacement l'intransigeance, indépendamment d'une utilité pour le moins douteuse¹²⁹².

¹²⁹¹ Le contraste est saisissant. Alors que l'exposé des motifs du décret du 14 octobre 2020 se limite à paraphraser l'énoncé de l'état d'urgence sanitaire, en une seule phrase (D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire), celui du décret-royal espagnol de déclaration de l'état d'alerte du 25 octobre 2020 développe la situation de fait sur près de 2300 mots (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020).

¹²⁹² Cf. *infra*, n° 407.1.

SECTION II – L'ÉTAT D'URGENCE : DES TENSIONS INDÉPASSABLES ?

365. Le bouleversement contemporain du rapport au risque, à la sécurité ou à l'écoulement du temps a des conséquences observables sur la pratique des états d'urgence. Leur mobilisation systématique en réponse aux risques terroristes et pandémiques et la pérennisation de la durée de leur application, qui ne sont pas sans entrer en contradiction avec les standards élevés de l'État de droit contemporain, traduisent une conception peu libérale des rapports unissant la sécurité à la liberté (A). Devenant la solution privilégiée – sinon unique – de la lutte contre les périls menaçant l'État, ils sont prorogés pour des durées incompatibles avec l'esprit des textes, mais représentatives des dynamiques politiques que leurs applications génèrent. Plus pernicieusement encore, la transcription de leurs principales mesures dans le droit ordinaire brouille encore un peu plus la frontière entre la règle et l'exception (B).

A – UNE SYSTÉMATISATION DU RECOURS AUX ÉTATS D'URGENCE

366. Tout comme la modernité a fait du service d'urgence le mode « normal » d'entrée à l'hôpital¹²⁹³, les états d'urgence deviennent la réponse par défaut aux troubles à l'ordre ou à la santé publique. Dans une société toujours plus risquophobe et demandeuse de sécurité, malgré une globalisation qui a multiplié la portée des périls auxquels elle est exposée, ils apparaîtraient presque comme rassurants (§1). Cette systématisation du recours aux états d'urgence questionne, à l'heure où les autorités publiques présentent souvent ces mécanismes non plus comme des menaces pour les droits et libertés, mais comme leurs indéfectibles protecteurs, les fondements mêmes de l'idée d'État de droit (§2).

§1 – Un remède imparfait aux maux contemporains

367. Ces dernières décennies, la globalisation des menaces s'est doublée d'une aversion toujours plus grande aux risques. Le recours de plus en plus fréquent aux états d'urgence s'explique en grande partie par une tentative désespérée de maîtriser l'incertitude, sinon d'atteindre un illusoire risque zéro (a). Intimement lié à la perception du risque, le sentiment

¹²⁹³ FINCHELSTEIN G., *La dictature de l'urgence*, op. cit., p. 50 et s.

croissant d'insécurité participe à expliquer l'intensité du recours contemporain aux états d'urgence. Il permet, surtout, de le justifier efficacement (b).

a – Le symptôme d'une société risquophobe

368. Les expressions « risque », « danger »¹²⁹⁴ et « péril »¹²⁹⁵ – tenues ici pour synonymes¹²⁹⁶ – font référence à une situation ou à un évènement dans lequel quelque chose auquel l'homme accorde de la valeur est mis en jeu¹²⁹⁷. Si l'issue en est généralement incertaine, l'évènement négatif redouté doit, *a minima*, pouvoir se réaliser : il ne saurait n'être qu'une vue de l'esprit.

369. Il faut différencier deux types de risques, selon qu'il soit subit ou affronté. Le risque subi est un danger plus ou moins certain et plus ou moins prévisible, inhérent à une action ou à une situation¹²⁹⁸. Juridiquement, il est entendu dans le sens plus précis d'évènements futur, incertain ou d'un terme indéterminé, qui peut causer tout dommage¹²⁹⁹. C'est, par exemple, le risque qu'un attentat se produise. Au contraire, le risque pris est une exposition au danger pour parvenir à un résultat¹³⁰⁰. Ce serait ici le risque pour les droits et libertés fondamentaux que prend l'État lorsqu'il réagit avec vigueur à un acte terroriste. Il est important, pour l'État qui affronte un risque extérieur, d'être tout aussi vigilant aux risques intrinsèques à la réponse politique et juridique qu'il engage.

¹²⁹⁴ Le concept de « danger » a vu ses principaux développements dans le domaine du droit de la police et de la sécurité. Il peut être brièvement défini comme une situation factuelle qui, en se déroulant normalement, provoquerait, avec une grande probabilité, des conséquences données pour les fins considérées comme essentielles pour le groupe social (V. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 249).

¹²⁹⁵ Pour une utilisation célèbre du mot péril, **GAULLE (DE) CH.**, Discours de Bayeux, 16 juin 1946 : « À lui [le Président de la République], s'il devait arriver que la patrie fût en péril, le devoir d'être le garant de l'indépendance nationale et des traités conclus par la France (...) ».

¹²⁹⁶ Dans le droit positif, notamment en droit pénal, ces notions juridiques sont, pour partie, différenciées. S'il est pertinent de les traiter indivis dans le présent développement, il faut cependant distinguer, pour chacune d'entre elles, deux utilisations : pour désigner une situation de menace pour la sécurité, la tranquillité ou l'existence d'une entité, ou pour désigner la chose même qui constitue la menace (V. not. CNRTL, entrées « danger » et « péril »).

¹²⁹⁷ **JAEGER C. C. et AL.**, *Risk, Uncertainty, and Rational Action*, Earthscan, London, 320 p., p. 17 : « *Risk : A situation or event in which something of human value (including humans themselves) has been put at stake and where the outcome is uncertain* ».

¹²⁹⁸ CNRTL, entrée « risque ».

¹²⁹⁹ En droit des contrats : « Événualité d'un évènement futur, incertain ou d'un terme indéterminé, ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage » (CNRTL, entrée « risque »).

¹³⁰⁰ *Ibid.*

370. La perception du risque a une nature profondément subjective. Certaines sociétés préscientifiques voyaient dans l'éclipse solaire un risque majeur¹³⁰¹. Apprécier le risque implique en effet un jugement de l'acceptabilité, de la désirabilité et de la réalité des conséquences potentielles qui lui sont attribuées¹³⁰². Cela entraîne principalement deux effets. Le premier est que la seule appréhension du risque produit déjà des conséquences, sans même qu'il ne se soit réalisé. En effet, selon le principe de l'amplification sociale du risque, l'impact d'un risque est déterminé par la combinaison des conséquences directes du risque et de leur interaction avec des processus psychologiques, sociaux, institutionnels et culturels¹³⁰³. D'autre part, cela lui donne une dimension relative et évolutive, qui explique pourquoi le rapport au risque a tant évolué avec la modernité.

371. Sous l'effet de l'optimisme technologique du XX^e siècle, les risques d'aujourd'hui sont aussi nouveaux que démultipliés. Alors qu'ils étaient locaux et de proximité, ils sont aujourd'hui « écosystémiques » ; alors qu'ils étaient circonscrits géographiquement, ils sont devenus globaux ; alors qu'ils étaient propres aux circonstances singulières d'un groupe humain, ils tendent aujourd'hui à être communs et interdépendants¹³⁰⁴. Consubstantiels à la condition de l'homme, les risques menaçant sa « sécurité ontologique »¹³⁰⁵ sont réinventés par la « société du risque »¹³⁰⁶.

372. Ce changement de paradigme explique que les thèmes du risque, du calcul et de la prévention ont envahi le discours social dès les années 1970, dans une tentative de « techniciser l'inquiétude sociale diffuse, agrégée autour de l'idée de crise »¹³⁰⁷. Loin d'être cantonné aux calculs assurantiels, le risque est aujourd'hui partout¹³⁰⁸. La gestion des risques devrait à ce titre, selon la thèse défendue par Adrian Vermeule dans son ouvrage novateur *The Constitution of Risk*, être placée en tête des finalités poursuivies par le texte et la pratique

¹³⁰¹ **JAEGER C. C. et Al.**, *Risk, Uncertainty, and Rational Action*, *op. cit.*, p. 16 : « For some prescientific societies, an eclipse of the sun poses a serious threat to that security ».

¹³⁰² *Id.*, p. 18 et 183 et s.

¹³⁰³ *Id.*, p. 8 et 169 et s.

¹³⁰⁴ *Id.*, p. 9-14.

¹³⁰⁵ *Id.*, p. 15-16 : « Ontological security (...) the confidence that most human beings have in the continuity of their self-identity and in the constancy of the surrounding social and material environments of action ».

¹³⁰⁶ **BECK U.**, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. L. Bernardi, Aubier, 2001, 521 p. ; V. aussi **JAEGER C. C. et Al.**, *Risk, Uncertainty, and Rational Action*, *op. cit.*, p. 14-16 ; **TRONTO J.**, *Le risque ou le care ?*, PUF, Care Studies, 2012, 50 p., p. 7 et 46.

¹³⁰⁷ **WALTER F.**, *Catastrophes. Une histoire culturelle. XVIe-XXIe siècle*, Seuil, L'univers historique, 2008, 383 p., p. 267-268.

¹³⁰⁸ **TRONTO J.**, *Le risque ou le care ?*, *op. cit.*, p. 15-16.

constitutionnelle¹³⁰⁹. Dans les faits, la société du risque a surtout mené à une philosophie et à une politique de la prévention¹³¹⁰. Le discours, la gestion et la politique du risque deviennent un véritable mode de gouvernance, une stratégie de pouvoir¹³¹¹. Le principe de précaution est le parangon de la société du risque. C'est l'idée qu'il faut réagir même en l'absence de certitude¹³¹². Cette technicisation progressive du risque ne garantit pourtant en aucun cas de prendre des décisions rationnelles face à l'incertitude¹³¹³.

373. Loin de s'accoutumer au risque, la société tend paradoxalement à devenir de plus en plus « risquophobe », en se sentant vulnérable, dans un monde apparaissant toujours plus risqué et incertain. Cette multiplication des risques génère de l'anxiété, ainsi que le sentiment de perdre le contrôle de son environnement¹³¹⁴. Dans une société du risque, le risque subi prévaut en effet sur le risque choisi¹³¹⁵, conformément à la distinction élaborée *supra*. Il en résulte une véritable utopie du « risque zéro »¹³¹⁶, qui a des effets tangibles sur la lecture et la réaction aux crises contemporaines.

374. Le fantasme d'un monde débarrassé du risque est omniprésent dans les discours prononcés en réaction à un acte terroriste. Ces marqueurs se retrouvent dans le discours de Georges W. Bush devant le Congrès américain du 20 septembre 2001¹³¹⁷, dans celui de Francisco Camps, Président de la Généralité de Valence, lors de la 3^e commémoration des attentats de la gare d'Atocha du 11 mars 2004¹³¹⁸, dans la prise de parole de Jean-Marc Ayrault, suite aux violences urbaines de 2005¹³¹⁹, dans la conférence de presse donnée en 2016 par le Procureur de la République de Paris¹³²⁰ dans le contexte post-attentat, dans une déclaration de Nicolas Sarkozy, après le meurtre du père Hamel¹³²¹ et même dans les propos de certaines

¹³⁰⁹ VERMEULE A., *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, 2013, 200 p.

¹³¹⁰ *Id.*, p. 14.

¹³¹¹ WALTER F., *Catastrophes...*, *op. cit.*, p. 237.

¹³¹² *Id.*, p. 27.

¹³¹³ ALBOUY F.-X., cité par WALTER F., *Id.*, p. 308.

¹³¹⁴ TRONTO J., *Le risque ou le care ?*, *op. cit.*, p. 15-16.

¹³¹⁵ *Id.*, p. 21.

¹³¹⁶ Cette notion se retrouve chez HERMANN J., « Les lois "faits-divers"... », in BRILLA M. et AL (dir.), *Le droit face à l'urgence...*, *op. cit.*, p. 55 ; MOLINS F., conférence de presse, 30 mars 2016.

¹³¹⁷ BUSH G. W., Discours devant le Congrès, 20 septembre 2001, : « [La guerre contre la terreur ne s'arrêtera pas] avant que chaque groupe terroriste de portée globale soit trouvé, arrêté et défait ».

¹³¹⁸ CAMPS F., cité par CERDA-GUZMAN C., « La Constitution : une arme efficace... », art. cit., p. 41 : « La Constitution est l'instrument pour éradiquer définitivement toute activité terroriste ».

¹³¹⁹ AYRAULT J.-M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 : « [Il] ne doit plus y avoir du tout de voitures brûlées, plus d'écoles incendiées, plus de dégradations ».

¹³²⁰ MOLINS F., conférence de presse, 30 mars 2016 : « Le risque zéro ne pourra jamais exister dans un contexte de menace terroriste majeure sur notre territoire et en Europe ».

¹³²¹ SARKOZY N., août 2016, cité par BENHESSA G., *L'État de droit à l'épreuve...*, *op. cit.*, p. 15 : « Il faut écraser nos ennemis et les mettre hors d'état de nuire ».

personnalités d'opposition, qui soutiennent qu'elles auraient pu empêcher les attentats si elles avaient été au pouvoir¹³²².

375. L'abolition totale d'un type de risque – et, a fortiori, de tous les risques – est pourtant un objectif inatteignable et illusoire. C'est une évidence dans la lutte contre le virus, ce qui explique probablement la faible prévalence, dans les discours des autorités publiques, de références à une utopie de la « contamination zéro ». Mais c'est, au fond, tout aussi bien le cas en ce qui concerne le risque terroriste¹³²³, comme l'exécutif le reconnaît parfois lui-même¹³²⁴. Certains parlementaires n'y voient rien de moins qu'une « fiction totalitaire »¹³²⁵. Cette croyance traduit en effet perception « cognitivo-systématique » du monde, selon laquelle il serait possible, avec suffisamment de données, de rendre les attentats entièrement prévisibles et donc, évitables¹³²⁶. En effet, la réalisation d'un risque pour l'État dépend, en grande partie du hasard, entendu comme un « entrecroisement de séries causales indépendantes »¹³²⁷, bien qu'il faille nuancer le qualificatif d'indépendance quand on parle d'évènements sociaux¹³²⁸. Le hasard n'est pas à proprement parler « aléatoire »¹³²⁹. Toutefois, déterminé ne veut pas dire prévisible¹³³⁰. Cette précarité devant l'avenir, couplée à une mauvaise tolérance du hasard au niveau individuel, à une non-acceptation très marquée des risques statistiques à l'échelle de l'État et au besoin d'expliquer l'inexplicable pour tirer du sens du non-sens, aboutit à la tendance fâcheuse de traiter des probabilités indépendantes comme si elles étaient conditionnelles¹³³¹. Cette réalité n'est que trop bien démontrée par la mécompréhension

¹³²² **ÉDITORIAL**, « Marine le Pen et la frontière de l'indécence, *Lemonde.fr*, 18 avril 2017.

¹³²³ **GARAPON A., ROSENFELD M.**, *Démocraties sous stress...*, *op. cit.*, p. 17. ; **AUGÉ M.**, *Les Nouvelles Peurs*, Payot, Manuels Payot, 2013, 93 p., p. 48.

¹³²⁴ **VALLS M.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016 ; **COLLOMB G.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹³²⁵ **COHEN L.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 ; **ASSASSI É.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹³²⁶ La survenue d'un attentat marque pour l'opinion publique la défaillance des services de renseignements qui n'ont pu préempter l'attaque. Cela traduit une vision mécaniciste, lié à la perception cognitivo-systématique et non plus historico-politique du monde. L'espoir fou du risque zéro montre que l'on n'a pas compris que l'accumulation des données réduit, mais n'empêche pas l'imprévisibilité des événements. Ainsi, l'officier de renseignement est comme dans la situation d'un personnage dans une pièce de théâtre : il est pris dans la « partialité tragique de l'action » (**GARAPON A., ROSENFELD M.**, *Démocraties sous stress...*, *op. cit.*, p. 139).

¹³²⁷ **COURNOT**, cité par **NOËL É.**, *Le hasard aujourd'hui*, *op. cit.*, p. 49.

¹³²⁸ Les événements sociaux ne sont pas le résultat d'évènements indépendants les uns des autres, parce que les foules peuvent se laisser entraîner vite, et à grande échelle, par des individus uniques (**V. NOËL É.**, *id.*, p. 41).

¹³²⁹ Le hasard est « déterminé » par l'ensemble des facteurs présents à un moment. Cependant, au vu de l'infini nombre de paramètres à prendre en compte pour anticiper le futur, du fait de l'augmentation constante du chaos et donc de la croissance exponentielle de l'imprévisibilité on ne peut prédire l'état futur d'un système en connaissant son état présent (**V. id.**, p. 160 et 177).

¹³³⁰ *Id.*, p. 146.

¹³³¹ *Id.*, p. 13-26.

populaire de l'efficacité des vaccins contre la Covid-19. Toujours appréciée de manière statistique, elle ne saurait être remise en cause par un cas isolé.

376. Cette croyance – et les conséquences délétères qu'elle entraîne – affecte à plusieurs niveaux la pratique des états d'urgence. Premièrement, elle encourage, dans un climat social toujours plus anxiogène du fait du terrorisme¹³³², à s'unir autour de l'idéal d'une société du risque zéro, qui fait de la sécurité la première des libertés, et du corps social un réseau d'individus « vigilants ensemble »¹³³³. Or il est dangereux de s'appuyer sur l'anxiété de la population pour entretenir cette chimère du risque zéro. Comme l'affirment Antoine Garapon et Michel Rosenfeld, plus le pouvoir exécutif promet un succès complet et définitif sur le terrorisme, plus il s'expose à l'échec et donc risque de faire monter le niveau d'inquiétude¹³³⁴. Deuxièmement, elle alimente des relations de causalité fallacieuses¹³³⁵. Troisièmement, elle alimente et justifie le phénomène des lois « faits-divers ». Cette appréhension irrationnelle des risques collectifs fait en effet de chaque concrétisation d'un risque statistiquement certain une anomalie inacceptable. Finalement, elle légitime de faire des états d'urgence une solution structurelle, répondant à l'inacceptabilité perçue qui accompagne la réalisation des risques.

b – L'outil d'une imposture sécuritaire

377. La sécurité des personnes et des biens constitue l'une des « briques fondamentales » de l'édifice politique et juridique des États européens¹³³⁶. Toutefois, la multiplication des risques et l'accroissement notable de la sensibilité au risque que connaît l'Europe contemporaine sont susceptibles d'engager ces États dans une direction bien différente : celle du sécuritarisme¹³³⁷.

378. Ce besoin politique, juridique et pragmatique d'assurer la sécurité renvoie, à l'envers, à un sentiment d'appréciation très subjective : le « sentiment d'insécurité ». Il s'agit d'un spectre d'expériences subjectives, dont les deux extrêmes sont, d'une part, la peur pour soi et

¹³³² Malgré les dispositifs déjà très lourds mis en place par le Gouvernement (l'état d'urgence, le dispositif sentinelle et une abondante législation antiterroriste), la majorité des Français ne se sent pas suffisamment protégée du terrorisme par l'État (V. **GOARM**, « Contre l'exécutif, la droite invoque la légitime défiance », *Lemonde.fr*, 20 juillet 2016 ; **MGEN**, Baromètre « Confiance et bien-être 2017 », février 2017, en ligne, p. 68-93).

¹³³³ Cette expression se retrouve notamment dans le métro parisien.

¹³³⁴ **GARAPON A., ROSENFELD M.**, *Démocraties sous stress...*, *op. cit.*, p. 189.

¹³³⁵ Par exemple, la superposition dans l'actualité du problème de la jungle de Calais et des attentats terroristes a assimilé immigration et terrorisme dans de nombreux esprits (V. **LECATÉLIER A.**, « The perception of immigration in France : from facts to identity mythologies », *Przegląd europejski*, n° 2018-3, 2019, en ligne, p. 193-208).

¹³³⁶ **ROBERT PH., ZAUBERMAN R.**, *Du sentiment d'insécurité...*, *op. cit.*, p. 10.

¹³³⁷ Sur le lien entre perception du risque et sécurité, V. **WALTER F.**, *Catastrophes...*, *op. cit.*, p. 236.

pour son intégrité physique, celle du vol ou de l'agression, et d'autre part, la préoccupation plus abstraite pour la sécurité et la perception générale de la délinquance¹³³⁸, dont les sondages d'opinion révèlent l'ampleur¹³³⁹.

379. Du fait de sa nature subjective, le sentiment d'insécurité n'est pas constant dans le temps et dans l'espace. Il s'accroît lors de crises graves, comme les attentats terroristes¹³⁴⁰. Il n'est pas non plus uniformément réparti dans la population, même en période de crise. Il dépend en effet directement des valeurs idéologiques des individus¹³⁴¹. Paradoxalement, les politiques sécuritaristes engagées face au risque terroriste auraient pour effet de vivifier le sentiment d'insécurité¹³⁴². Ce constat surprenant s'explique par le fait que les mesures sécuritaires ont l'effet pervers d'entretenir l'inquiétude, en la mettant au premier plan, ce qui la légitime¹³⁴³. Autrement dit, focaliser le débat autour de la sécurité alimente le biais, bien connu en psychologie, de surévaluation des risques mineurs. En faisant de la menace terroriste un sujet de discussion quotidien, le traitement médiatique de ce phénomène inciterait à le voir comme plus dangereux et plus omniprésent qu'il n'est en réalité¹³⁴⁴ et à justifier la prise de mesures sécuritaires, indépendamment de la confiance qui leur est accordée¹³⁴⁵.

380. La confusion entretenue entre l'insécurité réelle et l'insécurité subjective – ce que certains nomment « l'imposture sécuritaire »¹³⁴⁶ – pose des problèmes majeurs du point de vue de la philosophie politique. Selon Giorgio Agamben, on passe de l'État de droit à « l'État de sécurité » quand « l'État se fonde durablement sur la peur et doit, à tout prix, l'entretenir, car il

¹³³⁸ **ROBERT PH., ZAUBERMAN R.,** *Du sentiment d'insécurité...*, *op. cit.*, p. 24, 26 et 27.

¹³³⁹ Un sondage mené par la MGEN en 2017 révèle que plus de 3 Français sur 4 se considèrent inquiets pour l'avenir de ses descendants et que 3 Français sur 4 déclarent être soumis à un stress modéré, élevé ou très élevé (MGEN, Baromètre « Confiance et bien-être 2017 », préc., p. 69 et 86).

¹³⁴⁰ En dehors des périodes de crise, les « obsédés de la sécurité » sont minoritaires (**ROBERT PH., ZAUBERMAN R.,** *Du sentiment d'insécurité...*, *op. cit.*, p. 42); En 2017, les risques terroristes inquiétaient 2 Français sur 3 (MGEN, Baromètre « Confiance et bien-être 2017 », préc., p. 93).

¹³⁴¹ Selon certains sociologues, l'insécurité est liée à l'envie de punir et à la xénophobie, dont elle pourrait être une version socialement plus acceptée (**ROBERT PH., ZAUBERMAN R.,** *Du sentiment d'insécurité...*, *op. cit.*, p. 39 et 61); Le portrait-robot du français se sentant en insécurité serait un Francilien, de droite ou d'extrême droite, croyant et d'une catégorie socio-professionnelle basse (*Id.*, p. 44, 49 et 51).

¹³⁴² *Id.*, p. 8; MGEN, Baromètre « Confiance et bien-être 2017 », préc., p. 93.

¹³⁴³ **ROBERT PH., ZAUBERMAN R.,** *Du sentiment d'insécurité...*, *op. cit.*, p. 8 et 11.

¹³⁴⁴ À la manière des phobiques de l'avion qui surestiment grandement les risques de ces moyens de transport après avoir été confrontés à des images télévisuelles de tragédie aérienne, cette exposition permanente aux images et au registre du terrorisme et des attentats, couplée à des analyses anxiogènes d'experts, ne peut qu'alimenter un sentiment d'insécurité irrationnel face au terrorisme.

¹³⁴⁵ À la suite des attentats de Nice, la confiance des Français dans l'efficacité de l'état d'urgence a chuté de moitié par rapport à sa valeur six mois plus tôt, mais la conviction qu'il faut le prolonger a dans le même temps sensiblement augmenté (**HUFFINGTON POST (LE), I>TÉLÉ,** « Étude YouGov France », juillet 2016, en ligne).

¹³⁴⁶ **SIZAIRE V.,** *Sortir de l'imposture sécuritaire*, La Dispute, 2016, 133 p.

tire d'elle sa fonction essentielle et sa légitimité »¹³⁴⁷. Paul Cassia voit dans les discours anxigènes de l'exécutif français sur le risque terroriste cette caractéristique¹³⁴⁸. Ces discours font aussi courir le risque de se diriger vers ce que Paul Virilio appelle une « administration de la peur »¹³⁴⁹, c'est-à-dire un mode de gouvernance rappelant constamment les risques d'infiltration, les dangers invisibles qui menacent, à tort ou à raison, la société. Source extrême de pouvoir¹³⁵⁰, la peur est ciblée par le « populisme de crise »¹³⁵¹.

381. Dans les champs politiques et médiatiques, ce sentiment d'insécurité latent dans la population est employé pour justifier une utilisation immodérée des états d'urgence et une transcription de leurs dispositions dans le droit commun¹³⁵². Le culte de la sécurité favorise des réactions sécuritaires rapides qui, comme par le passé en France et à l'étranger¹³⁵³, entraînent la société dans son ensemble dans une escalade sécuritaire, dont les actes terroristes sont le point de départ. Le législateur – ou plus exactement, le gouvernement par voie d'ordonnances – se charge alors de convertir le vœu abstrait d'une société sans risque en une société très concrètement privée de ses libertés les plus précieuses.

382. En France, « l'état d'urgence médiatique » de 2015 a participé à entretenir le sentiment d'insécurité. Distillant les mots de la crise¹³⁵⁴, ce « marketing de l'effroi »¹³⁵⁵ avait pour objet de présenter le renforcement de la sécurité comme la seule solution raisonnable permise par les faits, à l'image des discours de l'exécutif américain après le 11 septembre 2001¹³⁵⁶, et pour effet de permettre des modifications critiques du droit¹³⁵⁷. Pour Paul Cassia, déclarer l'état d'urgence de manière inattendue le soir du 13 novembre était une réaction

¹³⁴⁷ AGAMBEN G., « De l'État de droit à l'État de sécurité », art. cit.

¹³⁴⁸ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 12.

¹³⁴⁹ VIRILIO P., *L'administration de la peur*, Textuel, 2010.

¹³⁵⁰ HASTINGS M., *Aborder la science politique*, op. cit., p. 21.

¹³⁵¹ DORNA A., *Faut-il avoir peur de l'homme providentiel ?*, op. cit., p. 5.

¹³⁵² Cf. *infra*, n° 408 et s.

¹³⁵³ Les réactions sécuritaires « à chaud », prises en réaction à une crise majeure, ont mené notamment à l'USA *Patriot Act* aux États-Unis, au *Prevention of terrorism Act* au Royaume-Uni, en passant par le plan Vigipirate (LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », art. cit., p. 67).

¹³⁵⁴ La crise est, rappelons-le, constituée par des faits. Mais elle est aussi une création sémantique (MUZET D., *De la crise mondiale à la crise de soi. Les Mots de la Crise*, Eyrolles, La nouvelle société de l'emploi, 2013, 110 p., p. 8).

¹³⁵⁵ Cette pratique consiste à représenter la menace par des concepts traumatisants, simplificateurs et vendeurs (V. MARRET J.-L., « action-réaction : le terrorisme et l'État », *Pouvoirs*, n° 158, Seuil, septembre 2016, p. 5-14, p. 10).

¹³⁵⁶ DWORKIN R., « George W. Bush, une menace... », art. cit., p. 6 : « Toute la phraséologie déployée pour défendre les nouvelles mesures de l'administration [Bush] semble avoir pour but de présenter la non-application des garanties constitutionnelles comme une forme de justice ».

¹³⁵⁷ La lutte contre le terrorisme apparaît comme le plus fort argument de modification des règles de droit et notamment de procédure (ROBERT PH., Zauberman R., *Du sentiment d'insécurité...*, op. cit., p. 111).

infantile, notamment en comparaison de l'appel du ministre de l'intérieur Jan Jambon, après les attentats de Bruxelles du 22 mars 2016, à « rester cool », ou du Premier ministre norvégien le soir du massacre de l'île d'Utoya, qui promettait « plus de démocratie, plus d'ouverture, plus d'humanité »¹³⁵⁸. D'autant que le Premier ministre avait exclu, dans des termes forts, la possibilité de recourir à état d'exception à la suite des attaques de l'Hyper Cacher et de Charlie Hebdo¹³⁵⁹. Ce populisme sécuritaire trouva une illustration encore plus directe dans le retour en arrière de l'exécutif après les attentats de Nice¹³⁶⁰.

383. En Espagne, cette logique sécuritaire ne l'a pas toujours emporté : en témoigne la résilience des autorités espagnoles qui n'ont pas, face aux attaques terroristes de 2004, déclaré d'état d'urgence. Il serait toutefois exagéré d'en conclure que par ce simple fait, l'ordre juridique espagnol est immunisé contre toute rhétorique sécuritaire – ou contre toute déclaration abusive d'un régime d'exception –, comme le synthétisent certaines déclarations lors de la crise des contrôleurs aériens¹³⁶¹.

§2 – Le bouclier paradoxal des valeurs menacées

384. Dans les démocraties occidentales contemporaines, le recours aux états d'urgence n'est possible qu'au prix de certains paradoxes, sinon de véritables renoncements. Alors même que leur mise en œuvre atteint en profondeur le principe de légalité, la répartition des pouvoirs et certains des droits et libertés fondamentaux les plus essentiels, ils sont susceptibles, dans le discours public, d'être présentés comme compatibles, sinon tournés vers la défense des droits et libertés **(a)**. Cette pirouette sémantique n'est possible qu'au prix d'une lecture bien spécifique des rapports qu'entretiennent les idées de sécurité et de liberté **(b)**.

a – La compatibilité entre l'état d'urgence et « l'État de droit »

385. Il existe, à l'évidence, une tension irréductible entre les états d'urgence, dont le principe même est d'affaiblir les garanties fondamentales, l'équilibre des pouvoirs et l'intensité des contrôles et, d'autre part, les idéaux contemporains de l'État de droit démocratique et garant

¹³⁵⁸ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 107.

¹³⁵⁹ VALLS M., Discours prononcé à l'Assemblée nationale en hommage aux dix-sept victimes des attentats des 9 et 11 janvier, 13 janvier 2015.

¹³⁶⁰ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 36.

¹³⁶¹ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214 : « Ce n'est pas le moment de parler, c'est le moment de la sécurité ».

de droits et libertés fondamentaux effectifs. Un tel constat est bien insuffisant pour se prononcer sérieusement sur la question brûlante des rapports qui unissent l'état d'urgence et « l'État de droit ». Une telle entreprise nécessiterait en effet d'arrêter une définition juridique exigeante de cette notion, à la polysémie et à la mouvance catalysées par l'influence du droit européen¹³⁶², de placer des frontières au-delà desquelles les principes de l'État de droit seraient tenus comme bafoués et, finalement, d'y confronter les normes juridiques des états d'urgence¹³⁶³. Ce n'est pas l'objet de cette étude. Ce qui intéresse en revanche directement ses objectifs, c'est la guerre rhétorique entre la doctrine, les parlementaires et l'exécutif sur la compatibilité entre l'état d'urgence et les valeurs structurantes de l'État contemporain, désignées, sans que ces termes se recourent tout à fait, comme relatives à l'État de droit, aux principes républicains ou aux droits et libertés fondamentaux.

386. En Espagne, les appréhensions des parlementaires envers les atteintes aux valeurs fondamentales de l'État engendrées par les régimes d'exception, se confirment, comme le prophétisait Óscar Alzaga 15 ans avant la première application de l'article 116¹³⁶⁴, à la lecture des débats.

386.1. Un premier groupe de réactions rejette le principe même des états d'urgence. D'une part, les parlementaires relèvent la contradiction logique à défendre l'État de droit au moyen de son affaiblissement, même temporaire. En démocratie, la fin ne justifie pas les moyens¹³⁶⁵. Il est ainsi paradoxal de vouloir recourir à un état d'exception au nom de l'État de droit, en atteignant des institutions démocratiquement élues¹³⁶⁶. D'autre part, l'histoire espagnole est un argument fort en faveur de cette condamnation de principe des états d'urgence. Mettre en œuvre l'état d'alerte « constitue un précédent », « brise un tabou » et « prépare le

¹³⁶² V. not. HEUSCHLING L., « État de droit », in AUBY J. B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 541 et s. ; PIRES W. A., « L'État de droit dans les débats parlementaires : le recours extensif à un concept mouvant », in HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, op. cit., p. 43-52 ; Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 7 ; TORRES GUTIÉRREZ A., « Reflexiones críticas sobre la evolución contemporánea del Estado de Derecho en España », art. cit., spéc. p. 121.

¹³⁶³ C'est notamment la démarche d'un rapport parlementaire rendu le 28 octobre 2021, selon lequel l'État de droit doit être tenu pour menacé lorsque « la durée de ces mesures n'est pas définie en amont et que leur reconduction ne fait pas intervenir le pouvoir parlementaire ; - les décisions adoptées donnent lieu à un traitement différencié, non fondé sur des critères objectifs ; - l'autorité judiciaire n'est pas en mesure de contrôler, de façon indépendante et impartiale, le caractère nécessaire, adapté et proportionné des mesures adoptées à titre exceptionnel » (Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021, p. 13).

¹³⁶⁴ ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 586.

¹³⁶⁵ LLAMAZARES TRIGO G., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁶⁶ PICORNELL I GRENZNER B., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45.

terrain pour l'avenir »¹³⁶⁷. Cela met fin, de manière inquiétante, à trente années de non-recours à ces dispositifs¹³⁶⁸ et rappelle la pire politique espagnole du XIX^e siècle¹³⁶⁹. L'article 155 est, lui, fortement critiqué par les sénateurs. Symptôme de ruine de l'État¹³⁷⁰, les pouvoirs discrétionnaires qu'il confère au gouvernement seraient incompatibles avec l'État de droit¹³⁷¹. En France,

386.2. Un second groupe de réactions met moins en cause le principe, que l'usage effectif qui en est fait par l'exécutif espagnol. Lors de la crise des contrôleurs aériens, l'application de l'état d'alerte constituerait une dérive autoritaire du Gouvernement¹³⁷², transformant, dans les faits, le premier régime d'exception de la période démocratique espagnole en simple procédure administrative¹³⁷³. Elle ne serait possible que par une inacceptable torsion du texte constitutionnel et de la loi organique 4/1981¹³⁷⁴. Cette application, qui rappelle à certains parlementaires l'époque franquiste, aurait dû, pour être sincère, en utiliser l'arsenal au lieu de se dissimuler derrière les moyens de l'État de droit¹³⁷⁵. Certains députés vont même jusqu'à accuser le Gouvernement de jouer à être souverain en décidant de l'exception, au sens de Carl Schmitt¹³⁷⁶. Les critiques ne faiblissent pas lors de l'application sanitaire de ce dispositif, en particulier à l'occasion de sa prorogation pour six mois¹³⁷⁷.

¹³⁶⁷ LLAMAZARES TRIGO G., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁶⁸ SÁENZ DE SANTAMARÍA ANTÓN M. S., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁶⁹ BARKOS BERRUEZO M. U., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁷⁰ CRUZ VILLALÓN P., cité par ESPINAR MERINO R. M., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45 : « *Un síntoma de ruina, no un instrumento de salvación del Estado* ».

¹³⁷¹ BILDARRATZ SORRON J., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45.

¹³⁷² SÁENZ DE SANTAMARÍA ANTÓN M. S., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁷³ SÁENZ DE SANTAMARÍA ANTÓN M. S., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁷⁴ LLAMAZARES TRIGO G., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁷⁵ LLAMAZARES TRIGO G., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁷⁶ Díez González R. M., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁷⁷ Le Gouvernement, lorsqu'il souhaite proroger pour six mois l'application du dispositif, demanderait en réalité les pleins pouvoirs au Parlement (*plenos poderes*). Ses demandes, illégales et inconstitutionnelles (*ilegal e inconstitucional*), auraient pour finalité d'échapper au contrôle parlementaire (*hurtar el control parlamentario*). Cette dernière application de l'état d'alerte serait un moyen disproportionné, arbitraire et inutile, visant à endormir une société espagnole fatiguée et désespérée (ABASCAL CONDE S., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59) ;

387. Si les parlementaires français mobilisent largement l'expression d'État de droit dans le contexte des débats sur les états d'urgence, ils lui assignent une définition bien spécifique¹³⁷⁸. À travers cette dernière, et en en dépit de l'exigence toujours plus grande associée aux principes que doit respecter un État de droit contemporain, ils tendent progressivement au principe des régimes d'exception¹³⁷⁹ une main que le gouvernement s'empresse de saisir.

388. Les exécutifs français et espagnols, rejoints par une partie des parlementaires, mobilisent une série d'arguments à l'honnêteté et à la plausibilité variable visant à présenter le recours aux états d'urgence comme compatible avec les idéaux de la démocratie et de l'État de droit.

388.1. Ils soutiennent à de nombreuses reprises que les états d'urgence dont il est fait application ne peuvent être qualifiés d'états d'exception¹³⁸⁰. Cette « pirouette sémantique »¹³⁸¹, qui ne repose pas, contrairement à ce qu'elle laisse apparaître, sur une distinction doctrinale bien établie¹³⁸², n'est pas du goût de tous les parlementaires, qualifiant pour certains sans détour l'état d'urgence sécuritaire d'état d'exception¹³⁸³ ou l'état d'alerte d'état d'exception déguisé¹³⁸⁴.

388.2. Au-delà du seul jeu sur les mots, il est défendu que les états d'urgence sont compatibles avec l'État de droit. D'une part, ils en respecteraient les impératifs. En France, la doctrine relève l'existence de multiples formes de contrôle¹³⁸⁵ et les parlementaires, la compatibilité entre l'idée d'État de droit et l'impératif d'efficacité¹³⁸⁶. D'autre part, dès lors

¹³⁷⁸ Sur l'utilisation par les parlementaires du concept « d'État de droit » et la définition qui en ressort dans le cadre de la mise en œuvre de l'état d'urgence, V. PIRES W. A., « L'État de droit dans les débats parlementaires : le recours extensif à un concept mouvant », in HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, *op. cit.*, p. 43-52.

¹³⁷⁹ Alors que le groupe socialiste de 1955 rejetait le principe même des régimes d'exception (V. spéc. CHAMPEIX M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955), la gauche contemporaine en apprécie, dans son immense majorité, la nécessité et la compatibilité avec l'État de droit (ARNELL GU., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 : « [Si] tous les moyens doivent être mis en œuvre pour parvenir à des résultats rapides, pour sauver des vies, pour neutraliser les terroristes et pour faire triompher les valeurs républicaines, [cela ne peut se faire que] dans le respect du droit et au nom de l'État de droit »).

¹³⁸⁰ Cf. *supra*, n° 128.

¹³⁸¹ POISSON J.-F., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹³⁸² Cf. *supra*, n° 124 et s.

¹³⁸³ CHAMPEIX M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955 ; Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005) ; RICHARD A., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹³⁸⁴ CASADO BLANCO P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16 ; ABASCAL CONDE S., Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

¹³⁸⁵ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 26-27 : « Contrôle hiérarchique au sein de l'administration, contrôle juridictionnel, contrôle parlementaire, contrôle de la société civile, contrôle de la presse ».

¹³⁸⁶ COQUEREL É., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

qu'ils sont prévus par les textes, ils seraient, par cette seule qualité, légitimes dans un État de droit. Cette rhétorique est très présente au Parlement espagnol : l'état d'alerte faisant partie intégrante de la Constitution espagnole¹³⁸⁷, il ne peut être vu, au contraire des atteintes à la Constitution provoquée par les situations de fait¹³⁸⁸, comme une anomalie constitutionnelle¹³⁸⁹.

388.3. Aboutissement de cette logique de dédramatisation, les états d'urgence sont parfois présentés, au prix d'un incroyable renversement rhétorique, comme les boucliers de l'État de droit¹³⁹⁰. Non plus danger, mais condition de réalisation de l'État de droit, l'état d'urgence y aurait une place privilégiée, en étant un moyen de préserver les libertés¹³⁹¹, de les protéger¹³⁹² ou d'en garantir la pleine jouissance aux citoyens¹³⁹³.

389. Cette dernière position implique, selon l'analyse minutieuse opérée par Véronique Champeil-Desplats, de faire glisser la conception substantielle-libérale de l'État de droit vers une conception formelle-sécuritaire et indemnitaire, compatible avec un usage soutenu des dispositifs d'exception¹³⁹⁴. Sur un ton plus militant, Giorgio Agambien tient à « démentir le propos des femmes et hommes politiques irresponsables, selon lesquels l'état d'urgence serait un bouclier pour la démocratie », arguant que c'est ce mécanisme qui a permis aux pouvoirs totalitaires de s'installer en Europe. Alors que l'État s'accoutume peu à peu à vivre sous l'état d'urgence, le philosophe ne voit pas « pourquoi un pareil scénario ne pourrait pas se répéter en France »¹³⁹⁵.

b – La difficulté pratique d'arbitrer entre sécurité et liberté

390. Les notions de sécurité et de liberté présentent déjà, lorsqu'elles sont prises individuellement, une grande complexité. Sans même faire état de leurs nombreuses acceptions

¹³⁸⁷ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 22 del Congreso de los Diputados, de 20 de mayo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 23.

¹³⁸⁸ SUÁREZ J. A. A., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁸⁹ JÁUREGUI ATONDO R., ministre de la présidence, Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁹⁰ V. par ex. CAZENEUVE B., Discours devant la Commission des Lois à l'Assemblée nationale, 20 novembre 2015.

¹³⁹¹ COLLOMB G., ministre de l'intérieur, session extraordinaire, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹³⁹² RAJOY BREY M., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45.

¹³⁹³ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹³⁹⁴ V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 26 et s.

¹³⁹⁵ AGAMBEN G., « De l'État de droit à l'État de sécurité », art. cit.

relevant du champ de la philosophie, elles souffrent, comme cela a été montré précédemment pour la première d'entre elles¹³⁹⁶, d'une appréciation nécessairement subjective et relative, qui limite la portée de toute approche objective ou quantitative. La complexité augmente drastiquement lorsqu'elles sont mises en balance, ou plus généralement, qu'il est proposé d'apprécier les liens qui les unissent.

391. La nature de cette relation ne fait, en doctrine, l'objet d'aucun consensus, ouvrant, dans le discours public, le champ à une définition opportuniste de celle-ci. L'analyse montre en effet que les deux positions dominantes sur la question sont parfaitement compatibles avec une mobilisation vigoureuse des états d'urgence.

391.1. La majorité des déclarations traduisent une compréhension « axiale » du lien entre sécurité – ou, dans le contexte de la crise sanitaire, protection de la santé – et liberté, suggérant que l'augmentation de l'un produise une diminution de l'autre. C'est l'idée qui est sous-entendue lorsque les autorités ont recours aux vocables de « dilemme »¹³⁹⁷ ou « d'équilibre » pour décrire le lien entre ces deux impératifs¹³⁹⁸. En posant qu'une privation de liberté implique un gain de sécurité, cette position permet de justifier tous les excès des états d'urgence. Ces défenseurs ne vont cependant pas jusqu'à soutenir que le gain est proportionnel à la perte¹³⁹⁹, ou que l'axe sécurité-liberté est le même en temps ordinaire et en temps de crise¹⁴⁰⁰.

391.2. Une deuxième position très répandue, et partiellement compatible avec la première, consiste à voir la sécurité comme la « condition de la liberté »¹⁴⁰¹. Dans le prolongement de cette idée, assurer la sécurité est, en plus d'être une fin en soi, un moyen de permettre la liberté¹⁴⁰². Cette fois, l'application sécuritaire de l'état d'urgence est justifiée par le fait que la liberté ne peut advenir qu'une fois la sécurité assurée, ce qui la rend à la fois première et prioritaire.

¹³⁹⁶ Cf. *supra*, n° 379 et s.

¹³⁹⁷ MANDON E., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹³⁹⁸ V. par ex. SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 ; Projet de loi, 22 juin 2017, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹³⁹⁹ GUILLAUME D., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 : « Perdre temporairement une once de liberté individuelle pour retrouver l'intégralité de nos libertés collectives ».

¹⁴⁰⁰ Le projet de loi de prorogation de l'état d'urgence du 22 juin 2017 reconnaît que durant la mise en œuvre de l'état d'urgence, « le point d'équilibre entre le respect des droits fondamentaux et la sauvegarde de l'ordre public se trouve naturellement déplacé vers l'ordre public » (Projet de loi, 22 juin 2017, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence) ; SAGE M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020 : « Où s'arrêtent les libertés publiques au regard de la sécurité sanitaire ? ».

¹⁴⁰¹ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁴⁰² V. en ce sens ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

392. Certaines positions minoritaires permettent pourtant de penser une conciliation entre sécurité et liberté ne se faisant pas toujours au détriment de cette dernière. Une première consiste par exemple à voir une relation d'interdépendance entre ces deux impératifs, ces sœurs jumelles ne pouvant être séparées afin que la République reste la République¹⁴⁰³ ; et une seconde, à placer ces deux impératifs sur des plans différents : l'un est une nécessité, et l'autre, une vertu¹⁴⁰⁴. Cependant, leur faible représentation dans les débats parlementaires ne leur donne qu'un poids limité.

393. La mise en balance de la sécurité et de la liberté actée par le Parlement ou par l'exécutif ne peut, dans un État de droit, ignorer complètement l'une de ces deux dimensions, notamment en mettant en place des privations de liberté illimitées. En plus des principes de légalité et de stricte nécessité, l'utilisation des états d'urgence doit ainsi répondre à une série de principes limitants¹⁴⁰⁵ visant à restreindre par avance toute velléité d'atteinte trop intense aux libertés fondamentales. Ainsi, les « guerres » menées par les États français et espagnols¹⁴⁰⁶ n'en ont que le nom, car l'exécutif ne peut procéder à des privations de liberté comparables à celles accompagnant une guerre au sens juridique.

394. L'intensité de l'atteinte portée à un principe constitutionnel ne peut se justifier que par le degré de réalisation d'un autre principe constitutionnel qu'elle seule permet¹⁴⁰⁷. Pourtant, dans les faits, les atteintes portées à la liberté par les états d'urgence ne sont pas toujours dûment justifiées par un gain proportionnel de sécurité. L'échec de cette nécessaire conciliation est objectif lorsque sont maintenues en vigueur des mesures puissamment dérogatoires, alors même qu'il est établi qu'elles sont inadaptées pour lutter contre le péril¹⁴⁰⁸ et que leur efficacité ne cesse de décroître¹⁴⁰⁹. La difficulté d'un tel arbitrage, sous l'état d'urgence comme d'ailleurs

¹⁴⁰³ MERCIER M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 : « Liberté et sûreté sont sœurs jumelles. Il ne peut y avoir de liberté sans sûreté, mais un État dont la seule valeur serait la sûreté ne serait plus la République ! ».

¹⁴⁰⁴ HAMON L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955 : « L'ordre matériel est une nécessité. Mais c'est la justice qui est un bien et une vertu ».

¹⁴⁰⁵ Le principe d'insuffisance du droit ordinaire, le principe de proportionnalité, le principe d'une stricte limitation temporaire de l'application, le principe de distinction entre le droit ordinaire et le droit exceptionnel, qui impose une frontière sans équivoque entre les deux, et le principe de publicité, qui impose d'être transparent sur les régimes en place et leur contenu (V. par ex. **SEDANO LORENZO A.**, *El estado de alarma y la justicia militar...*, op. cit., p. 32-38).

¹⁴⁰⁶ Cf. *supra*, n° 360.

¹⁴⁰⁷ **RIBES D.**, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », art. cit.

¹⁴⁰⁸ V. par ex. l'étude d'impact n° 587 du 22 juin 2017, qui fait état d'un taux de réussite des mesures de l'état d'urgence dans la lutte contre le terrorisme de moins de 1%.

¹⁴⁰⁹ **LAGARDE J.-CH.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 : « Au cours des six premiers mois, il y a eu près de 4 000 perquisitions administratives, 400 assignations à résidence et 500 interdictions de séjour ; au cours des six derniers mois, il y a eu 150 perquisitions, 70 assignations à résidence et 50 interdictions

sous les autres régimes d'exception¹⁴¹⁰, est fréquemment relevée par l'exécutif¹⁴¹¹ et par la représentation nationale. Personne ne détenant la vérité¹⁴¹² quant à la solution de cette « équation » aux « nombreux intérêts divergents »¹⁴¹³, l'arbitrage entre régime d'exception et respect des libertés publiques demeurera toujours « un exercice d'équilibriste »¹⁴¹⁴.

395. Ce déséquilibre chronique entre sécurité et liberté lors de l'application des états d'urgence, lui-même conditionné par une certaine conception des rapports unissant la sécurité et la liberté, paraît tracer une voie : celle de « l'humanisme viril » décrit par Thomas Mann en 1935¹⁴¹⁵. Tout en étant attachées au respect des valeurs républicaines, aux principes de l'État de droit et aux droits et libertés fondamentaux, les autorités publiques admettent aisément que, pour défendre ces valeurs, l'efficacité, la combativité et l'intransigeance ont leur place. Si cette approche n'a rien, en elle-même, d'illégitime, elle implique toutefois de s'assurer, ce qui n'est pas toujours le cas en pratique, que les atteintes portées aux droits et libertés, aussi musclées soient-elles, participent effectivement à une plus grande sécurité.

B – UNE NORMALISATION PROGRESSIVE DES ÉTATS D'URGENCE

396. L'application dans le temps des états d'urgence se caractérise par ses excès. Systématiquement élu comme solution aux maux contemporains, l'état d'urgence est aussi, une fois en vigueur, prorogé un nombre de fois et pour des plages de temps déraisonnables. Alors qu'elle va à l'encontre des principes mêmes légitimant le recours aux états d'urgence pratique, cette pratique, partagée en France comme en Espagne a, d'un point de vue politique et communicationnel, des raisons d'être difficilement dépassables (§1). De manière encore plus problématique, « l'état d'urgence permanent » se traduit par une multiplication des dispositifs

de séjour, soit jusqu'à dix fois moins qu'au début » ; V. surtout **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 145-146 et 150.

¹⁴¹⁰ Au début de la V^e République, alors que le Putsch des généraux s'est effondré en seulement quelques jours (le 25 avril 1961), l'article 16 fut maintenu en application jusqu'au 29 septembre 1961 et certaines mesures prises sous son empire ont perduré dans le droit positif jusqu'en juillet 1962 (V. par ex. **SÉGUR PH.**, *La Ve République*, *op. cit.*, p. 118-119).

¹⁴¹¹ **SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P.**, Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹⁴¹² **SAGE M.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁴¹³ **FLORENNES I.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁴¹⁴ **ASSASSI É.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

¹⁴¹⁵ **MANN TH.**, cité par **FOUSSIER PH.**, « Pour un humanisme militant », *Humanisme*, 2017/4, n° 317, p. 5-11, p. 5 : « Tout humanisme comporte un élément de faiblesse qui tient à son mépris du fanatisme, à sa tolérance et à son penchant pour le doute, bref, à sa bonté naturelle, qui peut, dans certains cas, lui être fatal. Ce qu'il faudrait aujourd'hui, c'est un humanisme militant, un humanisme qui découvrirait sa virilité et se convaincrerait que le principe de liberté, de tolérance et de doute ne doit pas se laisser exploiter et renverser par un fanatisme dépourvu de vergogne et de scepticisme ».

d'exception, par des mesures transitoires de sortie d'état d'urgence au fort potentiel dérogatoire et par une transcription des mesures emblématiques des états d'urgence dans le droit ordinaire (§2).

§1 – Le maintien dans le temps des états d'urgence

397. Les effets combinés d'un nombre important de prorogations successives et d'une durée croissante séparant ces reconductions vont à l'encontre des fondements historiques, idéels et textuels de ces dispositifs, dont l'acceptabilité est conditionnée à une temporalité courte (a). Répondant à une sensibilité sociale démesurée au risque et permettant aux décideurs de limiter leur responsabilité en cas de résurgence du péril, cette tendance n'a toutefois pas de raison de s'inverser spontanément (b).

a – Une application dans le temps démesurée et dangereuse

398. En dépit du danger qu'il y a à maintenir en vigueur un état d'urgence lorsque les circonstances qui ont présidé à sa prononciation ont disparu¹⁴¹⁶ ou que, par nature, celles-ci sont amenées à durer¹⁴¹⁷, il ressort de l'analyse une tendance presque automatique au maintien dans le temps des états d'urgence. Indépendamment de la nature du péril combattu ou de l'inefficacité croissante des mesures mises en place, la déclaration d'un état d'urgence paraît devoir se poursuivre, immanquablement, par sa prorogation¹⁴¹⁸.

399. À l'image du constat d'une multiplication problématique des dispositifs d'exception dans le droit¹⁴¹⁹, celui de la « banalisation des états d'urgence »¹⁴²⁰, de « l'état d'urgence permanent »¹⁴²¹, de « l'état d'urgence chronique »¹⁴²², de « l'état de mobilisation et de

¹⁴¹⁶ Sur ces dangers, V. not. VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 291 ; AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 12.

¹⁴¹⁷ Rapport du « Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République » présidé par Édouard Balladur, 29 octobre 2007 : « La diversité des menaces potentielles qui pèsent sur la sécurité nationale à l'ère du terrorisme mondialisé justifie le maintien de dispositions d'exception ».

¹⁴¹⁸ Pour une analyse plus approfondie, cf. *infra*, n° 559 et s.

¹⁴¹⁹ VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 181 et 210.

¹⁴²⁰ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le temps de l'état d'urgence » in HALPÉRIN J.-L., HENNETTE-VAUCHEZ S., MILLARD É., *L'état d'urgence : de l'exception...*, op. cit. ; BARANGER D., « L'état d'urgence dans la durée », art. cit., p. 447 et s. ; WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020 ; K/BIDI E., RIMANE D., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁴²¹ LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », art. cit., p. 70 ; CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁴²² SEBAOUN G., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

militarisation permanent »¹⁴²³ ou de « l'état d'exception permanent »¹⁴²⁴ se fait de plus en plus fréquent. Ces nouvelles expressions, qui commencent à être employées en dehors du seul champ juridique¹⁴²⁵, reflètent une tendance des États contemporains à avoir un recours systématique aux états d'urgence et, surtout, à en proroger l'application pour des périodes temporelles toujours plus longues.

400. La doctrine s'est attelée à identifier les principaux écueils d'un maintien excessif dans le temps des états d'urgence. D'une part, ce mode de gouvernance, qui érige des mesures provisoires en véritables techniques de gouvernement¹⁴²⁶, normalise peu à peu le recours aux dispositifs dérogatoires et le fait tomber dans l'ordinaire¹⁴²⁷. Il fait courir le risque « d'accoutumer » la société à ces mécanismes, à la manière d'une drogue qui, à fortes doses, devient toxique¹⁴²⁸. Le risque est alors d'affaiblir les libertés fondamentales et le principe même de l'État de droit, jusqu'à glisser, peu à peu, vers un « État de non-droit »¹⁴²⁹. D'autre part, le maintien dans le temps des états d'urgence affaiblit la légitimité des gouvernants¹⁴³⁰ et accroît la suspicion des gouvernés à leur égard¹⁴³¹.

401. Les débats parlementaires sont, eux aussi, riches de nombreuses déclarations mettant en garde contre ce phénomène, en reprenant parfois les expressions et les analyses de la doctrine. Les députés français, surtout à la gauche de l'hémicycle, dénoncent une « accoutumance de la société aux états d'exception permanents »¹⁴³², rappelant que la France a été sous l'empire d'un dispositif d'exception près de la moitié du temps depuis 2015¹⁴³³ ou déplorant l'application « sans discontinuer » de l'état d'urgence sanitaire sur certains territoires,

¹⁴²³ MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁴²⁴ OBONO D., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁴²⁵ V. parex. l'emploi de l'expression « *emergencia economica permanente* » (GONZÁLEZ H. R., *Estado de no derecho...*, op. cit., p. 63).

¹⁴²⁶ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 19.

¹⁴²⁷ CRETIN SOMBARDIER M., « La démocratie et son droit face à l'urgence », in BRILLA M. et AL (dir.), *Le droit face à l'urgence...*, op. cit., p. 41.

¹⁴²⁸ RIVELINE C., « De l'urgence en gestion », art. cit.

¹⁴²⁹ GONZÁLEZ H. R., *Estado de no derecho...*, op. cit., p. 1 : « *Se dice Estado de no derecho, con razón, de un estado de emergencia en el que la excepción, en nuestro orden normativo, se ha transformado en regla (...) se revela en un tipo de gobierno que, a partir de 2001, se va caracterizando por un deterioro institucional en el que la invocación de la necesidad, de la urgencia o de la excepcionalidad, en definitiva, una situación de emergencia, se consolida en detrimento de los derechos constitucionales de los habitantes* ».

¹⁴³⁰ C'est ce qui se produit, pour Guillaume Tusseau, si l'urgence déclarée s'éloigne trop de la réalité, si elle dure trop et si elle est trop souvent invoquée (TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 141 et s.).

¹⁴³¹ En son temps, Mill dénonçait déjà, en son temps, le « mal extrême qu'il y a à augmenter sans nécessité [les fonctions exercées par] le gouvernement » et la suspicion qu'il entraînait envers les dirigeants (MILL J.-S., *De la liberté*, trad. F. Pataur, in OZER A., *L'État*, op. cit., p. 154-155).

¹⁴³² OBONO D., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁴³³ PEU S., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

notamment en Guyane, jusqu'à sa disparition du droit positif français en juillet 2022¹⁴³⁴. Ils s'inquiètent d'un avenir dans lequel la démocratie serait réservée aux « petites brises » et l'autorité deviendrait la norme¹⁴³⁵, les parlementaires s'habitueraient à des mécanismes antidémocratiques et le gouvernement prendrait goût à un confort dangereux¹⁴³⁶. Ils sont pour certains d'entre eux convaincus qu'une alternative à ces prorogations répétées est nécessaire¹⁴³⁷, car notre démocratie ne peut plus supporter ce fonctionnement¹⁴³⁸.

b – Une pérennisation aux causes difficilement dépassables

402. Les autorités d'application des états d'urgence mobilisent de nombreux arguments pour justifier le maintien des états d'urgence au-delà des seules phases aiguës des crises. Ces derniers, que la doctrine s'essaie parfois à lister¹⁴³⁹, sont de valeurs très inégales : si certains ne sont en état de cause pas recevables en droit, d'autres ne peuvent que légitimer, à contrecœur, des comportements interprétatifs aux conséquences délétères.

402.1. Une première série de justifications consiste à trouver, dans un futur plus ou moins proche, un évènement « sensible », qui nécessiterait de proroger l'état d'urgence au moins jusqu'à cette échéance. C'est ainsi qu'il faudrait proroger l'état d'urgence de six mois dès le 20 novembre 2015 en vue de l'Euro 2016¹⁴⁴⁰ ou qu'il serait justifié de le prolonger jusqu'aux élections présidentielles et législatives en décembre 2016¹⁴⁴¹. De même qu'en ce moment, le Gouvernement entend se réserver la possibilité de recourir, après l'extinction des régimes d'exception de la crise sanitaire et jusqu'à fin mars 2023, à certaines mesures dérogatoires que rendrait nécessaires une éventuelle « résurgence » de l'épidémie ; cette notion

¹⁴³⁴ RIMANE D., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁴³⁵ *Ibid.*

¹⁴³⁶ COQUEREL É., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 9 mai 2020 ; K/BIDI E., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁴³⁷ OBONO D., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁴³⁸ WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁴³⁹ Pour l'état d'urgence sécuritaire français, V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 17-19 ; CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 31-47.

¹⁴⁴⁰ BOUCHART N., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁴⁴¹ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 10 décembre 2016 ; PARIS D., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

étant laissée à son entière appréciation¹⁴⁴². Le risque est qu'il arrive toujours quelque chose justifiant, aux yeux de l'exécutif, la prorogation de l'état d'urgence¹⁴⁴³.

402.2. Une deuxième série de justifications, encore plus critiquable, transforme le constat de la permanence de la menace en un argument justifiant le maintien d'un état d'urgence. Elle est alors assimilée à la persistance des conditions de fond ayant mené à la déclaration de l'état d'urgence. En ce sens, un exposé des motifs du projet de loi de prorogation relève que les mesures permises par la déclaration de l'état d'urgence doivent être poursuivies en raison du « maintien de la menace à un niveau inédit sur le territoire national »¹⁴⁴⁴. Elle justifierait alors des prorogations étendues de l'état d'urgence, reflétant l'inscription dans la durée du péril¹⁴⁴⁵.

402.3. Une troisième série de justifications s'appuie sur des durées de prorogation passées pour justifier les durées étendues des prorogations actuelles. Un premier groupe pratique la référence historique douteuse à des régimes depuis longtemps disparus, comme à la République romaine¹⁴⁴⁶, en ignorant les appels à la prudence de la doctrine sur de telles comparaisons aux plages temporelles étendues et, surtout, les autres caractéristiques de ces régimes¹⁴⁴⁷. Un second groupe, quantitativement plus fréquent, se fonde sur la durée des prorogations historiques de l'état d'urgence pour déterminer si la durée proposée est acceptable. Il faudrait ainsi, tour à tour, proposer un délai de prolongation plus long, car la pratique de ce dispositif en décide ainsi¹⁴⁴⁸, valider la durée proposée de trois mois au regard de précédentes applications de l'état d'urgence¹⁴⁴⁹ ou relativiser la durée proposée de sept mois, parce qu'elle « se rapproche des six mois votés en juillet »¹⁴⁵⁰. Enfin, un troisième groupe entend déterminer

¹⁴⁴² Dans son avis, le Conseil d'État propose de ne pas conditionner le déclenchement à une telle notion en raison de son imprécision (CE (avis), Commission permanente, 24 juin 2022, *Avis sur un projet de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19*, n° 405549).

¹⁴⁴³ BENBASSA E., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁴⁴⁴ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁴⁴⁵ RICHARD A., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 24 janvier 1985 ; CIOTTI É., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁴⁴⁶ TOURRET A., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁴⁴⁷ Dans la dictature romaine, le dictateur désigné devait démissionner après un certain délai, « que sa mission ait été remplie ou non » (PIERRÉ-CAPS S., « Constitutionnaliser l'état d'urgence », art. cit., p. 144).

¹⁴⁴⁸ HOUILLOIN PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 : « De toutes les lois qui ont été adoptées concernant l'état d'urgence, aucune n'a proposé un délai d'application plus court. En 1955, en 1985, les lois sur l'état d'urgence prévoyaient une application pour une durée de six mois ».

¹⁴⁴⁹ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005 ; Roger-Gérard Schwartzberg, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁴⁵⁰ LE ROUX B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

la durée adéquate de prorogation, par la « logique » qui se dégage des précédents historiques et qu'il serait opportun de suivre¹⁴⁵¹. Encore faudrait-il que les interprètes s'accordent sur la durée d'une prorogation normale selon l'histoire¹⁴⁵².

402.4. Une dernière série de justifications fait appel à l'inertie, à l'évidence ou à l'idéologie, appliquant à la lettre la formule de Maurice Duverger selon laquelle on ne peut « retirer les pompiers dès que le feu semble éteint »¹⁴⁵³. Il faut continuer, après la crise des banlieues, de mettre tous les moyens en œuvre pour protéger l'ordre public¹⁴⁵⁴, comme il serait peu sérieux ou prématuré de sortir de l'état d'urgence en juillet 2017, après plus d'un an et demi d'application¹⁴⁵⁵.

403. Derrière ces procédés explicites de justification, il existe d'autres raisons, médiates et implicites cette fois, au maintien excessif dans le temps des états d'urgence. La plus importante d'entre elles est relative à la dimension communicationnelle des états d'urgence¹⁴⁵⁶. En raison de la responsabilité politique démesurée pesant sur les épaules de l'autorité mettant fin à l'état d'urgence, il est, comme l'écrit Olivier Beaud, bien « plus facile aux hommes politiques de déclarer l'état d'urgence que d'en sortir »¹⁴⁵⁷. À cette difficulté se mêle un biais psychologique bien connu, qui incite à maintenir en vigueur les états d'urgence.

403.1. Mis dans l'obligation de contenter le « peuple-opinion » et son « caprice de chaque heure »¹⁴⁵⁸, les responsables politiques ont peur de sortir de l'état d'urgence. L'opinion publique a une emprise directe sur le comportement irrationnel de prorogation perpétuelle de l'état d'urgence, en faisant de sa cessation une opération au coût politique potentiellement destructeur. Le risque politique couru par les gouvernants en cas de sortie des états d'urgence n'est autre que le retour de flamme du climat d'unité nationale et de sécuritarisme qu'ils ont eux-mêmes participé à établir¹⁴⁵⁹. Cette logique est particulièrement visible lors des attentats

¹⁴⁵¹ Le rapporteur de l'Assemblée nationale en juillet 2017 évoque la « logique » de trois mois des prorogations précédentes, qu'il serait opportun de suivre (PARIS D., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017).

¹⁴⁵² Lors de la même séance, le ministre de l'intérieur qualifie la prorogation actuelle de trois mois et demi de prorogation « de durée courte » (COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017).

¹⁴⁵³ DUVERGER M., *Le Monde*, 5 mai 1961, cité par HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 568.

¹⁴⁵⁴ HOUILLOIN PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁴⁵⁵ MOUTCHOU N., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁴⁵⁶ Cf. *supra*, n° 359 et s.

¹⁴⁵⁷ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴⁵⁸ RENAN E., *La monarchie constitutionnelle en France*, 1870, p. 127, cité par ROSANVALLON P., *La démocratie inachevée*, Gallimard, Coll. Folio Histoire, 2003, 592 p., p. 435.

¹⁴⁵⁹ Les principaux instigateurs de l'unité nationale en subissent les conséquences lorsqu'ils sont, en retour, contraints dans leur liberté de choix par l'intolérance sociale au risque qu'elle véhicule. Participant au climat d'insécurité, l'état d'urgence justifie sa propre existence et repousse *ad aeternam* le jour de son extinction.

du 14 juillet à Nice¹⁴⁶⁰. La décision de lever l'état d'urgence sécuritaire serait interprétée par certains comme un acte de complaisance envers le terrorisme islamiste. Plus encore, si une nouvelle tragédie se produisait, les autorités publiques seraient accablées d'un reproche insoutenable : celui d'avoir favorisé la survenue d'un nouvel attentat¹⁴⁶¹. Aussi, maintenir l'état d'urgence permet de limiter la responsabilité du gouvernement en cas de nouvelle attaque¹⁴⁶² en montrant que tous les moyens disponibles ont été mis en place, quitte à faire preuve d'un peu de zèle.

403.2. L'inertie produite par le coût politique d'une sortie de l'état d'urgence est renforcée par un autre coût, plus subjectif : le biais des « coûts irrécupérables »¹⁴⁶³. Selon cette théorie psychologique, même si les mesures de l'état d'urgence sont inefficaces et que le bilan global de son maintien sera négatif, les autorités seraient incitées à le « rentabiliser » en le faisant perdurer, au regard du coût financier, du coût politique et des moyens humains déjà investis lors de sa mise en œuvre.

404. Ces coûts politiques et psychosociaux ne légitiment pas, en droit, la reconduction systématique des états d'urgence. Cela n'échappe pas aux parlementaires, qui, tour à tour, condamnent, ou compatissent avec le Gouvernement.

404.1. De nombreux parlementaires comprennent cet état de fait comme un témoignage du manque de « courage politique » du Gouvernement¹⁴⁶⁴, qui se complaît dans une « certaine facilité » en maintenant l'état d'urgence¹⁴⁶⁵. Jean-Frédéric Poisson se demande même si l'Assemblée n'est pas en train de traiter du problème de communication du Gouvernement plus que du péril qui menace l'ordre public¹⁴⁶⁶. En un mot, ces parlementaires refusent que la crainte de sortir de l'état d'urgence, induite par l'éventualité d'un attentat commis au lendemain de la levée de ce dispositif, ne conduise à le proroger indéfiniment¹⁴⁶⁷.

404.2. Sans excuser tout à fait le manque de courage du Gouvernement, d'autres parlementaires ne sont pas aussi critiques. Ils reconnaissent qu'il est « délicat » de décider de

¹⁴⁶⁰ Alors que le Président Hollande avait annoncé lors de son discours du 14 juillet 2016 vouloir mettre fin à l'état d'urgence et alléger le dispositif Sentinelle à la fin du mois, l'attentat tragique commis sur la « Promenade des Anglais » de Nice le fit revenir, le jour même, sur l'ensemble de ses déclarations.

¹⁴⁶¹ MARRET J.-L., « action-réaction... », art. cit., p. 7.

¹⁴⁶² CAMBADÉLIS J.-CH., cité par BORDENET C., « "J'ai encore trop peur" : une majorité de Français soutient l'état d'urgence », *Lemonde.fr*, janvier 2016.

¹⁴⁶³ ARKES H. R., BLUMER C., « The psychology of sunk cost », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 35, n° 1, 1985, p. 124-140.

¹⁴⁶⁴ CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁴⁶⁵ ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹⁴⁶⁶ POISSON J.-F., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁴⁶⁷ V. par ex. ZUMKELLER M., CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

sortir de l'état d'urgence¹⁴⁶⁸, que le Gouvernement fait face à une « épineuse équation politique » qui légitime tout à fait d'imaginer les conséquences politiques qu'aurait un attentat après la levée¹⁴⁶⁹, ou qu'il est extrêmement difficile d'arbitrer entre la nécessité de l'état d'urgence et la nécessité d'en sortir¹⁴⁷⁰. C'est en ce sens que le rapporteur du Sénat salue l'engagement du Premier ministre et du ministre de l'intérieur, au vu du « poids immense » de la responsabilité personnelle qu'ils portent¹⁴⁷¹.

§2 – L'inscription dans le droit permanent ou la postérité des états d'urgence

405. La tendance contemporaine à la multiplication et à l'allongement de l'application des états d'urgence se double de pratiques plus insidieuses, à l'image de l'immixtion de certaines mesures de l'état d'urgence dans le droit commun, jusqu'à brouiller pleinement cette frontière essentielle **(a)**. Tout aussi problématique, la pratique des régimes transitoires de sortie des états d'urgence permet de déclarer officiellement la fin de l'application d'un état d'urgence, sans pour autant priver les autorités des moyens dérogatoires qu'il confère **(b)**.

a – L'inscription des états d'urgence et de leurs mesures dans le droit permanent

406. Il faut distinguer deux phénomènes, qui posent néanmoins des questions proches : d'une part, la multiplication des états d'urgence dans le droit, qui pourront être mobilisés pour affronter les risques futurs et, d'autre part, la transcription des mesures des états d'urgence dans le droit permanent, permettant leur mobilisation sans que la déclaration d'un état d'urgence soit nécessaire.

407. Dès lors que les états d'urgence permettent – et c'est là leur essence – des atteintes substantielles aux droits et libertés, la création de nouveaux régimes pérennes participe à fragiliser l'État de droit. La consécration constitutionnelle d'états d'urgence existants ou la création de nouveaux états d'urgence suscite donc un débat bienvenu.

¹⁴⁶⁸ Jean-Jacques Urvoas, cité *in extenso* par CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁴⁶⁹ BORDENET C., « "J'ai encore trop peur"... », art. cit.

¹⁴⁷⁰ BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁴⁷¹ BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

407.1. Dix jours seulement après les attentats du 13 novembre 2015, le projet de loi constitutionnelle « de protection de la Nation »¹⁴⁷² entendait constitutionnaliser l'état d'urgence sécuritaire, afin de mettre les pouvoirs exorbitants qu'il permet à l'abri d'une éventuelle censure par le Conseil constitutionnel¹⁴⁷³. Dans la lignée de certains des projets précédents de révision constitutionnelle sous la V^e République, volontiers partisans¹⁴⁷⁴, circonstanciels¹⁴⁷⁵, précipités¹⁴⁷⁶, mal rédigés¹⁴⁷⁷ et même, inutiles¹⁴⁷⁸, ce projet de loi constitutionnelle a montré que l'inscription des dispositifs d'exception dans la Constitution peut, elle aussi, faire partie intégrante de la stratégie de communication de crise du Gouvernement¹⁴⁷⁹.

407.2. Lors de la crise sanitaire, l'exécutif français choisit de créer un nouvel état d'urgence, plutôt que de mobiliser la seconde hypothèse de l'état d'urgence historique. Le gouvernement exprime la volonté que ce nouveau régime « coexiste » avec les autres dispositifs de crise du droit français¹⁴⁸⁰. Apparemment conscients des dangers d'une « concurrence juridique » entre les états d'urgence¹⁴⁸¹, *a fortiori* à la suite du vote précipité d'un état d'urgence bâclé¹⁴⁸², les parlementaires font le choix raisonnable de lui donner une date d'expiration. Celle-ci, initialement fixée au 1^{er} avril 2021, sera néanmoins repoussée jusqu'au 31 décembre 2021¹⁴⁸³, avant d'être différée au 31 juillet 2022¹⁴⁸⁴. En outre, si le régime ne pouvait plus être activé après cette date, les dispositions du code de la santé publique le prévoyant n'étaient pas, comme le soulignait le Conseil d'État¹⁴⁸⁵, formellement abrogées. C'est chose faite avec le texte

¹⁴⁷² Projet de loi constitutionnelle, n° 3381, 23 décembre 2015, de protection de la Nation.

¹⁴⁷³ Constitutionnaliser l'état d'urgence, c'est mettre son régime juridique à l'abri du justiciable QPC, en contradiction avec l'idée même de démocratie constitutionnelle (V. not. ; **LECATÉLIER A.**, « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables précisément identifiés... », art. cit., p. 233-236).

¹⁴⁷⁴ **SÉGUR PH.**, *La Ve République*, op. cit., p. 44.

¹⁴⁷⁵ **DELPÉRÉE F.**, « Réformes constitutionnelles et mesures conjoncturelles », in **MABAKA P. M.** (dir.), *Constitution et risque(s)*, op. cit., p. 241.

¹⁴⁷⁶ **CARCASSONNE G.**, *La constitution*, Seuil, 11^e éd., 2013, 496 p., p. 176.

¹⁴⁷⁷ **DRAGO G.**, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, n° 102, juillet 2015, p. 335-351.

¹⁴⁷⁸ Le choix de l'exécutif de transcrire le texte dans le droit constitutionnel sans le modifier s'oppose à la doctrine dite de l'effet utile, selon laquelle une modification constitutionnelle n'a de sens que « si [elle] peut apporter une protection supérieure à ce qui existe déjà » (**BIOY X.**, « Risque et biodroit constitutionnel », art. cit., p. 25).

¹⁴⁷⁹ Cf. *supra*, n° 359 et s.

¹⁴⁸⁰ **BAS PH.**, rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁴⁸¹ **MILON A.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁴⁸² La commission des lois du Sénat s'est opposée à la volonté du Gouvernement d'inscrire l'état d'urgence sanitaire dans le droit permanent. Elle refuse que ce dispositif « survive à la fin de la crise née de la propagation du coronavirus » et estime que le débat, et, le cas échéant, les modalités sous laquelle il sera possible de consacrer un nouvel état d'urgence à portée sanitaire dans le droit, doivent être remis à plus tard (**BAS PH.**, rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹⁴⁸³ Art. 1, L. n° 2021-160, 15 février 2021, prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

¹⁴⁸⁴ Art. 1, L. n° 2021-1465, 10 novembre 2021, portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

¹⁴⁸⁵ CE (avis), Commission permanente, 24 juin 2022, *Avis sur un de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19*, n° 405549.

adopté le 30 juillet 2022, ce qui satisfait les parlementaires ayant déploré cet « entre-deux qui nourrissait le soupçon »¹⁴⁸⁶.

407.3. Le Gouvernement dépose à l'Assemblée nationale, le 21 décembre 2020, un projet de loi visant à inscrire dans le droit permanent un nouveau régime d'exception, complémentaire à l'état d'urgence sanitaire : l'état de crise sanitaire¹⁴⁸⁷. Son examen, pour l'heure suspendu, devrait reprendre une fois la crise de la Covid-19 durablement dépassée. Si le débat s'annonce passionnant, notamment au regard des positions de plus en plus clivées des parlementaires sur la pertinence d'inscrire des régimes d'exception pérennes dans le droit¹⁴⁸⁸, l'état de crise sanitaire n'est, pour le moment, pas en tête de liste des priorités gouvernementales.

408. Le « démembrement » des états d'urgence dans le droit commun pose un problème de toute autre dimension. S'immiscant dans le droit positif français de manière bien moins contrôlée, il permet de s'affranchir des garanties démocratiques, certes dérogoires, mais présentées comme telles, qui entourent la déclaration et la mise en œuvre des états d'urgence. Si, en France, la multiplication des lois antiterroristes n'a pas commencé avec l'état d'urgence, sa mise en œuvre l'a catalysé¹⁴⁸⁹. Elle a été le théâtre d'une multiplication sans précédent des outils juridiques dérogoires dans le droit permanent, directement inspirés des mesures permises par l'état d'urgence, quand ce n'est pas littéralement transcrits.

408.1. Selon le Gouvernement, rejoint par de nombreux parlementaires, la sortie de l'état d'urgence sécuritaire ne peut se faire qu'à la condition de transcrire ses principales mesures dans le droit commun. Cette « nécessité », affirmée par le Gouvernement dès le début de l'application de l'état d'urgence face au risque terroriste¹⁴⁹⁰, est conçue comme un « passage de relais »¹⁴⁹¹ indispensable pour assurer une « sortie maîtrisée »¹⁴⁹² de l'état d'urgence. Elle répond, selon la rhétorique gouvernementale, à un triple impératif : opérationnel, en assurant

¹⁴⁸⁶ BAS PH., ministre de la santé, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

¹⁴⁸⁷ Projet de loi, 21 décembre 2020, instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires.

¹⁴⁸⁸ Cf. *supra*, n° 106.

¹⁴⁸⁹ Ces 30 dernières années, les lois antiterroristes ont été adoptées avec une fréquence toujours plus importante. Entre 2012 et 2018, ce ne sont pas moins de 6 lois qui ont consacré des mesures antiterroristes dans le droit commun. Pour un inventaire de ces lois antiterroristes (V. HENNETTE VAUCHEZ S., « La fabrique législative de l'état d'urgence : lorsque, par la disposition des choses, le pouvoir n'arrête pas le pouvoir », in HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, *op. cit.*, p. 72-73).

¹⁴⁹⁰ V. BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 150-151.

¹⁴⁹¹ PARIS D., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁴⁹² COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

aux forces de l'ordre de disposer de moyens suffisants¹⁴⁹³ pour être en mesure de continuer à assurer la sécurité des Français¹⁴⁹⁴, légistique, en « parachevant l'édifice » sécuritaire construit dans les dernières années¹⁴⁹⁵ et légistique, en évitant tout vide juridique en matière de sécurité intérieure¹⁴⁹⁶.

408.2. La période 2015-2017 est celle de la banalisation de l'exception, à travers l'intégration dans le droit commun de mesures répressives et sécuritaires directement inspirées des mesures de l'état d'urgence. Comme l'analyse avec précision Véronique Champeil-Desplats, elle se caractérise par un important brouillage entre l'exception et le droit commun, notamment par un jeu sur les procédures juridiques entraînant des modifications du régime initial de l'état d'urgence à l'occasion des prorogations, mais aussi, par la consécration dans le droit commun de mesures auparavant conditionnées à la seule mise en œuvre de l'état d'urgence¹⁴⁹⁷. C'est notamment le cas de la loi du 3 juin 2016¹⁴⁹⁸, de la loi du 21 juillet 2016¹⁴⁹⁹ ou de la loi « SILT »¹⁵⁰⁰, qui par un vocabulaire teinté d'euphémisme, fait rentrer dans le droit commun et donc, ne conditionne plus à la survenue d'évènements exceptionnels des dispositions qui relevaient normalement de l'état d'urgence¹⁵⁰¹. En outre, en dépit du danger qu'elles représentent pour les libertés fondamentales, ces transcriptions des mesures de l'état d'urgence dans le droit commun sont toutes adoptées par la procédure parlementaire accélérée¹⁵⁰².

409. Ces manœuvres ne manquent pas de faire réagir certains parlementaires, sans pour autant que leurs avertissements aient une quelconque incidence. À ce titre, l'exemple du rapporteur du Sénat Philippe Bas est éloquent. Dès la séance du 20 novembre 2015, il fait part de son attachement au caractère temporaire des pouvoirs de l'état d'urgence et rappelle au Gouvernement que l'approbation de la prorogation de l'état d'urgence « n'emporte pas mandat

¹⁴⁹³ ZUMKELLER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁴⁹⁴ PARIS D., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 : « La protection des libertés individuelles suppose (...) de transférer en droit commun certains outils inspirés de la loi du 3 avril 1955, mais entourés de garanties renforcées ».

¹⁴⁹⁵ V. l'exposé des motifs du projet de loi du 22 juin 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹⁴⁹⁶ PARIS D., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁴⁹⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 19 et s.

¹⁴⁹⁸ L. n° 2016-731, 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

¹⁴⁹⁹ L. n° 2016-987, 21 juillet 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

¹⁵⁰⁰ L. n° 2017-1510, 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

¹⁵⁰¹ V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 19 et s.

¹⁵⁰² HERMANN J., « Les lois "faits-divers"... », art. cit., p. 60.

donné par le Sénat au Gouvernement de rendre permanent tout ou partie des pouvoirs donnés à la police par la déclaration de l'état d'urgence »¹⁵⁰³. Malgré la réponse rassurante du ministre de l'intérieur de l'époque¹⁵⁰⁴, la multiplication des transcriptions et des projets de transcription qui s'ensuit démontre qu'il n'a pas été entendu¹⁵⁰⁵.

410. Inquiets de ce phénomène, les commentateurs en proposent des analyses particulièrement riches. John Peter Burgess et Sarah Perret dénoncent une stratégie construite de « normalisation de l'incertitude », qui fait du soupçon, de la crainte et de la méfiance les moteurs de la création normative¹⁵⁰⁶. Bien avant les attentats, Robert Badinter constate que, de plus en plus, le droit et la loi deviennent des espaces de « communication politique »¹⁵⁰⁷. Les autorités normatives légifèrent au rythme de l'actualité et des derniers événements, en multipliant ce que l'on appelle dorénavant les « lois faits-divers »¹⁵⁰⁸. Si cette « logorrhée législative et réglementaire »¹⁵⁰⁹ a déjà un effet très délétère sur la lisibilité de la loi, sur sa qualité, sur sa cohérence et sur sa pertinence, les atteintes profondes aux droits et libertés fondamentales de ces faits-divers en matière de lutte contre le terrorisme ont une portée très préoccupante. Enfin, la transcription progressive des mesures de l'état d'urgence dans le droit ordinaire entre 2015 et 2017 donne plein crédit à la thèse développée par Vanessa Codaccioni, selon laquelle l'usage répété du droit d'exception laisse toujours des « traces » dans le droit ordinaire¹⁵¹⁰, sinon à celle, bien plus critiquable sur le plan scientifique, de la « stratégie du choc » de Naomi Klein¹⁵¹¹.

b – Les régimes transitoires de sortie des états d'urgence

411. Le droit transitoire n'est pas, à lui seul, une pratique dangereuse. Il permet au contraire, sous certaines conditions, de prévenir le réemploi futur – et détourné – d'un dispositif

¹⁵⁰³ BAS PH., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁵⁰⁴ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁵⁰⁵ BAS PH., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁵⁰⁶ BURGESS J. P., PERRET S., « La lutte contre le terrorisme : une gouvernance par l'incertitude ? », *The Conversation*, septembre 2017, en ligne.

¹⁵⁰⁷ Pour Robert Badinter, la « frénésie sécuritaire » et la multiplication des lois laissent à penser que l'on est « entré dans un système où la loi devient un mode de communication politique » (Propos recueillis par Alan Salles, « Ne pas confondre justice et thérapie », *Le Monde*, 8 septembre 2007).

¹⁵⁰⁸ HERMANN J., « Les lois "faits-divers"... », art. cit., p. 60.

¹⁵⁰⁹ Selon la formule employée par le Conseil d'État en 1991 et rapportée par SÉGUR PH., *La Ve République*, op. cit., p. 162.

¹⁵¹⁰ CODACCIONI V., *Justice d'exception. L'État...*, op. cit.

¹⁵¹¹ KLEIN N., *La Stratégie du choc. La montée d'un capitalisme du désastre*, Actes Sud, 2008, 669 p.

voté dans un contexte précis par les représentants de la Nation. Cela est parfaitement illustré par le choix parlementaire prudent de ne pas inscrire le régime de l'état d'urgence sanitaire dans le droit permanent¹⁵¹². Prévoir qu'un régime d'exception ne puisse être appliqué que pour une période déterminée peut être bénéfique à la sécurité juridique. Néanmoins, extirper des mesures des états d'urgence et en permettre l'application transitoire hors de toutes les garanties prévues par son régime relève d'une pratique particulièrement dangereuse.

412. Initiée brutalement par la loi SILT en 2017¹⁵¹³, dans un contexte d'une menace terroriste persistante après deux ans d'état d'urgence sécuritaire, la nouvelle tendance à la création d'états de « semi-exception »¹⁵¹⁴ succédant à l'application des états d'urgence – les fameux « régimes de sortie » de l'état d'urgence¹⁵¹⁵ – participe grandement à brouiller les frontières entre la normalité et l'exceptionnalité. Lors de la crise du coronavirus, les autorités françaises et espagnoles édictent de tels dispositifs. En France, le texte transitoire adopté le 9 juillet 2020¹⁵¹⁶ permet au Premier ministre de prendre des mesures très dérogatoires, pour partie issues de l'état d'urgence sanitaire, mais sans qu'il soit besoin de l'appliquer¹⁵¹⁷. Il s'agit, selon la rapporteure de l'Assemblée nationale, de la seule voie crédible entre une « sortie sèche imprudente » et une « prorogation injustifiée »¹⁵¹⁸. Il en est de même avec le régime de sortie de crise mis en place par la loi du 31 mai 2021, qui permet au Premier ministre de prononcer par décret, sous des modalités proches de celles permises par le régime de l'état d'urgence sanitaire, des interdictions de circulation, de fermer des établissements et d'empêcher des rassemblements¹⁵¹⁹, puis dans une moindre mesure, avec les mesures rémanentes prévues par la loi du 30 juillet 2022¹⁵²⁰. En Espagne, dès le mois de mai 2020, les parlementaires insistent sur la nécessité de sortir de l'état d'alerte au moyen du droit ordinaire, comme le font les autres

¹⁵¹² Cf. *infra*, n° 406 et s.

¹⁵¹³ L. n° 2017-1510, 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

¹⁵¹⁴ LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁵¹⁵ Cette terminologie, inspirée des intitulés de récents textes de loi relatifs à la crise sanitaire (L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire ; L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19) tend à s'imposer progressivement dans le discours sur le droit (V. par ex. CE (avis), Commission permanente, 24 juin 2022, *Avis sur un de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19*, n° 405549).

¹⁵¹⁶ L. n° 2020-856, 9 juillet 2020, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

¹⁵¹⁷ WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁵¹⁸ GUÉVENOUX M., rapporteure, JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁵¹⁹ Art. 1, L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

¹⁵²⁰ Si cette loi abroge, à compter du 1^{er} août 2022, les dispositions du code de la santé publique relatives à l'état d'urgence, ainsi que le régime de sortie de crise issu de la loi du 31 mai 2021, elle réserve, jusqu'au 30 juin 2023, la possibilité pour l'administration de demander un test négatif aux voyageurs d'au moins 12 ans comme elle maintient l'outil précieux que représentent les fichiers destinés à surveiller la circulation du virus (L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19).

États européens¹⁵²¹. Le décret-loi royal du 9 juin 2020¹⁵²² prévoit de nombreuses mesures transitoires, pour permettre à cette bien nommée période de « nouvelle normalité » (*etapa de nueva normalidad*) d’advenir dès le 21 juin. Dans un cas comme dans l’autre, ces régimes de « semi-exception » sont suivis, après plusieurs mois, d’une nouvelle déclaration de l’état d’urgence qu’ils étaient, justement, censés éviter.

413. Les parlementaires ne manquent pas de ressources argumentatives pour critiquer le principe du droit transitoire de crise. Premièrement, cette pratique juridique brouille la frontière entre droit ordinaire et droit d’exception. Le texte transitoire est ainsi un objet « hybride », « pernicieux »¹⁵²³, dont les « contours incertains »¹⁵²⁴ compliquent grandement l’identification juridique¹⁵²⁵. Cette ambiguïté est d’autant plus forte que l’intitulé même de la loi de juillet 2022, celle qui a pour effet de les abroger, qualifie explicitement les régimes de sortie des états d’urgence de « régimes d’exception »¹⁵²⁶. Contaminant le droit en « banalisant » les mesures attentatoires aux libertés¹⁵²⁷, il ne permet plus de déterminer si nous vivons ou non sous l’empire d’un état d’urgence et contredit, dès lors, le principe libéral fondamental selon lequel une fois le régime d’exception éteint, la liberté redevient la règle¹⁵²⁸. Deuxièmement, ces mesures transitoires trompent l’opinion sur les pouvoirs véritablement détenus par le Gouvernement. La Nation vivant sous un état d’urgence qui ne « dit pas son nom »¹⁵²⁹, les délais d’application de ces régimes transitoires sont volontiers allongés¹⁵³⁰. Troisièmement, cette multiplication des dispositifs transitoires a des effets délétères pour les libertés publiques et le contrôle parlementaire¹⁵³¹. Enfin, ces dispositifs transitoires auraient le défaut d’obliger le

¹⁵²¹ CASADO BLANCO P., Sesión plenaria núm. 22 del Congreso de los Diputados, de 20 de mayo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 23 : « *La semana pasada, la Unión Europea volvió a pedir a los españoles reemplazar los estados de alarma por medidas menos intrusivas e invasivas para el Estado de derecho. Y el último informe del Parlamento Europeo señala que, con la excepción de España, los países han optado por medidas legislativas urgentes ordinarias* ».

¹⁵²² Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 163, de 10 de junio de 2020.

¹⁵²³ WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁵²⁴ BENBASSA E., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

¹⁵²⁵ LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁵²⁶ L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d’exception créés pour lutter contre l’épidémie liée à la covid-19.

¹⁵²⁷ ROUSSEL F., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁵²⁸ ROUSSEL F., WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁵²⁹ WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020 ; ACQUAVIVA J.-F., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁵³⁰ V. en ce sens BENBASSA E., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

¹⁵³¹ CORBIÈRE A., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

Gouvernement à choisir une partie des outils de l'état d'urgence, au risque qu'ils s'avèrent inadaptés¹⁵³².

414. En raison de ces nombreux griefs, de nombreux parlementaires préfèrent la prorogation d'un état d'urgence à la construction de tels états de semi-exception¹⁵³³. Cela éviterait de pouvoir restreindre les libertés pour des raisons politiques¹⁵³⁴, sans véritablement avoir à l'assumer politiquement¹⁵³⁵ et en dehors du cadre que confère un dispositif qui lui, au contraire, est respectueux du Parlement et des règles de droit¹⁵³⁶. Finalement, de tels textes transitoires peuvent difficilement se justifier sur leur principe. Comme l'énonce justement la députée Martine Wonner, « soit la situation sanitaire justifie qu'il soit prolongé, soit ce n'est pas le cas, et il n'est pas raisonnable de déléguer au Gouvernement de telles dispositions concernant les libertés publiques »¹⁵³⁷.

415. Conclusion du chapitre. Les frontières entre les impératifs qui naissent des réalités objectives de la situation de fait et ceux qui répondent à des finalités tierces, entre ce qui est observable et ce qui est subjectif ou entre ce qui est légitime et ce qui ne l'est pas se voient brouillées par la complexité des enjeux soulevés par la mise en œuvre des états d'urgence. Il peut, de manière topique, être trop vite déduit de l'accélération du temps engendrée par la crise une urgence à légiférer, ce qui atteint la capacité du Parlement à structurer ses débats et aux oppositions de se faire entendre. La nécessaire cohésion de la Nation face aux périls se meut parfois en un devoir d'alignement derrière l'exécutif de crise qui, pris dans les enjeux de la communication de crise, tente d'asseoir l'autorité de ses décisions en créant, parfois très artificiellement, l'illusion de leur évidence et de leur technicité. L'application des états d'urgence est, pour l'essentiel, moment de pouvoir opaque. Finalement, l'analyse menée met en exergue les difficultés croissantes qu'ont ces deux États de droit à se passer d'états d'urgence qui, directement ou à travers l'avatar des états transitoires de sortie de crise, se pérennisent dans l'espace juridique et politique.

¹⁵³² LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁵³³ Au contraire des mesures transitoires, qui sont « dangereuses, l'état d'urgence sanitaire « peut se prolonger tant que nous n'avons pas la maîtrise de la circulation du virus » (LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020).

¹⁵³⁴ ROUSSEL F., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁵³⁵ ACQUAVIVA J.-F., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁵³⁶ WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁵³⁷ *Id.*

416. Conclusion du titre. Questionner la réalité positive des états d'urgence en France et en Espagne mène à plusieurs constats essentiels pour la suite de la réflexion. D'un point de vue généalogique, ce modèle s'est progressivement imposé, malgré des réticences de principe, comme un mécanisme essentiel de la gestion des crises. Si les deux systèmes étudiés convergent sur le fond, ils entretiennent également d'intéressantes différences comparées. Ainsi, en France, le texte est incontestablement une œuvre située, amenée à évoluer au gré des réalités politiques nouvelles, alors que le système espagnol démocratique se caractérise par sa grande stabilité juridique. Les régimes d'exception étudiés montrent une variété interne surpassant les différences comparées entre ces deux États, qui confirme la pertinence de l'identification minutieuse des états d'urgence par l'intermédiaire du test élaboré pour les besoins de la présente étude. La mise en perspective critique de l'état d'urgence comme réalité juridique, politique et sociétale qui s'en est suivie a proposé un éclairage complet des enjeux juridiques concrets de leur pratique contemporaine. En dépit de leurs spécificités, les problématiques de l'incertitude des situations et la texture ouverte des textes, des nécessités contradictoires que fait naître la crise, des paradoxes qu'engendre la normalisation et le recours de plus en plus systématique à des régimes dont cela défie la logique ont l'étrange caractéristique de renvoyer, au fond, à la question première de l'interprétation juridique et des compréhensions multiples qu'elle admet.

417. Conclusion de la première partie. L'état d'urgence apparaît, au terme de cette première partie, comme un phénomène juridique complexe. D'une part, parce qu'il multiplie les oxymores. Il est une tentative pour l'État de droit de concilier des impératifs aussi contradictoires qu'indispensables. Il permet, avec plus ou moins de réussite, de maintenir l'empire du droit y compris lorsque la force normative des faits se fait la plus écrasante, ainsi que d'assurer une protection effective de l'État, de son ordre public et de ses intérêts les plus fondamentaux, par des pouvoirs dont l'intensité exceptionnelle et la flexibilité répondent directement à la gravité des périls encourus. Les tensions qu'il suscite, dans son principe et lors de son application, expliquent une consécration juridique aussi dynamique que difficile à analyser. D'autre part, par les rapports équivoques qu'il entretient avec d'autres constructions juridiques. Pris comme objet de connaissance, l'intérêt de son émancipation équivaut à la difficulté de la tâche, tant ses frontières sont, par manque de rigueur sémantique, par les hasards de l'histoire et par la polysémie des termes mobilisés, difficiles à établir avec rigueur. Cela a rendu périlleuse la tâche d'en proposer une définition conciliant les réalités sémantiques, historiques et de droit positif qu'elle renferme. C'était pourtant indispensable, tant ce modèle

créé initialement pour répondre à des enjeux d'ordre communicationnel est devenu, au gré de ses applications, un modèle à part entière occupant la place fonctionnelle centrale dans les dispositifs de crise contemporains. Ce sont enfin les enjeux politiques et sociétaux suscités par ces dispositifs juridiques qui, leur étant indissociables, ajoutent à la complexité de l'étude des états d'urgence en imposant à la science du droit de composer avec la multiplicité des discours sur son objet. L'impossible équilibre entre la sécurité et liberté, les traces plus ou moins indélébiles laissées par les périodes d'exception dans le droit ordinaire et, surtout, les limites intrinsèques de régimes nécessitant, pour être efficace, de s'en remettre au moins partiellement à la sagesse des autorités chargées de l'appliquer irriguent les périodes et les territoires étudiés, sont autant de portes d'entrée vers la question fondamentale de la nature de l'opération d'interprétation juridique qui, dans la perspective de cette étude et en particulier de sa seconde partie, revêt la plus haute priorité théorique et scientifique.

SECONDE PARTIE :

L'ÉTAT D'URGENCE, OBJET D'INTERPRÉTATION

418. Un phénomène juridique n'est pas, comme le serait un phénomène physique ou naturel, une réalité autonome, survenant indépendamment de toute volonté humaine. Le moment, le contenu et les caractéristiques des manifestations observables de l'état d'urgence sont le fait des acteurs habilités à le mettre en œuvre. En se situant à l'interface entre le régime juridique de l'état d'urgence et les pratiques interprétatives dont il fait l'objet, il est possible d'en décrire les modalités effectives de mobilisation, d'application et de contrôle. En explicitant la logique herméneutique, les coûts et les contraintes juridiques qui déterminent l'interprétation des états d'urgence, il devient possible d'en proposer une théorie juridique de l'interprétation.

419. L'interprétation authentique de l'état d'urgence donne l'opportunité de façonner pour l'avenir le sens de ses dispositions, pour répondre aux problématiques rencontrées dans la pratique. Elle permet, sans nécessiter de réforme législative de grande ampleur, l'adaptation précise et continue de conditions de fond et de forme, de procédures et de mesures d'exception pensées dans un autre contexte – celui du passé – aux enjeux du terrorisme contemporain, du risque climatique global ou des pandémies sanitaires. Interprétant l'état d'urgence, le législateur peut, au détour d'une prorogation, pallier les insuffisances du texte, en habilitant l'exécutif à mettre fin à l'état d'urgence ou en adaptant avec précision les pouvoirs conférés aux autorités habilitées pour la période à venir. Par leurs interprétations, les juges sont en mesure d'annuler les mesures dérogatoires qui ne concilient pas la sauvegarde de l'ordre public avec les autres impératifs s'imposant à l'action de l'État ou de s'opposer, au moyen de jugements étonnamment constructifs, au détournement du régime d'un état d'urgence. Si elle peut s'avérer bénéfique pour l'État de droit, la mainmise des interprètes sur les significations des dispositions de l'état d'urgence peut aussi aboutir à en contourner les garde-fous, à en agrandir les failles ou même, à en corrompre l'esprit fondateur. L'indétermination consubstantielle à la notion de « nécessité » permet de justifier le maintien de l'état d'urgence pour le bénéfice psychologique qu'il procurerait. L'interprétation constructive de celle de « péril imminent » justifie l'application prolongée d'un régime d'exception pour lutter contre un risque diffus, incertain et continu. Les mesures « aggravées », systématiquement mobilisées, sont utilisées de manière préventive et pour des finalités émancipées de celle ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Ces pratiques interprétatives, dont les fruits – les décisions sur l'état d'urgence –

entrent dans l'histoire, au même titre que celles plus mûries des temps d'accalmie¹⁵³⁸, doivent être méthodiquement détricotées par la doctrine (**Titre I**).

420. Au-delà d'une contribution directe à la connaissance des pratiques contemporaines de l'état d'urgence, une telle analyse prépare un salutaire renouvellement de la réflexion théorique sur l'interprétation juridique. Étymologiquement, comme dans l'intuition commune, les dimensions actives (faisant appel à la volonté) et passives (celle de la réception d'un sens préexistant) de l'interprétation coexistent nécessairement. Pourtant, les théories de l'interprétation juridique contemporaine se veulent toujours plus polarisées et, par là, incapables de traduire cette dualité. Loin de stimuler la réflexion, cet état de la pensée sclérose les possibilités de rendre compte avec nuance des déterminants qui pèsent sur la décision juridique de crise, comme d'en modéliser la logique intrinsèque. En concurrence les uns avec les autres, soumis à des déterminismes et à des coûts, les interprètes de l'application et du contrôle des états d'urgence n'expriment pas, malgré leur apparente liberté, une volonté discrétionnaire. Le Parlement, dont le statut oscille entre celui de chambre d'enregistrement et celui de complice actif de l'exécutif de crise, comme le juge, qui fait preuve d'un volontarisme à géométrie variable, ne font que concilier au mieux des impératifs contradictoires. L'exécutif ne maintient pas de gaieté de cœur l'état d'urgence pendant les périodes d'accalmie. Il se doit de composer, notamment, avec les retombées politiques désastreuses qu'aurait un attentat terroriste – ou un soubresaut épidémique – au lendemain de sa levée. Pour penser l'interprétation d'un droit d'exception qui habilite implicitement l'interprète à s'affranchir de sa lettre au nom de sa finalité, il faut accepter de remettre en cause jusqu'à la nature même de l'opération d'interprétation juridique et, sur la base de ce cadre théorique renouvelé, reconnecter la connaissance de l'état d'urgence à sa réalité empirique en réinventant les outils de la science du droit (**Titre II**).

¹⁵³⁸ V. PHILIP-GAY M., « Temps et responsabilité des gouvernants », art. cit., p. 83.

TITRE I – LA PRATIQUE INTERPRÉTATIVE DES ÉTATS D'URGENCE

421. À l'analyse globale des états d'urgence et de leur équilibre succède l'analyse thématique de leurs nombreuses dimensions. Si la vocation de cette dernière est de rendre compte des significations potentielles des énoncés et des significations contraignantes élues par leurs interprètes authentiques, elle ne fait pas de cette opposition son fil directeur. Son organisation par composantes l'amène à décrire, d'une part, les conditions de fond du recours à l'état d'urgence, tenant tant au péril en lui-même qu'à la nécessité de le combattre et, d'autre part, le cadre formel, procédural et matériel de la réponse qui lui est apportée, c'est-à-dire, le régime de l'état d'urgence et les mesures pouvant être prises sous son empire.

422. Les conditions de fond de la déclaration, de la prorogation et, dans une moindre mesure, de la révocation de l'état d'urgence sont un point critique – et à juste titre, critiqué – du régime des états d'urgence. Leurs formules sibyllines, au détour de quelques mots qu'elles ne définiront jamais, entendent donner toutes les clés aux autorités habilitées pour décider si une situation de fait nouvelle permet la mise en œuvre d'un état d'urgence, comme permettre aux autorités de contrôle de s'assurer que ce choix, en respectant la finalité de l'énoncé et en obéissant à la seule nécessité, est bien conforme au droit. Dans les faits, leur rôle est moins de prémunir efficacement le système juridique contre une utilisation abusive des états d'urgence que de permettre la légitimation de l'agir d'un exécutif de crise – à qui il est interdit, sauf à la dissimuler derrière un tel schéma fictionnel, d'assumer l'irréductible discrétionnarité du choix de recourir à un état d'urgence(**Chapitre I**).

423. Non moins substantielles, les règles de forme et de procédure de l'état d'urgence répartissent les compétences inhérentes à la mise en œuvre de l'état d'urgence, encadrent les modalités de son déploiement dans le temps et dans l'espace et assortissent les actes juridiques pouvant être pris par les acteurs habilités de garde-fous. Si elles paraissent moins exposées aux excès interprétatifs les plus grossiers, les garanties qu'elles portent n'ont rien d'absolu. L'unique prorogation prévue par le texte de l'état d'urgence sécuritaire n'empêche pas, dans les faits, sa prorogation au carré. La tradition juridique limitant la durée de chaque période d'application de l'état d'alerte cède d'un commun accord du congrès des députés et du gouvernement. Si à lui seul, le maintien en vigueur excessif d'un état d'urgence ne menace pas le système juridique, il a pour effet de donner aux mesures prises sous son empire des occasions

démultipliées de développer des conséquences néfastes. La prévision législative régulièrement aggravée de ces mesures, ainsi que leur mobilisation sans concession par l'administration rendent certaines d'entre elles particulièrement susceptibles de faire l'objet d'un exercice abusif et détourné (**CHAPITRE II**).

CHAPITRE I – DU PÉRIL À LA NÉCESSITÉ D’Y RÉPONDRE

« Après le temps de l’émotion et du recueillement – et il n’est pas fini –, vient le temps de la lucidité et de l’action (...) oui, la France est en guerre contre le terrorisme, le djihadisme et l’islamisme radical ».

VALLS M., Discours prononcé à l’Assemblée nationale le 13 janvier 2015

424. Les états d’urgence n’ont vocation à être appliqués que dans des contextes précis, répondant à des conditions précises de nature, de gravité ou de certitude. Pour identifier ces situations de fait et de droit, qu’il reviendra aux acteurs juridiques de qualifier *in concreto*, les régimes des états d’urgence prévoient des conditions de fond à la déclaration, à la prorogation et à la cessation. La précision, la qualité et la pertinence de ces prévisions sont absolument déterminantes. De la conciliation qu’elles opèrent entre l’impératif de laisser une flexibilité suffisante aux autorités pour l’appliquer à des situations nouvelles, qui n’ont pu être prévues par le législateur celui de leur donner une précision suffisante pour prémunir l’ordre juridique d’applications injustifiées de l’état d’urgence, dépend, théoriquement, la latitude que le droit laisse aux décideurs pour relever le défi majeur de faire usage de pouvoirs d’exception dans un État de droit. En pratique, la nature des situations de fait justifiant la déclaration de l’état d’urgence, comme l’appréciation du degré de gravité et de certitude de réalisation qu’elles doivent nécessairement revêtir, font l’objet de dangereuses interprétations constructives (**SECTION I**). L’appréciation du lien de nécessité qui unit l’atteinte portée aux intérêts défendus par l’État et la possibilité, pour ce dernier, de limiter l’ampleur de ses externalités négatives par un agir juridique, est peut-être encore plus malléable. Cette condition de fond, pourtant essentielle à la légitimité de la mobilisation de l’état d’urgence et des mesures qu’il permet, fait l’objet d’une prévision juridique abstraite, dont les interprétations constructives des autorités publiques s’affairent à étendre, au cas par cas, la portée. La « découverte » opportune de finalités symboliques et préventives au maintien des régimes d’exception, dispensant les autorités publiques de devoir établir l’insuffisance du droit ordinaire pour répondre au péril et l’efficacité des mesures mises en œuvre, est l’une des causes majeures de la banalisation contemporaine des états d’urgence (**SECTION II**).

SECTION I – LES HYPOTHÈSES DE RECOURS AUX ÉTATS D’URGENCE

425. Par principe, toute tentative par les pouvoirs publics de définir précisément ou de figer l’ensemble des situations de fait qui pourraient se présenter est vouée à l’échec¹⁵³⁹. L’impératif de limiter les possibilités d’usage détourné des états d’urgence rend toutefois nécessaire de prévoir, aussi précisément que possible, les situations de fait visées qui pourront donner lieu à la mise en œuvre d’un état d’urgence. Plusieurs catégories d’évènements négatifs peuvent, à ce titre, affecter suffisamment la vie d’un État pour en justifier la déclaration. Les états d’urgence, notamment français et espagnols, ont pour raison d’être de répondre soit à des atteintes graves à l’ordre public, avec toutes les difficultés inhérentes à l’interprétation de ces notions, soit à des catastrophes, aussi bien naturelles qu’industrielles ou sanitaires, qui sont en général plus objectivables (A). La mise en œuvre des états d’urgence est, en outre, conditionnée – sous des modalités propres à leurs régimes juridiques respectifs – aux degrés de plausibilité, d’imminence et de gravité qui se rapportent à la réalisation de la menace. (B).

A – LA NATURE DE LA MENACE

426. L’indétermination du vocabulaire employé pour décrire les périls menaçant l’État, qui est un élément indispensable de l’efficacité pratique des états d’urgence, a pour conséquence qu’il soit ardu de définir *a priori* le contenu sémantique des hypothèses visées par les états d’urgence. Si cela est particulièrement vérifiable pour les prévisions juridiques relatives aux périls sécuritaires, dont la pratique révèle que l’appréciation de la complétion dans une situation donnée a, fondamentalement, la nature d’un choix (§1), la qualification d’une situation de fait de catastrophe naturelle ou sanitaire laisse, pour des raisons tenant tant à la nature des périls qu’à l’objectivation possible de leurs effets, une place plus subsidiaire à l’interprétation (§2).

§1 – Les menaces sécuritaires

427. Les principaux états d’urgence français et espagnols ont vocation à répondre à des situations de menace pour la sécurité publique. Celles-ci se matérialisent, dans les régimes juridiques des états d’urgence, sous des apparences variées, mais à travers des formulations

¹⁵³⁹ **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 244-245.

toujours imprécises et ouvertes (a). Le manque de rigueur définitionnelle de la consécration des menaces sécuritaires dans le droit ouvre la voie à des applications extensives des états d'urgence, jusqu'à les faire, parfois, entrer en contradiction avec leurs principes les plus fondamentaux (b).

a – Une consécration juridique indéterminée des périls sécuritaires

428. L'article 1 de la loi du 3 avril 1955 conditionne la déclaration de l'état d'urgence sécuritaire français à l'existence d'un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public »¹⁵⁴⁰. Cette formulation, par le haut niveau d'indétermination des deux expressions qui la compose, pose problème d'un point de vue sémantique et, par extension, juridique.

428.1. En l'absence de toute définition légale, il est impossible de donner, *a priori*, la signification du « péril » ou de « l'imminence ». Cette expression dénote l'existence d'une menace à la survenue temporelle proche, sans plus de précision. Il en est de même pour l'expression « atteinte grave à l'ordre public ». Aucun des mots qui la composent ne renvoie à un contenu précis. Tout au plus, peut-on souligner que dans le langage courant, l'atteinte fait référence à un préjudice, avec une dimension plutôt morale ou psychologique¹⁵⁴¹. Prise comme adjectif, l'atteinte se rapproche de l'affaiblissement. Quant à l'ordre public, il renvoie classiquement en droit administratif français à la sécurité, la tranquillité et la salubrité publique.

428.2. L'articulation de ces deux expressions est, elle aussi, source de complexité. Le mot « résultant » paraît indiquer que ce n'est pas l'atteinte grave à l'ordre public qui conditionne la déclaration de l'état d'urgence, mais le péril imminent qui en résulte. Aussi, une atteinte grave à l'ordre public qui ne provoquerait pas de péril imminent serait hors du champ de mobilisation de l'état d'urgence. Il résulte ainsi plausiblement de la première partie de l'article 1 que l'état d'urgence sécuritaire doit être déclaré quand des atteintes ou des préjudices graves à la sécurité, la tranquillité ou la salubrité publique mettent, dans l'immédiat ou à très court terme, l'État en danger.

428.3. Dès 1955, certains parlementaires dénoncent la rédaction de l'article 1 de la loi sur l'état d'urgence, susceptible de suspendre la légalité républicaine « dans une série

¹⁵⁴⁰ Art. 1, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

¹⁵⁴¹ Pris comme verbe transitif ou comme substantif féminin, « atteindre » signifie, dans l'une de ses deux acceptions principales, toucher avec un projectile, frapper, blesser, ou, au figuré, causer un préjudice moral à fort effet psychologique (CNRTL, entrée « atteinte »)

d'hypothèses diverses et mal définies »¹⁵⁴². À juste titre, les commentateurs de cette formule sont nombreux à en souligner les dangers. Ils font état de « l'inconsistance »¹⁵⁴³, de « l'imprécision »¹⁵⁴⁴ et du « vague »¹⁵⁴⁵ de l'expression « atteinte grave à l'ordre public ». Elle ouvre, pour Dominique Rousseau, « la voie à son usage discrétionnaire »¹⁵⁴⁶, et pour Roland Drago, « une brèche importante dans notre système de libertés publiques »¹⁵⁴⁷. Elle permet, pour Gilles Lebreton, de faire usage de l'état d'urgence « pour briser une grève ou pour venir à bout de certains types d'agitation sociale »¹⁵⁴⁸. Sans qu'à ce stade, il soit possible de se prononcer sur la volonté des rédacteurs de la loi du 3 avril 1955, force est au moins de constater que le champ d'application mal défini de cette formule permet une extension casuistique de sa portée. Le rapport même produit par l'Assemblée nationale le 15 novembre 2005 qualifie l'état d'urgence « d'outil à géométrie variable »¹⁵⁴⁹ au regard de la variété des situations auxquelles il peut s'adapter et de la flexibilité des mesures qu'il permet. Au moins, cette caractéristique est-elle assortie à la variété des mesures qu'elle permet de mettre en œuvre.

429. Si l'état d'urgence sécuritaire français et l'état d'exception prévu par l'article 116 de la Constitution espagnole sont souvent rapprochés par les typologies doctrinales, c'est avant tout en raison de la proximité des hypothèses factuelles qu'ils visent.

429.1. Comme les deux autres dispositifs de l'article 116 et conformément à l'article 1 de la LOAES, il a vocation à répondre à des « circonstances extraordinaires ». L'article 13 de cette même loi organique est plus précis, du moins de prime abord : l'état d'exception peut être déclaré en cas « [d'] altération grave des droits et libertés des citoyens, du fonctionnement normal des institutions démocratiques, des services essentiels à la communauté ou de tout autre aspect de l'ordre public »¹⁵⁵⁰.

429.2. La situation visée est, par sa nature, proche de celle de la première hypothèse de l'état d'urgence français, mais la terminologie de l'état d'urgence espagnol est plus précise.

¹⁵⁴² NAMY L., Conseil de la République, séance du 3 avril 1955.

¹⁵⁴³ ROUSSEAU D., « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit.

¹⁵⁴⁴ DRAGO R., « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 674.

¹⁵⁴⁵ *Id.*, p. 704.

¹⁵⁴⁶ ROUSSEAU D., « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit.

¹⁵⁴⁷ DRAGO R., « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 674.

¹⁵⁴⁸ LEBRETON G., « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 84.

¹⁵⁴⁹ HOUILLON PH., Rapport, AN, n° 2675, sur la prorogation de l'application de la loi du 3 avril 1955, p. 10.

¹⁵⁵⁰ Art. 13, LOAES : «*I. Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, (...)*».

Toutefois, assez paradoxalement, la définition très large de l'ordre public qu'il véhicule indique un champ d'application potentiel qui n'a rien à envier au dispositif français.

430. Contrairement à celui de l'état d'exception, le régime de l'état d'alerte s'oppose à ce qu'il soit mobilisé pour faire face à des menaces sécuritaires. Cela a pourtant été le cas en pratique, à l'occasion d'une grève majeure des contrôleurs aériens espagnols. Il s'agit ici, par l'analyse des hypothèses factuelles qu'il prévoit, de comprendre les causes de ce glissement fonctionnel.

430.1. Si cet état d'urgence prévoit quatre hypothèses distinctes de déclaration¹⁵⁵¹, une seule a le potentiel d'être comprise comme permettant la poursuite de fins sécuritaires : celle de la « paralysie d'un service public ». Contrairement aux trois autres hypothèses, et peut-être justement dans le but de prémunir l'État espagnol d'une mobilisation de l'état d'alerte pour des motifs sécuritaires, elle ne peut justifier à elle seule la déclaration de ce dispositif. En effet, si l'article 4 de la loi organique 4/1981 dispose, de manière générale, que le gouvernement peut déclarer l'état d'alerte lorsque « l'une » des graves perturbations de la normalité qu'il prévoit se produit¹⁵⁵², il exige, spécifiquement que la paralysie des services publics affecte les garanties prévues aux articles 28,2 et 37,2, c'est-à-dire que les mesures prévues par la loi pour assurer la continuité des services publics ne suffisent plus, et que cette paralysie, qui n'est pas autonome, soit accompagnée d'au moins une des trois autres hypothèses de déclaration¹⁵⁵³.

430.2. Cette spécificité fait partie intégrante du débat tenu au Congrès à l'occasion de la prorogation de l'état d'alerte durant la crise des contrôleurs aériens. Le député Llamazares Trigo affirme que deux des hypothèses factuelles doivent être remplies pour le déclarer, ce qui n'est pas le cas en l'espèce¹⁵⁵⁴. À ce niveau de généralité, son affirmation est fautive. Néanmoins, le sens de son propos est juste : le motif principal soulevé par le Gouvernement espagnol étant la paralysie d'un service public¹⁵⁵⁵, il est tenu de démontrer qu'au moins une

¹⁵⁵¹ Cf. *infra*, n° 443.

¹⁵⁵² Art. 4, LOAES : « (...) *cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad (...)* ».

¹⁵⁵³ Art. 4, LOAES : « (...) *c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28, 2 y 37, 2 de la Constitución, y concurre alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo (...)* ».

¹⁵⁵⁴ LLAMAZARES TRIGO G., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁵⁵⁵ Le décret-royal du 4 décembre 2010 qualifie la fermeture de l'espace aérien du fait de la grève des contrôleurs de circonstances exceptionnelles et, plus précisément, de calamité publique d'énorme magnitude, en ce qu'il entraîne une limitation de la liberté de circulation et paralyse un service public essentiel (Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223).

autre hypothèse de déclaration est concernée. Ainsi, lorsque le décret-royal du 4 décembre 2010 vise plusieurs hypothèses de déclaration – en l’espèce l’hypothèse « c. », en relation avec les hypothèses a. et d. – pour justifier la mise en œuvre de l’état d’alerte¹⁵⁵⁶, cela n’a rien de superfétatoire : le décret-royal satisfait à un impératif juridique.

431. Les hypothèses sécuritaires de déclaration de ces trois états d’urgence présentent ainsi un niveau d’indétermination suffisamment élevé pour que toute tentative d’interprétation *in abstracto* des situations qu’ils visent s’accompagne d’un débat juridique et sémantique. Il ne faut cependant pas y voir une spécificité des seuls états d’urgence : les hypothèses sécuritaires d’autres régimes d’exception, passés ou présents, sont là pour le rappeler.

431.1. L’état de siège français peut être mobilisé dans deux hypothèses : la « guerre étrangère » ou « l’insurrection armée »¹⁵⁵⁷. Comme le remarque toutefois Gilles Lebreton, les situations visées par l’état de siège sont beaucoup moins floues que pour l’état d’urgence¹⁵⁵⁸. L’état de siège espagnol répond, de la même manière, à deux hypothèses distinctes : « l’insurrection » et « l’acte de force »¹⁵⁵⁹. Plus restrictif que son homologue français, l’état de siège espagnol est surtout bien plus précis, en faisant explicitement mention des intérêts menacés et du degré de réalisation attendu du péril¹⁵⁶⁰.

431.2. Contrairement à toute intuition, les autres régimes d’exception ne sont pas significativement moins précis au stade de la détermination des hypothèses factuelles de déclaration. C’est ainsi que l’état d’exception franquiste de 1959¹⁵⁶¹ s’appuie comme son successeur sur la notion « d’altération de l’ordre public » tout en prévoyant explicitement le

¹⁵⁵⁶ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

¹⁵⁵⁷ Sous la IV^e République, l’état de siège a vocation à être déclenché en cas de « péril imminent résultant d’une guerre étrangère ou d’une insurrection à main armée » (art. 1, L. 3 avril 1878, relative à l’état de siège) ; Sous la V^e République, les hypothèses factuelles sont maintenues en l’état, à la seule nuance que l’insurrection à main armée devient « l’insurrection armée » (article L. 2121-1 C. défense). Cette simple modernisation terminologique n’emporte aucune conséquence.

¹⁵⁵⁸ En effet, tant la guerre étrangère que l’insurrection armée renvoient à des situations répondant à une réalité juridique et politique identifiable (LEBRETON G., « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 84).

¹⁵⁵⁹ Art. 32, LOAES : « Uno. Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza... ».

¹⁵⁶⁰ Pour être déclaré, le régime de l’état de siège exige l’existence de circonstances extraordinaires, réalisées ou menaçant de se réaliser, en atteignant la souveraineté ou l’indépendance de l’Espagne, son intégrité territoriale ou son ordre constitutionnel, et ne pouvant être résolu par d’autres moyens (arts. 1 et 32, LOAES).

¹⁵⁶¹ Art. 25, LOP 45/1959 : « Uno. Cuando, alterado el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo, podrá el Gobierno (...) ».

principe de l'*ultra petita*, ou que le mécanisme contemporain de coercition de l'État, pourtant assimilé à une clause générale, prévoit deux hypothèses distinctes de déclaration¹⁵⁶².

b – Des qualifications juridiques exploitant cette indétermination

432. L'indéfinition de la première hypothèse de l'état d'urgence sécuritaire permet à l'exécutif d'y subsumer des situations de fait variées. Il s'agit, historiquement, de déclarer l'état d'urgence en réponse à des atteintes à l'ordre public du fait de mouvements sociaux. C'est le cas des affrontements entre forces de l'ordre, dockers et grévistes de 1985, qui occasionnèrent de nombreux dégâts¹⁵⁶³, des violences urbaines très étendues survenues en 2005, que le Gouvernement mentionne à de multiples reprises¹⁵⁶⁴, mais aussi des manifestations contre la loi Travail, qui participèrent à justifier la prorogation de l'état d'urgence en mai 2016¹⁵⁶⁵.

433. Depuis 2015, le motif principal de la mobilisation de l'état d'urgence réside dans la menace terroriste. Ce péril est appréhendé sous plusieurs prismes. Le premier, le plus immédiat, est celui de la nécessité d'arrêter les coupables des attentats¹⁵⁶⁶. Cette justification du recours à l'état d'urgence peine à convaincre, au vu de son caractère mono-causal, mais surtout, au vu du temps durant lequel l'état d'urgence a été maintenu après l'arrestation du terroriste en question. Le deuxième angle est celui des enseignements des tentatives d'attentats, déjouées ou non, qui révéleraient le maintien d'un niveau élevé de menace¹⁵⁶⁷. Là aussi, l'argument est fragile : la condition d'atteinte grave à l'ordre public implique que le risque soit réalisé. Parlerait-on de catastrophe sanitaire face à une épidémie évitée ? Enfin, le troisième angle, le plus important,

¹⁵⁶² Ils s'agit du non-respect par une communauté autonome des obligations qui lui sont imposées par la Constitution ou d'autres lois, ou d'un comportement d'une communauté autonome portant gravement atteinte à l'intérêt général de l'Espagne (art. 155.1, C1978).

¹⁵⁶³ ANTENNE 2, Journal télévisé de 20 heures, 25 octobre 1987.

¹⁵⁶⁴ Rap. au Premier ministre relatif au décret n° 2995-1387 du 8 novembre 2005 ; Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, 14 novembre 2005 ; Mémoire en défense du ministre de l'intérieur, CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec.

¹⁵⁶⁵ Le ministre de l'intérieur, qui justifie la prorogation de l'état d'urgence, commence par évoquer les « casseurs » et les « débordements survenus à l'occasion des récentes manifestations » contre la loi Travail, avant même de parler de la menace terroriste ! (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

¹⁵⁶⁶ Le ministre de l'intérieur explique que l'état d'urgence n'a pas été mis en place en janvier 2015 parce que ceux qui avaient commis ces attentats avaient été neutralisés par les forces de l'ordre et donc que les conditions de mise en œuvre « n'étaient pas réunies ». Au contraire, la non-capture par les forces de l'ordre de Salah Abdelslam aurait été l'élément premier de la déclaration de l'état d'urgence en novembre 2015 (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016).

¹⁵⁶⁷ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 10 décembre 2016.

est celui de l'atteinte matérielle à l'ordre public que provoquent, par eux-mêmes, les attentats¹⁵⁶⁸.

434. Cette utilisation de l'état d'urgence au titre de la lutte contre le terrorisme fait, à juste titre, l'objet de critiques récurrentes de la part des parlementaires et de la doctrine.

434.1. Il est plutôt évident que l'attentat terroriste constitue, juridiquement, une atteinte grave à l'ordre public¹⁵⁶⁹. À l'inverse, qualifier un tel acte de « péril imminent » interroge, à juste titre. La doctrine le souligne amplement. Les circonstances justifiant la déclaration d'un état d'exception doivent être temporaires, sauf à ce que manque une condition fondamentale à l'utilisation de ces outils juridiques¹⁵⁷⁰. Il y aurait ainsi une inadéquation fondamentale entre l'état d'urgence, institution par nature temporaire, et les caractéristiques de la menace terroriste, par nature latente, diffuse et permanente¹⁵⁷¹.

434.2. Originellement, l'état d'urgence de 1955, comme les autres régimes d'exception européens, est inspiré d'une logique de circonscription spatiale et temporelle, seule à même de légitimer son utilisation¹⁵⁷². La loi sur l'état d'urgence dévoile en effet, tant dans sa rédaction – l'utilisation de la notion d'imminence ne laisse subsister aucun doute – qu'à la lecture de ses travaux préparatoires, sa vocation à la ponctualité spatiale comme temporelle.

434.3. Ces caractéristiques entrent en contradiction frontale avec la mise en œuvre de l'état d'urgence en cas d'attentats terroristes¹⁵⁷³. *A minima*, ils donnent tort aux démocraties contemporaines, lorsqu'elles ont recours, au prix d'un grand écart interprétatif, à des législations d'exceptions pour affronter le terrorisme¹⁵⁷⁴. L'état d'urgence est une réponse locale et court-termiste à un problème mondial¹⁵⁷⁵, appelé à durer, selon les spécialistes, des décennies¹⁵⁷⁶. Il n'est donc pas possible « d'indexer » la durée de l'état d'urgence sur cette

¹⁵⁶⁸ L'exposé des motifs du premier projet de loi de prorogation lie la déclaration de l'état d'urgence aux « attentats coordonnés ayant frappé Paris le 13 novembre 2015 » et le justifie au regard de « la gravité des attentats » (Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015); Le rapporteur du Sénat évoque pour sa part des « crimes de masse odieux » (BAS PH., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

¹⁵⁶⁹ Selon Paul Cassia, « Nul ne peut contester que les attentats du 13 novembre 2015 constituent de telles atteintes » (*Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 97).

¹⁵⁷⁰ MANIN B., « Le paradigme de l'exception... », art. cit.

¹⁵⁷¹ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 175; CNCDH, Communiqué, État d'urgence : l'État de droit... , préc.

¹⁵⁷² MASTOR W., SAINT-BONNET F., « De l'inadaptation de l'état d'urgence... », art. cit., p. 55-59.

¹⁵⁷³ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁷⁴ MANIN B., « Le paradigme de l'exception... », art. cit.

¹⁵⁷⁵ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁷⁶ MASTOR W., SAINT-BONNET F., « De l'inadaptation de l'état d'urgence... », art. cit., p. 58-59.

menace, permanente et illimitée dans le temps¹⁵⁷⁷, en faisant miroiter sa disparition et en faisant, de fait, de l'exception, une « règle générale pour tout l'Occident et pour un temps indéterminé »¹⁵⁷⁸.

435. L'exploitation de cette indétermination textuelle dans la pratique des états d'urgence suscite d'importants débats au Parlement français¹⁵⁷⁹. Ces échanges s'articulent moins autour de la question de l'effet de l'indétermination du texte sur la liberté interprétative¹⁵⁸⁰ que sur la nature de l'opération visant à tirer des conséquences juridiques de la réunion des conditions de fait.

435.1. Au regard de la pratique de ce dispositif, les parlementaires sont nombreux à reconnaître un caractère politique et contextuel au choix de trouver ces conditions réunies ou non¹⁵⁸¹. Si cela se fait parfois sans jugement de valeur défavorable envers l'exécutif¹⁵⁸², il s'agit le plus souvent de dénoncer son comportement politicien, à l'image du retour en arrière du Gouvernement après les attentats de Nice, qui ne répondrait qu'à des considérations politiques et communicationnelles¹⁵⁸³ ou plus généralement, du manque de hauteur du Gouvernement, qui ne fait que « réagir » à l'actualité au lieu d'analyser la situation¹⁵⁸⁴.

435.2. Au contraire, l'exécutif, rejoint ponctuellement par des parlementaires, ne reconnaît pas à l'interprétation des conditions de fond le caractère d'un choix. D'une part, les interprètes des états d'urgence sont soumis aux impératifs défendus, qui ôteraient à l'état d'urgence le caractère d'instrument au service des gouvernants¹⁵⁸⁵. D'autre part, la qualification juridique des faits a le caractère d'un « non-choix » : les autorités ne font que prendre acte de la réunion des conditions de droit de l'état d'urgence, avec des modalités strictement encadrées par le texte¹⁵⁸⁶ et sans autre marge de manœuvre juridique que celle dont le texte les dote¹⁵⁸⁷. Pour autant, certains mots trahissent une telle marge de manœuvre : le ministre de l'intérieur

¹⁵⁷⁷ CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁵⁷⁸ MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁵⁷⁹ Sur la position du juge vis-à-vis de cette liberté interprétative, cf. *infra*, n° 690 et s.

¹⁵⁸⁰ Cf. *infra*, n° 643 et s.

¹⁵⁸¹ Cf. *supra*, n° 354 et s.

¹⁵⁸² BOCQUET É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁵⁸³ MÉZARD J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁵⁸⁴ BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁵⁸⁵ L'état d'urgence n'est pas un instrument mis à la disposition du Gouvernement, mais un texte « dominant les ministres, le ministère, les hommes qui passent pour faire prévaloir un principe supérieur et permanent de défense, de conservation de la République » (PLAISANT M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958).

¹⁵⁸⁶ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁵⁸⁷ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

s'estime « convaincu » de la réunion des conditions¹⁵⁸⁸, quand, au rapporteur de l'Assemblée nationale, elles « semblent » remplies¹⁵⁸⁹.

435.3. Pour critiquer de manière plus constructive les interprétations authentiques de l'exécutif, certains parlementaires s'essaient, lors des débats, à des interprétations de l'hypothèse factuelle sécuritaire de l'état d'urgence de 1955. Les résultats sont pour le moins surprenants. Certains députés essaient de tirer profit de cette indéfinition pour imposer des lectures idéologiques, restrictives et indéfendables à la lecture du texte. Regardé comme plus intense que l'état de siège, l'état d'urgence ne pourrait, dès lors, être déclaré dans des situations où cet autre régime d'exception ne pourrait être mobilisé¹⁵⁹⁰. Il ne viserait même, pour certains, que les situations de guerre civile ou de menace pour le fonctionnement des institutions républicaines¹⁵⁹¹.

436. En Espagne, la seule application sécuritaire de l'état d'alerte est peut-être encore plus surprenante. Lors de sa création, il était évident que ce dispositif n'avait pas vocation à répondre à des situations sécuritaires et ce, tant au regard de sa lettre, que de la volonté du congrès des députés¹⁵⁹². Il est néanmoins utilisé en décembre 2010 pour juguler une crise loin d'être neutre sur le plan politique : la grève des contrôleurs aériens.

437. Cette interprétation a été très critiquée par la doctrine¹⁵⁹³. Premièrement, le choix d'y recourir revêt un caractère plus stratégique que juridique, en instrumentalisant le droit pour tenter de résoudre un conflit social aux contours politiques, alors que ce n'est pas sa vocation. Cette interruption est qualifiée, de manière assez artificielle, de « calamité publique d'énorme magnitude »¹⁵⁹⁴. Deuxièmement, pour soumettre du personnel civil à la justice militaire, il faut non pas déclarer l'état d'alerte, mais l'état de siège¹⁵⁹⁵. Enfin, parmi d'autres arguments soulevés, cette déclaration n'était pas, en l'espèce, l'*ultima ratio*, comme l'exige l'article 1 de

¹⁵⁸⁸ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁵⁸⁹ POPELIN P., Rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁵⁹⁰ L'état d'urgence, plus « poussé » que l'état de siège, ne saurait être déclaré aujourd'hui, alors que ce dernier n'a pas été proclamé en 1819, 1852, 1870, 1910 ou 1950 (DUPIC L., Conseil de la République, séance du 3 avril 1955).

¹⁵⁹¹ BRAOUEZEC P. et BILLARD M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁵⁹² GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, op. cit., p. 1781.

¹⁵⁹³ V. ENÉRIZ OLAECHEA F. J., « La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo », *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9/2011, 2011, p. 79-94. ; VIDAL PRADO C., DELGADO RAMOS D., « Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga », *Revista española de derecho constitucional*, n° 92, 2011, p. 243 et s., en ligne ; SEDANO LORENZO A., *El estado de alarma y la justicia militar...*, op. cit.

¹⁵⁹⁴ NATOLI F., « Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation... », art. cit., p. 125.

¹⁵⁹⁵ V. spéc. PULIDO QUECEDO M., « La prórroga del estado de alarma "por incertidumbre" », *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 813/2011, 2011.

la loi organique 4/1981. Autrement dit, les obligations de nécessité et de proportionnalité imposées par la loi organique n'étaient pas satisfaites¹⁵⁹⁶.

438. Il est ainsi intéressant de constater que l'exécutif espagnol préfère « forcer » la constitutionnalité de son action plutôt que d'employer un régime d'exception plus lourd de conséquences, comme l'état d'exception ou l'état de guerre, ou encore, à l'image de l'État français en 2020, construire un régime de crise sur mesure pour faire face à la situation.

439. Les exemples d'application d'autres régimes d'exception témoignent, eux aussi, de la grande liberté des interprètes authentiques pour rattacher un événement de fait à l'hypothèse sécuritaire de déclaration d'un tel régime. Ainsi, sans grande surprise, l'état d'exception franquiste a été employé pour faire face à des situations variées, dont le seul point commun fut de menacer, plus ou moins directement, l'autorité ou la stabilité du régime de Francisco Franco : grèves paralysantes dans certaines mines de charbon et dans d'autres entreprises¹⁵⁹⁷, actions isolées ayant pour finalité présumée de perturber la paix et l'ordre public espagnols¹⁵⁹⁸, enlèvement d'un représentant diplomatique étranger, couronnant une série d'actes subversifs perpétrés contre les intérêts de l'Espagne¹⁵⁹⁹ et, finalement, en 1975, actions perturbatrices qualifiées de subversives et de terroristes¹⁶⁰⁰. L'impossible objectivation de ces intitulés vagues trouve, enfin, une illustration notable dans l'unique application du mécanisme de coercition de l'État¹⁶⁰¹.

§2 – Les menaces naturelles et sanitaires

440. Du fait de leur nature beaucoup plus quantifiable et technique, les hypothèses factuelles relatives aux catastrophes naturelles et sanitaires font, dans l'ensemble, l'objet d'une

¹⁵⁹⁶ Cf. *infra*, n° 508 et s.

¹⁵⁹⁷ Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales, BOE, núm. 108, de 5 de mayo de 1962, p. 5989.

¹⁵⁹⁸ Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, BOE, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175.

¹⁵⁹⁹ Decreto-ley 14/1970, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de excepción en la provincia de Guipúzcoa, BOE, núm. 291, de 5 de diciembre de 1970, p. 19830 y 19831.

¹⁶⁰⁰ Decreto-ley 4/1975, de 25 de abril, por el que se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, BOE, núm. 100, de 26 de abril de 1975, p. 8870.

¹⁶⁰¹ Dans la demande adressée aux autorités catalanes, le Gouvernement espagnol considère que le fait d'imposer une déclaration unilatérale d'indépendance constitue une attaque au cadre de la coexistence établie par la Constitution espagnole, qualifiée de gravement contraire à l'intérêt général (Requerimiento del Gobierno a la Generalitat de Cataluña al amparo del artículo 155 de la Constitución, de 11 de octubre de 2017). Peut-être est-ce à juste titre qu'il est, à ce moment, mobilisé, mais ce que l'on peut constater en toute neutralité, c'est que ces qualifications ne sont pas objectivables.

définition juridique plus tangible, permettant une interprétation *a priori* bien plus certaine et précise (a). Si, à l'heure de la mise en œuvre, ces hypothèses naturelles, industrielles ou sanitaires font, dans l'ensemble, l'objet d'interprétations plus raisonnables, de nombreux indices suggèrent leur perméabilité aux problématiques identifiées pour les hypothèses sécuritaires (b).

a – Un niveau de détermination juridique sensiblement plus élevé

441. La seconde hypothèse de déclaration de l'état d'urgence « sécuritaire » - on voit ici les limites de cette appellation – n'a jamais été mise en œuvre. Elle vise des événements assimilables, du fait de leur nature et de leur gravité, à des calamités publiques¹⁶⁰².

441.1. Cette formulation mobilise le concept bien connu de « calamité publique ». Il s'agit d'un malheur qui affecte un grand nombre de personnes ou un large territoire ou, plus précisément, d'un « événement dommageable, d'une exceptionnelle gravité, survenant de façon imprévisible et provoqué par des forces naturelles »¹⁶⁰³. La formule utilisée dans l'énoncé de la loi du 3 avril 1955 indique que ce caractère est apprécié en fonction de la nature et de la gravité de l'événement. Il n'est ici pas fait référence à un péril futur : la situation doit, en l'état, relever de la calamité publique.

441.2. De manière surprenante, l'état d'urgence déclaré au motif de cette hypothèse factuelle confère aux autorités les mêmes pouvoirs que celui déclaré en vertu de l'hypothèse sécuritaire. En ce sens, un membre du Conseil de la République ne manque pas, lors de la séance du 3 avril 1955, de s'élever contre la possibilité de suspendre la légalité république face à des événements naturels comme des tremblements de terre ou des incendies de forêt¹⁶⁰⁴. Comment de tels événements pourraient-ils justifier de suspendre, par exemple, la liberté de la presse ? Paul Cassia répond indirectement à ce parlementaire : inscrite dans la loi du 3 avril 1955 en réaction aux pillages qui ont accompagné le tremblement de terre de la ville de Chlef (à l'époque, Oréansville) en Algérie, le 9 septembre 1954, elle a comme finalité première de prévenir les vols et les violences qui peuvent accompagner ces calamités publiques¹⁶⁰⁵.

441.3. Ainsi, alors qu'en Espagne, un événement de type calamité publique ne peut entraîner que les effets – bien moins dérogoire pour l'État de droit – de l'état d'alerte, il peut

¹⁶⁰² Art. 1, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

¹⁶⁰³ CNRTL, entrée « calamité ».

¹⁶⁰⁴ DUPIC L., Conseil de la République, séance du 3 avril 1955.

¹⁶⁰⁵ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 56.

mener en France à des perquisitions à domicile et à des assignations à résidence. Néanmoins, en faisant le choix de la création de l'état d'urgence sanitaire, le Gouvernement français a montré sa réticence quant à une telle utilisation de l'état d'urgence du 3 avril 1955.

442. L'état d'urgence sanitaire a, conformément aux prévisions de l'article L. 3131-12 créé par la loi du 23 mars 2020¹⁶⁰⁶, vocation à être déclaré en cas de « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »¹⁶⁰⁷.

442.1. Si la structure rédactionnelle de cette condition de fait diffère de celle de la seconde hypothèse de l'état d'urgence sanitaire, on retrouve des éléments communs : une catégorie d'évènement négatif – la « catastrophe »¹⁶⁰⁸ – et une référence à la nature et à la gravité de l'évènement pour permettre d'emporter cette qualification. Elle s'en distingue cependant. D'une part, comme pour la première hypothèse de l'état d'urgence de 1955, elle fait référence aux intérêts touchés. Ici, ce n'est pas l'ordre public dans son ensemble, mais sa dimension de préservation de la santé. Deuxièmement, alors que pour la seconde hypothèse de l'état d'urgence de 1955, la nature et la gravité de l'évènement choisi par le législateur doivent emporter la qualification de calamité publique, dans l'état d'urgence sanitaire, la nature et la gravité de la catastrophe sanitaire – soit, structurellement, l'équivalent de la calamité publique – doivent emporter des conséquences sur la santé de la population. Ce changement de structure, rendu possible par l'absence de définition des mots employés, est symptomatique des carences françaises – volontaires ? – dans la définition des conditions de fond.

442.2. Malgré ces quelques lacunes, la nature des faits visés par l'état d'urgence sanitaire, autant que les spécificités de son régime, confèrent aux autorités habilitées une marge d'appréciation substantiellement réduite par rapport à celle laissée par la rédaction indéterminée de l'hypothèse sécuritaire de l'état d'urgence de 1955. D'une part, la nature temporaire du dispositif limitait, pendant son existence juridique et en tout état de cause, son application à la

¹⁶⁰⁶ L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

¹⁶⁰⁷ À noter que l'article 2 de la loi du 9 juillet 2020 reformule légèrement cette condition de déclaration, jusqu'à la date du 30 octobre 2020, dans les circonscriptions où l'état d'urgence n'aura pas été prorogé. Il peut y être déclaré « dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, lorsque l'évolution locale de la situation sanitaire met en péril la santé de la population ». Toutefois, la reprise presque in extenso des termes originaux incite à y voir une reformulation sans conséquence normative de la condition prévue à l'article L. 3131-12.

¹⁶⁰⁸ La catastrophe est un évènement brutal qui bouleverse le cours des choses, en provoquant le plus souvent des conséquences particulièrement graves, si ce n'est irréparables. Avec les mots « désastre », « fléau » et « calamité », le mot catastrophe est le qualificatif le plus fort que l'on puisse donner à un évènement négatif (CNRTL, entrée « catastrophe »).

seule épidémie de la Covid-19¹⁶⁰⁹. D'autre part, son régime est pensé pour que la déclaration¹⁶¹⁰ et le maintien¹⁶¹¹ de cet état d'urgence soit justifié par des données scientifiques objectives étayant la qualification de catastrophe sanitaire.

443. En Espagne, l'état d'alerte peut, selon les prévisions de l'article 4 de la loi organique, être décrété quand se produit l'une des quatre formes « d'altérations graves de la normalité » qu'il prévoit¹⁶¹².

443.1. Les deux premières hypothèses factuelles sont illustrées par des exemples très concrets, qui précisent la volonté du constituant et réduisent la marge d'interprétation des autorités habilitées à le mettre en œuvre. La première hypothèse est celle d'une « catastrophe publique », d'une « calamité publique », d'un « malheur public » ou d'un « accident de grande ampleur ». On peut déduire de cette formulation, et de la position de la série d'exemples donnée que les trois premières notions visent des événements naturels, alors que la dernière notion a une dénotation plus industrielle. En cela, la prévision paraît plus complète que pour la seconde hypothèse de l'état d'urgence français, qui, peut-être sans le vouloir, paraît avoir, d'un point de vue littéral, exclu les catastrophes industrielles de son champ. La seconde hypothèse est celle de la « crise sanitaire ». Il s'agit plus précisément, au regard des exemples donnés, des situations graves d'épidémies et des contaminations.

443.2. Les deux dernières hypothèses factuelles se distinguent par l'absence d'exemples illustratifs, qui augmentent la marge d'appréciation des autorités, comme en témoignent les justifications données par les interprètes de l'application lors de la crise des contrôleurs aériens. Il s'agit de l'hypothèse d'une « paralysie d'un service public essentiel à la communauté » et de celle de la « pénurie de produits de première nécessité ».

¹⁶⁰⁹ Il n'est pas concevable d'appliquer l'état d'urgence sanitaire à une autre « catastrophe sanitaire » que l'épidémie de la Covid-19 : ces mesures « ont vocation à cesser, à ne plus avoir d'effet dès lors que cette situation sans précédent aura pris fin » (SUEUR J.-P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹⁶¹⁰ Art. L. 3131-13, CSP : « les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision sont rendues publiques »

¹⁶¹¹ En effet, l'article L. 3131-19 du code de la santé publique, qui prévoit la réunion sans délai d'un comité de scientifiques lors de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire, prévoit aussi que celui-ci rend des avis périodiques sur l'évolution de la catastrophe sanitaire.

¹⁶¹² Art. 4, LOAES : « (...) cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad : a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud ; b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves ; c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28, 2 y 37, 2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo ; d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad ».

444. L'état d'exception issu de la loi d'ordre public de 1959 prévoit l'hypothèse d'une « calamité publique », d'une « catastrophe publique » ou d'un « malheur public » doté d'une gravité importante¹⁶¹³. Les notions employées sont identiques à celles de la première hypothèse de l'état d'alerte, sans que s'y retrouve toutefois celle d'accident de grande ampleur. Cela atteste à nouveau de la filiation entre l'état d'exception franquiste et les états d'urgence espagnols contemporains.

b – Des bénéfiques pratiques pourtant limités

445. Les hypothèses factuelles sanitaires, naturelles et industrielles des états d'urgence font appel à des notions plus concrètes et témoignent de la volonté des législateurs – ordinaires ou constituants – de limiter *a priori* leurs champs d'application, comme la notion de « calamité publique » pour la seconde hypothèse de l'état d'urgence sanitaire et surtout, en Espagne, les notions précises et illustrées utilisées pour l'état d'alerte. Si elle est souhaitable dans l'absolu, cette meilleure détermination textuelle des hypothèses factuelles n'a cependant eu qu'une efficacité pratique limitée en France, et s'est même montrée contre-productive en Espagne.

446. En France, la prévision en 1955 d'une seconde hypothèse pour l'état d'urgence consacrée aux risques sanitaires et naturels s'est avérée vaine, pour des causes qui lui sont cependant grandement étrangères.

446.1. Lorsque, 65 ans après la création de la seconde hypothèse de l'état d'urgence, une situation de nature sanitaire se produit, l'exécutif choisit de ne pas en faire usage, en créant un dispositif sur-mesure. Il ne fait pourtant aucun doute que celle-ci pouvait être mobilisée pour faire face à la pandémie de la Covid-19¹⁶¹⁴. Il était aussi possible de continuer à utiliser l'instrument d'application exceptionnelle utilisé dans les premiers temps pour lutter contre le coronavirus, l'article L. 3131-1 du code de la santé publique, même si de nombreux parlementaires doutent de son applicabilité une fois la crise en place¹⁶¹⁵. La multiplicité des

¹⁶¹³ Art. 25, LOP 45/1959 : « (...) *De igual modo podrá hacerlo si la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare* ».

¹⁶¹⁴ V. LECATELIER A., « L'état d'urgence sanitaire... », art. cit.

¹⁶¹⁵ Selon la députée Marietta Karamanli, il ne faut pas proroger l'état d'urgence sanitaire, car l'article L. 3131-1, permet déjà de prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à la pandémie. Néanmoins, la rapporteure Marie Guévenoux estime, en rappelant la position du Conseil d'État, que la réponse à la menace sanitaire ne pourra plus reposer que partiellement sur l'article L. 3131-1 du code de la santé publique, contrairement à ce qui s'est produit « dans les circonstances exceptionnelles du mois de mars ». De même, pour le député Guillaume Vuilletet, le fait que l'on connaisse, début juillet 2020, les évolutions possibles de la situation sanitaire et les conséquences qu'elles auraient, empêcherait de parler de situation sanitaire exceptionnelle. Il ne serait donc plus possible

dispositifs mobilisables par l'exécutif dans le cas d'une menace sanitaire génère une concurrence juridique dangereuse, qui ne se retrouve pas en Espagne où, dans une situation analogue, seul l'état d'alerte doit être considéré¹⁶¹⁶.

446.2. L'état d'urgence *ad hoc* créé pour faire face à la Covid-19 n'apporte qu'une plus-value limitée par rapport aux dispositifs déjà existants en matière de détermination des hypothèses factuelles. Son unique hypothèse de déclaration accuse, selon plusieurs parlementaires, des mêmes problèmes d'indétermination que l'état d'urgence de 1955 : son champ, « indéfini », « confus » et « flou »¹⁶¹⁷, du fait de l'absence de définitions « au sens de la présente loi » de la « catastrophe sanitaire » et de la formule « en cas d'épidémie »¹⁶¹⁸, donne une « marge d'appréciation illimitée » aux autorités, qui pourraient justifier sa déclaration pour cause d'épidémie de grippe ou de gastro-entérite¹⁶¹⁹. Ces insuffisances rédactionnelles ne sont pas l'apanage des seuls états d'urgence. Des critiques analogues portent, sur les termes dans lesquels sont consacrées les conditions de déclenchement des mesures transitoires se substituant, au 1^{er} août 2022, aux régimes d'exception de la crise sanitaire¹⁶²⁰.

447. Une prévision supérieure des périls peut même, dans certains cas, s'avérer contre-productive. Le recours à des exemples et l'organisation systématique des différentes hypothèses de déclaration de l'état d'alerte espagnol en font l'état d'urgence le plus avancé sur le critère de la détermination des situations factuelles visées. Toutefois, la crise des contrôleurs aériens a démontré que, en plus de ne pas avoir empêché l'interprétation autoritaire de ce dispositif comme de nature à répondre à une crise politique, cette précision supérieure a même eu l'effet paradoxal d'en légitimer le détournement. Le large champ couvert par les nombreuses hypothèses de l'état d'alerte, qui inclut, même en l'assortissant de conditions supplémentaires, la paralysie des services publics, a représenté une faille dans laquelle les autorités se sont engouffrées. En France, il aurait été très difficile de réprimer une grève de fonctionnaires au moyen de la seconde hypothèse de l'état d'urgence.

d'appliquer l'article L. 3131-1 du code de la santé publique (KARAMANLI M., GUÉVENOUX M. et VUILLETET GU., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020).

¹⁶¹⁶ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

¹⁶¹⁷ CORBIÈRE A., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁶¹⁸ KANNER P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁶¹⁹ KANNER P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁶²⁰ Sont notamment visées les notions de « menace sanitaire grave » et de « saturation du système de santé » de l'article 2 du projet de loi (BENARROCHE GU., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022).

448. Les qualifications concrètes nées de la prévision juridique des hypothèses sanitaires, naturelles et industrielles de déclaration des états d'urgence ont eu pour effet de gommer encore un peu plus les différences entre les dispositifs français et espagnols. Les argumentaires et les thématiques mobilisées lors de la crise du coronavirus en France et en Espagne sont très similaires. D'une seule voix, les autorités de ces deux États ont fait état d'un péril imminent pour la santé des habitants, que seule une action rapide et intense pourra contenir¹⁶²¹. C'est, en dernière analyse, une simple transcription dans le registre sanitaire des arguments employés pour justifier la mobilisation de l'état d'urgence sécuritaire¹⁶²². Qu'ils aient une vocation sécuritaire ou de calamité publique, qu'ils appartiennent au XX^e ou au XXI^e siècle et même, qu'ils soient français ou espagnols, les états d'urgence partagent des thématiques, des caractéristiques et des problématiques communes.

B – LES CARACTÈRES DE LA MENACE

449. La qualification juridique de la menace ne saurait être complète sans impliquer, en plus d'un examen de sa nature, déterminant pour le choix du régime d'exception à appliquer, des critères supplémentaires, essentiels pour apprécier la nécessité d'agir, *a fortiori* avec l'intensité et la rapidité propre à ces régimes d'exception. Elle doit, dans la majorité des cas, être déjà réalisée, au moins partiellement, et faire courir, avec un degré de probabilité élevé, le risque de provoquer d'autres conséquences négatives à court terme (§1). Les régimes des états d'urgence exigent aussi de la menace un certain degré de sévérité, justifiant de remettre en cause l'équilibre des pouvoirs et les droits et libertés fondamentaux (§2).

§1 – La certitude et l'imminence de la menace

450. Sous peine de relever d'une « fraude à la nécessité », le danger auquel l'état d'urgence est appelé à répondre se doit naturellement d'exister. Derrière cette évidence se cache une condition difficile à apprécier. Elle implique que l'évènement négatif soit doté d'une certaine probabilité de survenance ou, *a minima*, que celle-ci soit plausible (a). À cette première caractéristique, s'ajoute une condition de proximité temporelle de l'évènement. Palliatifs et

¹⁶²¹ V. *par ex.* PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

¹⁶²² Cf. *supra*, n° 432 et s.

éventuellement préventifs, les états d'urgence ne sauraient en revanche, en aucun cas, perdurer une fois le danger disparu (**b**).

a – La certitude de la menace

451. Comprise comme le caractère imprécis de la perception d'une situation et de l'anticipation de son issue¹⁶²³, l'incertitude n'est pas générée par n'importe quel préjudice. Ainsi, certaines urgences « simples » ne génèrent aucune incertitude, les règles étant claires et prévisibles¹⁶²⁴. Au contraire, face aux situations d'urgence complexe que sont le contexte pandémique ou, à plus forte raison, la menace terroriste, l'incertitude est une donnée première avec laquelle il faut composer. Elle peut concerner la concrétisation ou non de la menace, l'échelle temporelle de sa survenue, la gravité éventuelle de celle-ci, la forme qu'elle prendra et/ou l'efficacité de l'action que l'on compte lui opposer.

452. L'exigence fixée par les régimes des états d'urgence en matière de certitude de réalisation du risque, ou autrement dit de probabilité que celui-ci justifie, en se produisant, la déclaration ou le maintien d'un état d'urgence, varie substantiellement entre les différents dispositifs.

452.1. En France, la première hypothèse factuelle de l'état d'urgence sécuritaire est au centre de toutes des controverses. Selon le texte, l'état d'urgence ne peut être déclaré qu'en cas d'atteintes graves à l'ordre public¹⁶²⁵. Cependant, le « péril imminent » qui devrait en résulter est fréquemment, dans la pratique, placé en amont de ces atteintes actuelles et observables à l'ordre public. Du fait de cette manœuvre, l'état d'urgence est employé en réponse à des dangers incertains, aux effets non pas réels, mais potentiels. Dans la pratique, malgré la condamnation quasi unanime de la doctrine, les interprètes de l'état d'urgence lui reconnaissent un rôle « prophylactique » et « préventif », et non plus seulement « réparatoire »¹⁶²⁶. Si la seconde hypothèse factuelle de cet état d'urgence, la notion de calamité publique, paraît empêcher toute

¹⁶²³ Une situation d'incertitude est caractérisée par le fait qu'il est difficile de prévoir son issue (même si l'on peut en connaître les probabilités statistiques), que les événements soient hors du contrôle de l'individu ou non (**DROZDA-SENKOWSKA E., RIC F., MULLER D., *Agir et décider collectivement...*, op. cit., p. 88**).

¹⁶²⁴ Par exemple, une pénalité financière prédéfinie pour les parents qui arrivent plus d'une demi-heure en retard pour chercher leur enfant est une urgence simple.

¹⁶²⁵ Art. 1, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

¹⁶²⁶ L'urgence réparatoire consiste à amoindrir au maximum les effets néfastes produits par la concrétisation du danger. Le plus souvent elle s'accompagne de l'urgence préventive, c'est-à-dire, celle visant à éviter de nouveaux dangers. Dans le cas d'un incendie, il s'agit tant de secourir et de limiter l'impact de ce qui vient de se produire, que d'éviter la propagation du feu à de nouveaux immeubles (V. **ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 280 ; FRIER P.-L., *L'Urgence*, op. cit., p. 39**).

application prophylactique, la pratique pourrait réserver des surprises. Pour l'état d'urgence sanitaire, il y a moins matière à débat. L'article L. 3131-12, en faisant référence à la notion de catastrophe sanitaire et en utilisant le présent, indique sans ambiguïté la nécessité d'une réalisation de la menace¹⁶²⁷, ce que confirment les décrets d'application¹⁶²⁸ et les assertions de certains parlementaires¹⁶²⁹.

452.2. En Espagne, l'article 4 de la loi organique dispose que l'état d'alerte n'est déclaré que « quand se produit » l'une des situations énumérées¹⁶³⁰. Il faut donc que la menace soit concrétisée et actuelle pour que la déclaration ou la prorogation de ce dispositif soit régulière. Le doute est cependant permis dans le cas où l'hypothèse factuelle menacerait de se produire, dans un futur proche, avec un degré absolu de certitude¹⁶³¹. Cet impératif juridique est compris dans un sens fort au sein des interprétations authentiques, qui en font la démonstration lors de chaque application¹⁶³². Il en est de même pour l'état d'exception, qui exige que les intérêts protégés soient gravement altérés, au présent¹⁶³³. Toutefois, contre toute logique, le degré d'exigence requis quant à la certitude du péril chute pour le troisième dispositif de l'article 116, l'état de siège. Son régime exige seulement que le péril « menace » de se réaliser¹⁶³⁴.

453. Ces exigences n'ont cependant pas les mêmes implications concrètes dans un contexte de crise sanitaire et dans un contexte de menace terroriste. Dans le premier cas, la réalisation du péril peut être appréciée avec précision sur la base des chiffres de contaminations, d'hospitalisations et de décès. Le virus produit chaque jour des effets mesurables, quand bien même les évolutions futures du taux de contamination, de la courbe de mortalité ou des variants du virus restent pour partie imprévisibles, même à court terme et qu'au moment de la décision,

¹⁶²⁷ Art. L. 3131-12, CSP.

¹⁶²⁸ V. par ex. D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire.

¹⁶²⁹ En regrettant qu'il ne soit pas possible de déclarer l'état d'urgence sanitaire dès le stade de la menace, la députée confirme que sa lettre exige une menace déjà réalisée (SAGE M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020).

¹⁶³⁰ Art. 4, LOAES.

¹⁶³¹ Par exemple, en cas de pénurie, il peut rester des stocks de nourriture ou d'eau, mais étant donné qu'ils sont très limités et qu'à une certaine échéance, ils seront épuisés, cela peut déjà produire des effets (nécessité d'un rationnement et d'une solution à court terme). Il y a, en tout cas, fort à parier que l'article 4 serait interprété en ce sens dans une telle situation.

¹⁶³² V. par ex. Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223); Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020).

¹⁶³³ Art. 13, LOAES : « (...) *resulten tan gravemente alterados que...* ».

¹⁶³⁴ Art. 32, LOAES : « *Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza (...)* ».

ils ne sont rien de plus que des projections¹⁶³⁵. Au contraire, les attentats terroristes sont clairsemés, chaotiques et imprévisibles. La réalité actuelle du péril qu'ils représentent s'apprécie, hors des moments les plus aigus où ils se concrétisent, par des signaux indirects et diffus, comme le nombre d'attentats déjoués ou les derniers événements survenus dans les États frontaliers.

454. Les interprètes authentiques français et espagnols font fréquemment état de la difficulté de prévoir le déroulement futur des événements et d'établir des projections fiables, et ce, tant face aux périls sanitaires¹⁶³⁶ que face aux périls sécuritaires¹⁶³⁷. Si une lecture stricte des textes empêche, lorsque la réalisation du péril est incertaine, de considérer satisfaite la condition de la réalité du péril, les interprètes choisissent souvent, au contraire, d'en faire un argument supplémentaire justifiant le maintien de l'état d'urgence ; peut-être à raison. En effet, au moment du contrôle, ces incertitudes ne sont, paradoxalement, pas toujours en défaveur de l'autorité agissante¹⁶³⁸.

455. En Espagne, lors de la crise des contrôleurs aériens, les incertitudes sur l'évolution de la situation et la possibilité d'une « rechute » servirent à justifier la prorogation de l'état d'alerte, alors même que les contrôleurs aériens ont repris le travail¹⁶³⁹. Le caractère détourné de ce maintien préventif du régime de l'état d'alerte n'a pas échappé aux commentateurs¹⁶⁴⁰. Surtout, lors de la crise du coronavirus, l'incertitude est utilisée comme un argument en faveur d'une réponse intense et du maintien dans le droit de l'ensemble des outils juridiques qui pourraient s'avérer utiles à l'action gouvernementale¹⁶⁴¹. Ce « détournement » de l'incertitude

¹⁶³⁵ V. par ex. CE (avis), Commission permanente, 24 juin 2022, *Avis sur un de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19*, n° 405549 : « Compte tenu du risque d'apparition de nouveaux variants du virus SARS-CoV-2, des incertitudes existant quant à la persistance de l'immunité induite par les vaccins et au risque de réinfection, l'évolution de la situation épidémique reste particulièrement imprévisible ».

¹⁶³⁶ PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16 ; ECHENIQUE ROBBA P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16).

¹⁶³⁷ COLLARD G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 ; JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁶³⁸ Il faut à ce titre faire état d'un paradoxe, voulant que l'incertitude des projections avancées par le gouvernement soit de nature à faire encourir une censure globale, mais peu probable, alors que leur précision exposerait le gouvernement à la censure juridictionnelle (DISANT M., « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », *RDP*, Numéro spécial (« Les États d'exception : un test pour l'État de droit ? »), 2021, p. 233-247, en ligne).

¹⁶³⁹ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214) ; SUÁREZ J. A. A., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁶⁴⁰ GARRIDO LÓPEZ C., « Naturaleza jurídica y control jurisdiccional... », art. cit., p. 47.

¹⁶⁴¹ Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria

de la menace a toutefois suscité des réactions au Congrès, rappelant que cet instrument, qui n'a rien de préventif¹⁶⁴², ne peut reposer sur des jugements hypothétiques présentés comme des réalités inévitables¹⁶⁴³.

456. En France, lors de l'application de l'état d'urgence sanitaire, les acteurs juridiques mobilisent fréquemment de simples prévisions¹⁶⁴⁴ ou font, à défaut, état des incertitudes à moyen terme pour justifier les mesures proposées, comme cela a été récemment le cas pour les systèmes d'information SI-DEP et Contact Covid¹⁶⁴⁵. Néanmoins, c'est dans la mobilisation et la mise en œuvre de l'état d'urgence sécuritaire que s'observent de véritables excès de préventivité.

456.1. Le gouvernement et une partie des parlementaires considèrent que la survenue d'un évènement national qui pourrait être pris pour cible par les terroristes participe à caractériser l'imminence du péril. Cette logique est particulièrement explicite dans le cas des évènements sportifs, et notamment, de l'Euro 2016. Facteur de « majoration » du risque terroriste¹⁶⁴⁶, la potentialité d'une attaque lors de cet évènement caractériserait la « permanence de la menace »¹⁶⁴⁷ et emporterait même, selon l'avis rendu le 28 avril 2016 par le Conseil d'État, la qualification de péril imminent¹⁶⁴⁸ ! Cette logique ne concerne pas que les évènements sportifs populaires : elle est appliquée de manière analogue au contexte préélectoral, pour des motifs peu consistants¹⁶⁴⁹. Or, au vu de la fréquence et de l'ampleur de tels évènements sportifs ou politiques dans un pays comme la France, les tenir systématiquement pour des moments

ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020 ; Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020.

¹⁶⁴² LLAMAZARES TRIGO G., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214 ; RIDAO I MARTÍN J., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁶⁴³ SÁENZ DE SANTAMARÍA ANTÓN M. S., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁶⁴⁴ V. par ex. PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁶⁴⁵ ABADIE C., rapporteure, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁶⁴⁶ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 4 mai 2016.

¹⁶⁴⁷ POPELIN P., Rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁶⁴⁸ CE, (avis), Ass., 28 avril 2016, *Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, n° 391519.

¹⁶⁴⁹ Les terroristes pourraient prendre pour cibles les réunions publiques au regard de « l'importance de ce moment dans la vie démocratique de la Nation » (projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 10 décembre 2016) et seraient de ce fait exposés les « principaux responsables politiques de notre pays » dans un contexte électoral (projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017).

critiques au regard du risque terroriste, c'est en fait permettre le maintien *ad vitam aeternam* de l'état d'urgence.

456.2. Même en l'absence de la venue prochaine de tels évènements, les responsables politiques sont nombreux à considérer qu'il faut déclarer ou proroger l'état d'urgence sur la seule base d'indices montrant la plausibilité d'une concrétisation du risque. C'est le cas à la suite d'attentats sur le sol national, au regard du risque de « répliques » que cet évènement représenterait¹⁶⁵⁰. C'est aussi le cas après des attentats à l'étranger, au motif de « l'actualité internationale »¹⁶⁵¹, et de la « proximité géographique » du danger dans le cas des attentats de Bruxelles¹⁶⁵². Plus généralement, il est fait référence à un contexte international de menace islamiste¹⁶⁵³. Cet alignement pêle-mêle de faits produits en France et à l'étranger¹⁶⁵⁴, cette tendance à toujours tenir la menace pour croissante¹⁶⁵⁵ et l'inexactitude matérielle de certaines des déclarations sur sa réalité¹⁶⁵⁶ ne peuvent pourtant que relativiser la portée d'arguments finalement bien fragiles.

456.3. Il ne s'agit pas d'interprétations isolées ou maladroites, mais d'un véritable mouvement visant à assurer la reconnaissance, au cœur de l'esprit du régime de l'état d'urgence, d'un principe de prévention. Ce discours légitimant n'est pas tant le fait du gouvernement¹⁶⁵⁷ ou des rapporteurs des assemblées¹⁶⁵⁸, qui se limitent tout au plus à le suggérer, que de certains parlementaires n'hésitant pas à lui attribuer, de force, une véritable fonction préventive. Appelant à le voter au nom du seul « principe de précaution »¹⁶⁵⁹, ils rappellent à qui veut l'entendre que « gouverner, c'est prévoir »¹⁶⁶⁰. Pourtant, la doctrine est assez unanime sur l'impossibilité de justifier un usage préventif des états d'urgence. Au nom du principe de

¹⁶⁵⁰ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 19 juillet 2016.

¹⁶⁵¹ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 4 mai 2016.

¹⁶⁵² POPELIN P., Rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁶⁵³ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁶⁵⁴ MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁶⁵⁵ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 11 ; Audition du ministre de l'intérieur le 2 juin 2016 par la commission d'enquête de l'Assemblée nationale relative aux moyens mis en œuvre par l'État pour lutter contre le terrorisme.

¹⁶⁵⁶ TOURET A., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁶⁵⁷ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁶⁵⁸ Il est « peut-être » préférable d'agir immédiatement en prévoyant des mesures fortes que de réagir plus tard sans avoir les moyens de le faire (RAYBAUD J., rapporteur de la commission de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955) ; Il faudrait permettre aux forces de l'ordre de disposer d'outils supplémentaires « en cas de nécessité » (Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005).

¹⁶⁵⁹ RAOULT É., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 ; COLLARD G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁶⁶⁰ CIOTTI É., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

nécessité, ils ne peuvent être mis en œuvre que lorsque le désordre existe et ne laisse aucun choix¹⁶⁶¹. Ainsi, si caractériser une situation de « dangereuse » au regard d'une fin défendue passe par un « jugement de probabilité », celui-ci ne saurait être basé sur les critères subjectifs de l'organe responsable de cette caractérisation, mais sur « les principes que fournissent la réalité et l'expérience »¹⁶⁶². Finalement, force est de reconnaître que cette logique fait, par effet de « contrafactuel », produire des effets à ce qui ne se produit pas¹⁶⁶³.

456.4. Si peu de parlementaires s'opposent frontalement à la découverte d'une logique préventive cachée dans le régime de l'état d'urgence¹⁶⁶⁴, ils critiquent plus aisément la prophylaxie des mesures de police administrative prises sous son empire¹⁶⁶⁵. Les observateurs attentifs de l'application de l'état d'urgence sécuritaire évoquent, dans la lignée du défenseur des droits qui dénonce une « ère des suspects »¹⁶⁶⁶, une « société du soupçon et de l'hypersurveillance »¹⁶⁶⁷, du calcul de probabilité, de la divination comportementale, de la logique de suspicion et des formules dangereuses, comme les décriées « raisons sérieuses de penser que » consacrées dans le régime de l'état d'urgence¹⁶⁶⁸. La doctrine n'a de cesse de dénoncer cette dérive¹⁶⁶⁹. Il y a, comme l'exprime Paul Cassia, « dissociation entre le fait générateur de l'état d'urgence, qui fait suite à une infraction particulièrement grave, et son régime, qui vise à préserver l'ordre public dans un contexte particulier procédant de cette infraction »¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶¹ SAINT-BONNET F., « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit., p. 34 ; V. aussi ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 249-253.

¹⁶⁶² ÁLVAREZ GARCÍA V., *id.*, p. 253.

¹⁶⁶³ Du fait de l'importance stratégique, pour les organisations terroristes, de provoquer la peur, l'angoisse et la déstabilisation par la simple menace, un tel comportement donne en réalité au terrorisme sa force politique (V. BURGESS J. P., PERRET S., « La lutte contre le terrorisme... », art. cit.).

¹⁶⁶⁴ Nous avons seulement relevé l'intervention d'un député en 2005, qui considère que l'état d'urgence doit cesser du fait du retour au calme, car il est non pas « une mesure de prévention, mais d'obligation » (BRAOUEZEC P., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005).

¹⁶⁶⁵ Cf. spéc. *infra*, n° 592 et s.

¹⁶⁶⁶ M. le Défenseur des droits, cité par BORDENET C., « État d'urgence : l'ère du soupçon, du flou et de l'arbitraire », *Lemonde.fr*, 18 février 2016.

¹⁶⁶⁷ MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁶⁶⁸ V. CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 73-83.

¹⁶⁶⁹ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 59-60 ; SIZAIRE V., « De quoi l'état d'urgence est-il le nom », in HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, op. cit., p. 34 et s. ; CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 74 ;

¹⁶⁷⁰ *Id.*, p. 56-57.

b – L'imminence de la menace

457. « L'imminence » d'un évènement signifie qu'il va se produire promptement, à une brève échéance dans le temps. Dans le langage juridique, Vicente Álvarez García définit comme imminent un danger qui, ne pouvant être surmonté à temps par les règles ordinaires, implique de recourir à des moyens plus intenses permettant d'éviter – ou de limiter – sa concrétisation¹⁶⁷¹.

458. Déterminer l'imminence d'un péril implique de « figer » – ou au moins de situer de manière plausible dans le temps – la période au terme de laquelle le danger se matérialisera. Cette date sert de base pour déterminer si les moyens juridiques ordinaires suffisent à empêcher le mal de se produire, et s'il est nécessaire de recourir aux mécanismes d'urgence¹⁶⁷². Il y a ainsi des situations dans lesquelles cette date limite est fixée par le droit lui-même – et donc dans lesquelles l'imminence est définie et objective –, des situations pour lesquelles le droit ne fixe pas le terme, mais la date de survenue du péril est certaine et des situations, plus courantes encore, où il est impossible, ou très difficile de déterminer exactement le moment de réalisation du péril, et donc, de déterminer *a priori* si les procédures ordinaires suffiront pour le surmonter. C'est alors aux pouvoirs publics de l'estimer, au cas par cas¹⁶⁷³.

459. Dans le régime des états d'urgence, la condition de l'imminence a une place assez particulière. Elle ne porte pas sur l'évènement négatif lui-même, qui doit être doté d'une réalité factuelle au moment de la déclaration de l'état d'urgence. Le présent n'étant, par définition, plus à venir, la réalisation du péril paraît ainsi, logiquement, exclure toute dimension temporelle. La subtilité des régimes étudiés, et en particulier des états d'urgence français, est de dissocier la réalité actuelle du danger (« atteintes graves à l'ordre public ») du pire, qui est encore à venir (le « péril imminent » qui en résulte). Cette construction sémantique et syntaxique impose ainsi, en théorie, la double condition d'un « début d'exécution » du péril qui, par lui-même, génère un danger à court terme. La pratique est toute autre. Mobilisés de manière préventive, en dépit de l'obligation d'une réalité actuelle du danger, les états d'urgence sont utilisés face à des périls certes imminents, mais dont la persistance dans le temps s'oppose fondamentalement à la logique des états d'urgence. En effet, la condition d'imminence du péril

¹⁶⁷¹ **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 267.

¹⁶⁷² *Id.*, p. 269.

¹⁶⁷³ **FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 84-85 ; **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 271.

impose, réciproquement, que l'état d'urgence cesse de produire ses effets lorsque la situation de danger disparaît¹⁶⁷⁴.

460. À la suite des attentats de Paris de 2015, l'état d'urgence sécuritaire fait l'objet d'une application préventive et prolongée, visant à contenir le « péril imminent » induit par le risque terroriste. Pour autant, le fait est que cette menace s'inscrit dans le temps long, comme en attestent les rapports de renseignements¹⁶⁷⁵. Le Gouvernement ne le nie pas : il s'agit d'un « combat de longue haleine », d'une réalité avec laquelle il nous faut « apprendre à vivre »¹⁶⁷⁶, ou, plus simplement, d'une menace « durable et permanente »¹⁶⁷⁷. Mais cela n'empêche pas, dans les faits, de retenir la qualification de péril imminent. Plus encore, la permanence de la menace est parfois, au prix d'un renversement sémantique audacieux, utilisée pour étayer la complétion de cette condition¹⁶⁷⁸. Il est ainsi surprenant de constater que la condition du péril imminent est, selon les besoins de l'argumentation, justifiée soit par le caractère immédiat du péril, soit par l'installation de la menace sur le temps long.

461. Cette position fait l'objet de critiques nourries de la part d'autres parlementaires, qui mettent en doute la possibilité de proroger l'état d'urgence au regard de la lettre de l'article 1 de loi du 3 avril 1955¹⁶⁷⁹, de la signification et des conséquences de l'idée même de péril imminent¹⁶⁸⁰ ou du coût démesuré d'un maintien dans le temps prolongé de l'état d'urgence face à un risque permanent, qui ne pourrait, au mieux, que donner à la France une « victoire à la Pyrrhus »¹⁶⁸¹. La doctrine ne manque pas de réagir à ce non-sens. Par exemple, pour Paul Cassia, il était « éventuellement possible » de parler de péril imminent au lendemain des attentats, quand les autorités publiques naviguent à vue et ne connaissent pas l'étendue des risques de réplique encourus et les mesures à prendre, mais pas ensuite, quand le Gouvernement

¹⁶⁷⁴ NIZARD L., *La jurisprudence administrative...*, op. cit., p. 118 ; ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, op. cit., p. 249-253.

¹⁶⁷⁵ Lettre adressée le 24 novembre 2015 au Conseil de l'Europe pour l'informer de sa décision de déroger aux droits libérés protégés par la Convention en application de l'article 5 de celle-ci, citée par CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 97-98.

¹⁶⁷⁶ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁶⁷⁷ Exposé des motifs, Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁶⁷⁸ Dans le projet de loi, le Gouvernement estime que le péril imminent serait « caractérisé » par la menace terroriste (Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 4 mai 2016) ; LE ROUX B. soutient que la légitimité de l'état d'urgence réside notamment dans « la persistance du péril qui a justifié sa proclamation » (LE ROUX B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016) ; V. aussi POISSON J.-F., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016 ; MOUTCHOU N., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁶⁷⁹ ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁶⁸⁰ MÉZARD J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁶⁸¹ MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

lui-même reconnaît qu'il s'agit d'une menace à long terme¹⁶⁸². Par intermittence, ce dernier va même jusqu'à concéder que la menace terroriste ne justifie pas, sans péril imminent, d'appliquer l'état d'urgence¹⁶⁸³, ou qu'il ne peut durer aussi longtemps que la menace terroriste¹⁶⁸⁴.

462. La problématique du temps long confronté à l'immédiateté du risque s'est aussi posée dans le contexte pandémique. Sous de nombreux aspects, l'utilisation des états d'urgence de type sanitaire pour faire face à une menace s'inscrivant dans le temps long est moins problématique qu'en matière terroriste. En particulier, les chiffres fiables des taux de contamination, d'hospitalisation et de décès, portés à la connaissance des autorités habilitées sur une base quotidienne, ont permis une application beaucoup plus modulaire et objective des états d'urgence. Néanmoins, il convient de pointer une incohérence majeure. Lors de la crise de la Covid-19, si les parlementaires français et espagnols reconnaissent que la lutte contre le virus s'inscrit dans le temps long, ils approuvent la mise en œuvre d'un état d'urgence pour y remédier¹⁶⁸⁵. Alors même que la lutte contre le virus est une bataille à long terme, chaque mesure paraît devoir être mise en œuvre avec une célérité toute particulière¹⁶⁸⁶, nécessaire pour espérer infléchir la courbe du virus¹⁶⁸⁷. Ainsi, il convient d'agir toujours plus vite face à des menaces toujours plus durables, au risque de normaliser plus encore la mise en œuvre des états d'urgence¹⁶⁸⁸.

§2 – La gravité de la menace et la sévérité de ses effets

463. La notion de gravité est par nature relative et indéterminée. Si son appréciation dans une situation de fait donnée peut s'appuyer sur des éléments objectivables, les tentatives du droit positif d'attribuer aux différents états d'urgence des conditions de gravité spécifiques se

¹⁶⁸² CASSIA P., *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 97-98.

¹⁶⁸³ M. le ministre de l'intérieur, cité par ZUMKELLER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016 : « Ce n'est pas la menace terroriste qui fait l'état d'urgence, c'est le péril imminent ».

¹⁶⁸⁴ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017.

¹⁶⁸⁵ PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; ECHENIQUE ROBBA P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹⁶⁸⁶ Cf. *supra*, n° 318 et s.

¹⁶⁸⁷ PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; REGO CANDAMIL N., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16 ; Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020 ; Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 268 de 9 de octubre de 2020.

¹⁶⁸⁸ Cf. *infra*, n° 402 et s.

heurtent aux possibilités pratiques limitées d'une gradation *a priori* de l'intensité des périls (a). Dans les faits, les énoncés participent à faire de la qualification juridique de la gravité des faits une affaire avant tout rhétorique, d'emphase ou de comparaisons (b).

a – L'impossible prévision du degré requis de gravité de la situation

464. La gravité se rapporte à l'ampleur et au potentiel de déstabilisation. C'est le caractère, souvent d'un évènement, de ce qui a une grande portée et de lourdes conséquences¹⁶⁸⁹. En cela, le terme gravité se rapproche du terme « sérieux ». C'est finalement une situation méritant d'être prise en compte du fait de son intensité, et spécialement de la menace qu'elle fait peser sur l'avenir¹⁶⁹⁰. Dans l'espace public, l'accès aux dispositifs d'urgence nécessite, au préalable, de « briser la vitre ». Cette exigence permet d'insister, symboliquement, sur la gravité et la responsabilité qui y est associée¹⁶⁹¹. De même, le recours à un état d'urgence nécessite de s'assurer que la situation qui le motive – appelée péril, calamité, catastrophe ou encore altération de la normalité – présente une gravité suffisante.

465. Pour préciser le degré d'intensité que doivent revêtir les situations – par ailleurs de nature différente – permettant la déclaration et le maintien des états d'urgence, et ce, afin de prémunir la société d'un usage abusif ou discrétionnaire de ceux-ci, leurs régimes juridiques ont recours à la notion de gravité, à sa famille sémantique ou à des périphrases.

465.1. En France, l'article 1 de la loi du 3 avril 1955 fait explicitement référence, dans ces deux hypothèses factuelles de mise en œuvre, à la notion de gravité¹⁶⁹². Pour la première, ce sont les atteintes à l'ordre public qui doivent être dotées de ce caractère. Pour la seconde, c'est l'évènement qui doit être suffisamment grave pour emporter la qualification de calamité publique. Si la formulation de l'article L. 3131-12 du code de la santé publique reprend, formellement, la structure de la seconde hypothèse de l'état d'urgence de 1955¹⁶⁹³, la proximité n'est qu'apparente. L'évènement est remplacé par la catastrophe sanitaire, et la calamité publique, par la santé de la population. Ainsi, la gravité n'est pas ici un critère permettant de

¹⁶⁸⁹ CNRTL, entrée « gravité ».

¹⁶⁹⁰ CNRTL, entrée « sérieux ».

¹⁶⁹¹ Dans quelle autre situation est-il enjoint d'endommager un bien public ? La couche de verre qu'il faut briser pour accéder aux extincteurs, aux boutons d'arrêt d'urgence des moyens de transport ou aux boutons d'appel des secours symbolise la gravité des faits auxquels ces dispositifs ont vocation à répondre, ainsi que la responsabilité qui en accompagne l'utilisation.

¹⁶⁹² Art. 1, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

¹⁶⁹³ Art. L. 3131-12, CSP : « (...) catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ».

déterminer si une situation de fait doit être qualifiée de catastrophe sanitaire, mais un critère permettant d'apprécier si le péril portant sur la santé de la population est suffisamment intense. Cette formulation se distingue donc aussi de la première hypothèse de l'état d'urgence, dans laquelle ce n'est pas le péril, mais l'atteinte à l'ordre public qui doit être dotée de gravité. Trois formulations de la gravité dont les différences ne se justifient pas.

465.2. En Espagne, la gravité se retrouve d'abord au plus haut niveau de généralité : celui de l'article 1 de la LOAES de 1981, qui s'applique aux trois législations d'exception de l'article 116¹⁶⁹⁴. Pour l'état d'alerte, l'article 4 de la LOAES conditionne sa mise en œuvre à la réalisation de l'une des « altérations graves de la normalité » qu'il énumère¹⁶⁹⁵. Ensuite, la gravité est rappelée dans les hypothèses prévues, par l'intensité des mots choisis et, plus explicitement, par des précisions comme accident « de grande ampleur », contamination « grave », paralysie de services publics « essentiels » à la communauté ou pénurie de produits de « première nécessité »¹⁶⁹⁶. Pour l'état d'exception, l'article 13 de cette même loi organique conditionne la déclaration de l'état d'exception à une altération « grave » des intérêts protégés, si grave qu'elle doit rendre insuffisant l'exercice des pouvoirs ordinaires pour rétablir ou maintenir l'ordre public¹⁶⁹⁷. La condition de gravité de la situation est ici doublée d'un critère objectivant de sa réalité, en rapportant la gravité des faits aux autres prévisions de l'ordre juridique.

465.3. Parmi les autres régimes d'exception, les références à la gravité sont d'intensités très variables. Ainsi, si pour l'état de siège français, l'article L. 2121-1 du code de la défense ne prévoit la gravité qu'à travers les notions utilisées pour décrire les hypothèses factuelles de recours à l'état de siège, qui ont une dimension intrinsèque de gravité¹⁶⁹⁸, l'article 32 de la loi organique 4/1981, qui s'applique à son homologue espagnol, prévoit la gravité à travers les situations visées, qui sont gravissimes, les intérêts protégés, qui sont premiers, et

¹⁶⁹⁴ Art. 1, LOAES.

¹⁶⁹⁵ Art. 4, LOAES : « (...) cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad (...) ».

¹⁶⁹⁶ Art. 4, LOAES : « (...) a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud ; b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves ; c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los arts. 28, 2 y 37, 2 de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo ; d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad ».

¹⁶⁹⁷ Art. 13, LOAES : « 1. Cuando (...) resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, (...) ».

¹⁶⁹⁸ Art. L. 2121-1, C. défense : « L'état de siège ne peut être déclaré (...) qu'en cas de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée ».

l'impossibilité d'utiliser d'autres moyens moins dérogatoires pour y remédier¹⁶⁹⁹. La première hypothèse de l'état d'exception franquiste présente une particularité intéressante, par une caractérisation de la gravité relative aux potentialités du droit ordinaire¹⁷⁰⁰, mais non, comme pour sa première hypothèse, par rapport aux faits eux-mêmes¹⁷⁰¹. À l'égard de la place laissée à la condition de gravité, le dispositif le plus fragile est certainement la première hypothèse du mécanisme de la coercition d'État¹⁷⁰².

466. Comme les termes utilisés pour caractériser la nature des hypothèses factuelles, ceux qui, de manière assez anarchique, tentent de discipliner leur gravité paraissent entretenir, à la lecture du droit positif, une gradation d'intensité inhérente à leur charge sémantique et à leur connotation : une atteinte n'est pas une catastrophe, et une atteinte grave n'est pas une atteinte très grave. Néanmoins, la portée de telles gradations est à relativiser. Premièrement, l'usage qui est fait de ces mots ne respecte que très rarement les subtilités de leur dénotation, en se contentant bien souvent de leur connotation dans un but performatif¹⁷⁰³. Deuxièmement, les langages courants et médiatiques contemporains ont affaibli la portée de ces mots, qui sont souvent dévoyés¹⁷⁰⁴. Troisièmement, la combinaison dans les dispositifs des législations d'exception d'un terme se rapportant à la nature de l'évènement et d'un adjectif qualificatif complexifie grandement la construction d'une classification de l'intensité des prévisions normatives¹⁷⁰⁵. Enfin, quatrièmement, la hiérarchie entre les gravités dépend de la hiérarchie qui est faite, à l'échelle individuelle ou collective, entre ces intérêts¹⁷⁰⁶.

467. La fragilité et l'artificialité des tentatives de gradation des gravités ont récemment trouvé leur cas d'école dans un débat sénatorial autour de la gravité des hypothèses de fait de

¹⁶⁹⁹ Art. 32, LOAES : « *Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios (...)* ».

¹⁷⁰⁰ Art. 25, LOP 45/1959 : « *Uno. Cuando, alterado el orden público, resultaran insuficientes las facultades ordinarias para restaurarlo, podrá el Gobierno...* ».

¹⁷⁰¹ Art. 25, LOP 45/1959 : « *Uno. (...) De igual modo [el gobierno] podrá hacerlo si la magnitud de una calamidad, catástrofe o desgracia pública lo aconsejare* ».

¹⁷⁰² La première hypothèse prévue à l'article. 155.1. C1978 ne comporte aucune référence à la gravité. Il en résulte qu'en théorie, tout manquement, même anodin, aux obligations de la communauté par celle-ci peut justifier de recourir à ce mécanisme. La seconde hypothèse comporte bien une condition de gravité, mais relative à la seule « manière » dont agit la communauté autonome, et non aux conséquences de cet agir.

¹⁷⁰³ SIZAIRE V., « De quoi l'état d'urgence est-il le nom », art. cit., p. 39-40.

¹⁷⁰⁴ Dans le langage journalistique, le moindre geste maladroit du Président de la République est un « accident ». Un remaniement ministériel et l'exécutif est en « crise ». Un mauvais bilan est un bilan « catastrophique ».

¹⁷⁰⁵ Il est certain qu'une atteinte légère est moins intense qu'une atteinte grave. Mais saurait-on dire quel est l'évènement le plus sérieux entre une atteinte grave et une petite catastrophe ?

¹⁷⁰⁶ Peut-on, par exemple, atteindre gravement la liberté au nom d'une atteinte grave à la sécurité ? Cf. *supra*, n° 390 et s.

l'état d'urgence sanitaire. Les défenseurs de l'amendement 34 rectifié souhaitent ajouter le mot « exceptionnelle » après l'expression « catastrophe sanitaire », au motif qu'il est important d'établir une hiérarchie entre la « menace sanitaire grave » (article L. 3131-1), la « catastrophe sanitaire » et la « catastrophe sanitaire exceptionnelle », pour être en mesure de différencier les différentes hypothèses, d'éviter le « flottement dans l'interprétation » et le « recours excessif » à l'état d'urgence sanitaire¹⁷⁰⁷. Cela permettrait de cloisonner l'état d'urgence sanitaire à la seule situation présente et exceptionnelle que nous connaissons, d'autant que le mot « catastrophe » serait, selon lui, absolument « banal » dans la littérature juridique, notamment avec l'expression de « catastrophe naturelle »¹⁷⁰⁸. À cela, le rapporteur répond – ce qui met fin à la discussion – que le mot catastrophe se suffit à lui-même, car une « catastrophe exceptionnelle » impliquerait qu'il y ait aussi des « catastrophes ordinaires »¹⁷⁰⁹.

b – Les interprétations concrètes de la gravité des faits

468. Du fait de l'inconsistance des prévisions positives de la condition de gravité, les autorités de l'application se voient privées d'instructions claires et de méthodes objectives pour caractériser, *in concreto*, la gravité. Il est donc particulièrement intéressant d'observer le rapport qu'ils entretiennent à la gravité des hypothèses factuelles lorsqu'ils mobilisent les états d'urgence.

469. À titre principal, la condition de gravité est comprise comme une nécessité de démontrer qu'une intensité particulière émane de la situation de fait en elle-même. Les interprètes s'attachent alors à démontrer la gravité de la situation à travers l'intensité d'atteintes actuelles à l'ordre public, en termes de vies humaines ou de dégâts matériels.

469.1. Si les mentions explicites de la « gravité » des faits irriguent toute l'histoire des états d'urgence¹⁷¹⁰, toutes les occurrences de cette idée ne sont cependant pas aussi explicites : la gravité peut aussi être signifiée par d'autres adjectifs ou par des superlatifs. En 2005, la crise est « aiguë »¹⁷¹¹, « intense »¹⁷¹² ou « exceptionnelle » par son ampleur et son intensité¹⁷¹³.

¹⁷⁰⁷ DE LA GONTRIE M.-P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁷⁰⁸ SUEUR J.-P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁷⁰⁹ BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁷¹⁰ FABIOUS L., discours du 12 janvier 1985 ; CHIRAC J., Discours télévisé, 14 novembre 2005 ; HOUILLOIN PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 ; Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, 14 novembre 2005.

¹⁷¹¹ SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁷¹² Mémoire en défense du ministre de l'intérieur, cité par CE, (ord.), 14 novembre 2005, n° 286837, Rec.

¹⁷¹³ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

Après les attentats de 2015, dans une logique plus émotionnelle que comptable, les faits sont « l'horreur » même. Ils ont une violence « absolue »¹⁷¹⁴. Cette présentation s'adapte ainsi à la nature de la menace. Dans cette logique, lors de la crise sanitaire de 2020, la gravité est surtout exprimée par des statistiques¹⁷¹⁵.

469.2. Pour étoffer leur caractérisation de la gravité, les interprètes font référence à l'évolution ou à la persistance de la gravité factuelle dans le temps et dans l'espace. La gravité factuelle peut ainsi, si ce n'est résider, du moins être décuplée par l'évolution défavorable de la situation. En août 1955, le ministre de l'intérieur insiste sur la rapidité avec laquelle la situation s'aggrave en Algérie et sur son bilan qui s'alourdit¹⁷¹⁶. En 2005, il est fait mention de l'ampleur inquiétante du développement des violences et d'un bilan qui ne cesse d'empirer¹⁷¹⁷. En 2020, la progression « exponentielle » du virus participe à caractériser la condition de gravité de l'état d'alerte¹⁷¹⁸.

469.3. Ils opèrent également des rapprochements entre les événements néfastes, ou dans leur simultanéité. En 2015, la simultanéité des attaques accroît la gravité des faits et participe à justifier la déclaration de l'état d'urgence¹⁷¹⁹. En 2020, une députée de l'Assemblée nationale évoque le « triptyque » gravissime de la crise sanitaire, de la crise économique et de la menace terroriste, qui formeraient, ensemble, un « état d'urgence absolue »¹⁷²⁰.

470. À cette première forme de gravité, qui est la plus évidente et surtout, la plus conforme à l'esprit des dispositions interprétées, les autorités mêlent d'autres formes de gravité, avec lesquelles l'intensité des faits entretient des liens plus ou moins directs.

470.1. La première est la gravité inhérente à l'atteinte portée au droit. Cette gravité « juridique », profondément entremêlée des éléments factuels de l'atteinte, s'observe surtout dans les interprétations authentiques espagnoles, sans que cela ne s'explique par l'insistance

¹⁷¹⁴ **HOLLANDE F.**, 13 novembre 2015, Discours télévisé ; **HOLLANDE F.**, Discours télévisé, 15 juillet 2016.

¹⁷¹⁵ V. par ex. **CASADO BLANCO P.**, Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹⁷¹⁶ **BOURGÈS-MAUNOURY M.**, ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁷¹⁷ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, 14 novembre 2005 ; Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

¹⁷¹⁸ **SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P.**, Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.

¹⁷¹⁹ **VALLS M.**, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 ; Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁷²⁰ **FIRMIN LE BODO A.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

des textes sur la condition d'*ultima ratio*¹⁷²¹. En 2010, la crise d'énorme magnitude connue par l'Espagne l'est autant au regard du nombre de citoyens affectés que par l'étendue des droits impactés¹⁷²². Les atteintes à la liberté de circulation provoquées par cette crise de fait sont d'une « extrême gravité »¹⁷²³. Ces expressions seront reprises presque à l'identique lors de la crise sanitaire de 2020¹⁷²⁴. Cette gravité « juridique » est particulièrement exacerbée lors de l'application de l'article 155 face à la crise catalane¹⁷²⁵.

470.2. La seconde est l'atteinte symbolique à la Nation ou à l'autorité de ses représentants. La gravité « symbolique » s'observe surtout en France¹⁷²⁶, pour des raisons qui nous semblent avant tout conjoncturelles¹⁷²⁷. Si elle peut apparaître secondaire du point de vue juridique, cette portée abstraite reconnue aux périls innerve pourtant toutes les mises en œuvre de l'état d'urgence. En 1955, le problème résiderait moins dans les « quelques milliers » de terroristes que dans l'absence d'hostilité à leur égard de la population algérienne¹⁷²⁸. En 1958, la dissidence en Algérie serait un « complot contre la République », un véritable « coup d'État »¹⁷²⁹, appelant à rétablir « l'autorité » et « l'unité de l'État »¹⁷³⁰. En 1961, un « pouvoir insurrectionnel » affaiblit l'autorité de l'État, ce qui ne peut que conduire qu'à un « désastre

¹⁷²¹ Il ne faut en effet pas confondre la condition d'*ultima ratio* et l'atteinte portée au droit. La première est l'incapacité des dispositifs moins dérogatoires à permettre de remédier à la situation, alors que la seconde est une atteinte à la capacité d'exercer des droits et libertés fondamentaux (cf. *infra*, n° 493 et s.).

¹⁷²² Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

¹⁷²³ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁷²⁴ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

¹⁷²⁵ Pour satisfaire à la condition « spéciale » de gravité qu'il reconnaît au régime de cet article, le Gouvernement espagnol fait état du déni gravissime des obligations constitutionnelles de la communauté autonome (Requerimiento del Gobierno a la Generalitat de Cataluña al amparo del artículo 155 de la Constitución, de 11 de octubre de 2017). Cette lecture est validée par le Sénat, qui estime d'une gravité exceptionnelle cette non-exécution des obligations qui lui incombent (Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, BOE, Núm. 260, de 27 de octubre de 2017).

¹⁷²⁶ En Espagne, le seul élément qui pourrait s'y apparenter est une formule, incluant dans le champ de la gravité des faits l'atteinte à l'image de l'Espagne à l'international (Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, BOE, Núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, p. 104354).

¹⁷²⁷ Ces arguments se concentrent à des moments où cela fait sens, comme les attaques terroristes ou la guerre d'Algérie. Le champ de notre analyse n'inclut rien de comparable en Espagne, ce qui pourrait expliquer cette différence.

¹⁷²⁸ HAMON L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955 ; BOURGÈS-MAUNOURY M., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁷²⁹ PINTON A, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁷³⁰ M. le Président du Conseil, lu par le garde des sceaux, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958 ; PLAISANT M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

national »¹⁷³¹. En 1985, la gravité se trouve dans la croyance de la population de Nouvelle-Calédonie dans les bénéfices d'une violence sans fin¹⁷³² et en 2005, dans une crise de sens et de repères¹⁷³³, appelant à un « sursaut national »¹⁷³⁴. En 2016, la gravité des faits est décuplée par la survenue de l'attentat le 14 juillet, « symbole de liberté »¹⁷³⁵. Même face au coronavirus, nous sommes en « guerre ». Ces atteintes symboliques à la nation, doublée d'une dialectique de l'ami et de l'ennemi et d'une crainte d'un affaiblissement de l'autorité de l'État, ont, lorsqu'elles sont employées pour justifier la mise en œuvre d'un état d'urgence, quelque chose d'éminemment schmittien¹⁷³⁶.

471. Pour finir, il faut faire état du ton et des propos volontiers emphatiques, ou du moins, de l'aspect sensationnaliste des déclarations, lorsqu'il s'agit de caractériser la gravité de la situation au regard des intérêts protégés, et ce, dans les deux États étudiés. Les attentats de Paris constituent « l'un des pires actes de terrorisme commis en Europe depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale »¹⁷³⁷. La déclaration d'indépendance catalane est la plus grosse blague (« *burla* ») adressée à la démocratie espagnole¹⁷³⁸. La pandémie de coronavirus est « la plus grande menace pour la santé publique de la planète depuis la grippe de 1918 »¹⁷³⁹, la pire urgence sanitaire qu'a connue l'Espagne ces cent dernières années¹⁷⁴⁰ et même, la plus grande crise vécue par la démocratie espagnole¹⁷⁴¹. Il s'agirait d'un ample défi pour l'humanité¹⁷⁴², si exceptionnel que personne ne pensait avoir à en débattre un jour¹⁷⁴³.

¹⁷³¹ GAULLE (DE) CH., Message devant les parlementaires, 23 avril 1961 : « (...) Voici que l'État est bafoyé, la nation bravée, notre puissance dégradée, notre prestige international abaissé, notre rôle et notre place en Afrique compromis (...) ».

¹⁷³² FABIUS L., discours du 12 janvier 1985.

¹⁷³³ CHIRAC J., Discours télévisé, 14 novembre 2005.

¹⁷³⁴ SARCOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁷³⁵ HOLLANDE F., 15 juillet 2016, Discours télévisé.

¹⁷³⁶ Cf. *supra*, n° 363.

¹⁷³⁷ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁷³⁸ RAJOY BREY M., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45.

¹⁷³⁹ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.

¹⁷⁴⁰ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Presidente del gobierno, Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

¹⁷⁴¹ LASTRA FERNÁNDEZ A., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹⁷⁴² SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹⁷⁴³ MUÑOZ VIDAL M., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

SECTION II – LA NÉCESSITÉ DE LA RÉPONSE

472. Par définition, la menace, le danger ou le péril n'existent que rapportés à un intérêt protégé : il n'y a pas de danger « en soi ». C'est pourquoi l'un des éléments essentiels pour que le choix de recourir à un état d'urgence, de le proroger ou d'en appliquer les mesures puisse être perçu comme légitime réside dans la caractérisation du lien de nécessité unissant une situation de fait à la réponse juridique dérogatoire qui lui est apportée. Toutefois, malgré les tentatives du droit positif d'en prescrire des méthodes d'appréciation, l'abstraction et la subjectivité inhérente à ce concept suscitent des débats légitimes sur sa place dans la pratique des états d'urgence, comme sur les liens unissant la nécessité du régime et celle des mesures prises sous son empire (A). Dans la pratique, la diversité des intérêts poursuivis, mais surtout la créativité problématique dont font preuve les autorités habilitées à mobiliser l'état d'urgence pour repousser les frontières matérielles de la notion de nécessité et en instrumentaliser les composantes laissent peu d'espoir quant à la capacité des textes d'en rationaliser l'appréciation (B).

A – LA NÉCESSITÉ DE LA DÉCLARATION ET DE L'APPLICATION

473. Parfois négligées par les énoncés des états d'urgence, les conditions relatives à la nécessité et la proportionnalité que doivent revêtir la déclaration et la prorogation de ces dispositifs n'en sont pas pour autant dépassables : elles sont, au moins implicitement, au fondement même de toute application légitime d'un régime d'exception. Néanmoins, indépendamment de leur consécration détaillée dans les régimes espagnols et de la tendance à leur explicitation dans les textes français, leur portée utile n'est en rien évidente (§1). L'adéquation, la nécessité et la proportionnalité sont aussi au cœur des mesures prises sous l'empire des états d'urgence qui, même lorsqu'elles sont excessives, se réclament toujours d'une évidente nécessité (§2).

§1 – La nécessité de la déclaration et du maintien de l'état d'urgence

474. Alors que la caractérisation des liens entre la menace constatée et les modalités de la réponse juridique d'exception qui doit lui être apportée ne fait qu'une timide percée dans les régimes les plus récents des états d'urgence français, les états d'urgence espagnols sont profondément irrigués par la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité (a). Si une telle

prévision est essentielle aux régimes des états d'urgence, dont la mobilisation ne saurait être justifiée qu'en l'absence d'alternative viable, elle est aussi source de nombreux problèmes sur le plan juridique (b).

a – Une condition de nécessité inégalement prévue par les textes

475. Si le régime de l'état d'urgence sécuritaire ne fait aucune référence explicite à la nécessité, il serait pourtant faux d'affirmer qu'elle en est tout à fait absente. Ainsi, l'acte déclarant l'état d'urgence doit en fixer l'étendue spatiale¹⁷⁴⁴ et temporelle¹⁷⁴⁵. Il ne doit donc pas, en filigrane, causer des effets plus étendus que ce qui est strictement nécessaire. De même, les lois de prorogation de l'état d'urgence habilent systématiquement l'exécutif à mettre fin à l'état d'urgence lorsque la situation le permet¹⁷⁴⁶, ce qui est un marqueur fort de nécessité. Toutefois, il faut s'étonner de la différence terminologique qu'il entretient avec l'état de siège : alors que ce dernier « ne peut être déclaré qu'en cas de »¹⁷⁴⁷, l'état d'urgence « peut être déclaré ». Cette formulation apparaît comme porteuse d'une condition de nécessité moins intense, tant sur le fond qu'au regard du poids de la justification qu'elle fait peser sur les interprètes authentiques.

476. L'état d'urgence sanitaire est, comme l'état d'urgence historique, soumis à des conditions de gravité qui, par extension, renvoient à l'idée de nécessité. Il présente cependant une spécificité notable : son décret de déclaration doit être motivé, particulièrement au regard des données scientifiques disponibles¹⁷⁴⁸. Cela se confirme en pratique : alors que les décrets de déclaration et d'application de l'état d'urgence sécuritaire sont, à de très rares exceptions¹⁷⁴⁹, désespérément silencieux sur les nécessités auxquelles ils entendent répondre, ceux de l'état d'urgence sanitaire les établissent, même brièvement¹⁷⁵⁰. En outre, cette rédaction implique une

¹⁷⁴⁴ Art. 2, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

¹⁷⁴⁵ Art. 3, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

¹⁷⁴⁶ Cf. *infra*, n° 542.

¹⁷⁴⁷ Art. 1, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège (codification Art. L. 2121-1, C. défense).

¹⁷⁴⁸ C'est ce qui peut être déduit de la lecture de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, qui mentionne le fait qu'il s'agisse d'un « décret motivé » et qui prévoit l'obligation de rendre publiques les données scientifiques ayant motivé la déclaration, mais aussi de l'article L. 3131-19 du même code, qui prévoit que le comité de scientifiques à cette occasion rend périodiquement des avis sur les mesures devant être prises pour mettre un terme à la crise sanitaire, ainsi que sur leur durée.

¹⁷⁴⁹ Il faut excepter certaines décisions d'application prises en 1985 et 1986 qui, par manque d'expérience en pratique des états d'exception plus que par la volonté de mettre en avant la condition de nécessité, y font référence de manière très générale.

¹⁷⁵⁰ Cf. not. *infra*, n° 639.

nécessité objectivable scientifiquement, et non simplement politique. Il revient ainsi au comité scientifique d'identifier les impératifs sanitaires et au Parlement de contrôler la dimension politique de l'agir gouvernemental¹⁷⁵¹.

477. Contrairement aux textes français, les régimes des états d'urgence espagnols sont pénétrés d'avatars de la nécessité. Au niveau le plus général, l'acte de déclaration des trois régimes d'exception de l'article 116 est soumis à une stricte condition de nécessité. La loi organique 4/1981 s'ouvre en effet sur l'obligation faite aux autorités d'application d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles entraînant l'impossibilité de maintenir la normalité au moyen des pouvoirs ordinaires des autorités compétentes¹⁷⁵².

478. En plus de cette garantie générale, qui irrigue jusqu'aux mesures prises sous leur empire¹⁷⁵³, les régimes d'exception de l'article 116 sont dotés de garanties spécifiques, à l'intensité croissante. L'état d'alerte n'est doté que d'hypothèses factuelles détaillées. Celles-ci limitent pourtant déjà substantiellement les possibilités de « fraude à la nécessité ». En effet, contrairement à la France, l'appréciation de la nécessité de la situation est extrêmement développée dans les décrets-royaux. Sur plusieurs paragraphes, sinon sur plusieurs pages¹⁷⁵⁴, ils établissent, en ayant recours à de nombreux éléments extérieurs permettant de caractériser la nécessité d'agir (comme les critères adoptés par l'Union européenne pour apprécier la nécessité de maintenir les mesures d'exception face au virus¹⁷⁵⁵), la nécessité de la déclaration et la proportionnalité des pouvoirs conférés. Quant à la déclaration de l'état d'exception, elle nécessite de lier directement l'appréciation de la gravité des faits et les moyens conférés par le droit ordinaire. Il faut en effet que l'ordre public soit « si gravement atteint » que l'exercice des pouvoirs ordinaires soit insuffisant pour le rétablir ou le maintenir¹⁷⁵⁶.

479. Les autres dispositifs espagnols sont animés d'une même philosophie. La déclaration de l'état de siège nécessite non seulement une impossibilité de maintenir la normalité avec les

¹⁷⁵¹ EUSTACHE-BRINIO J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁷⁵² Art. 1, LOAES.

¹⁷⁵³ Cf. *infra*, n° 485 et s.

¹⁷⁵⁴ V. Par ex. Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 115 de 25 de abril de 2020 ; Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020.

¹⁷⁵⁵ V. Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 115 de 25 de abril de 2020.

¹⁷⁵⁶ Art. 13, LOAES.

moyens ordinaires du droit, mais en plus, aucun autre dispositif juridique, y compris parmi les autres législations d'exception, ne doit permettre d'éviter la menace ou de réparer les conséquences de sa concrétisation¹⁷⁵⁷. L'article 155 de la Constitution et l'article 189 du règlement du Sénat espagnol conditionnent la déclaration du mécanisme de coercition État à un recours préalable infructueux adressé à la communauté autonome¹⁷⁵⁸, ainsi qu'à une lettre adressée au président du Sénat et détaillant les mesures demandées. Même l'état d'exception franquiste, au moins dans sa première hypothèse factuelle¹⁷⁵⁹, présente une condition explicite de nécessité.

b – La portée utile limitée de l'exigence de nécessité du recours aux états d'urgence

480. Comme l'a montré son analyse sémantique préalable¹⁷⁶⁰, la notion de nécessité est, à l'image de celle d'urgence, particulièrement difficile à définir et à caractériser *in concreto*. Cette complexité amène à relativiser l'effet utile des distinctions opérées entre la nécessité et les notions juridiques qui lui sont proches, de sa consécration *a priori* dans le droit positif et des raisonnements visant à en apprécier la réalité dans une situation donnée.

481. Dans les langages courants et juridiques, la nécessité se rapporte au caractère impératif de l'action (devoir, ou ne pas devoir), alors que la proportionnalité se rapporte plutôt à la juste mesure de l'action (devoir, avec une certaine intensité). La distinction couramment effectuée entre les notions d'adaptation, de nécessité et de proportionnalité irrigue la pratique juridictionnelle contemporaine. C'est ainsi que dans le contentieux administratif des mesures de police, le juge administratif opère un tel contrôle en trois temps¹⁷⁶¹. Si ce contrôle de proportionnalité moderne marque un certain progrès, il révèle aussi, en cloisonnant ces notions,

¹⁷⁵⁷ Art. 32, LOAES. Notons toutefois que, contrairement à l'état de siège français, l'état de siège espagnol ne contient pas de mécanisme d'extinction automatique quand la situation dramatique ayant mené à sa déclaration prend fin.

¹⁷⁵⁸ Cette obligation de recours préalable s'apparente à une tentative de régler la situation par les pouvoirs ordinaires d'action du gouvernement. Elle est même, à certains égards, plus intense que dans le cas de l'article 116, en ce qu'il ne faut pas seulement qu'une telle démarche soit considérée comme insuffisante : il faut qu'elle ait effectivement échoué.

¹⁷⁵⁹ La condition de nécessité de la seconde hypothèse (art. 25, LOP 45/1959) n'est guère plus convaincante que celle de la seconde hypothèse de l'état d'urgence sécuritaire français. Il peut, selon celle-ci, être déclaré si l'ampleur de la catastrophe le recommande (« *lo aconsejaré* »). Cette obligation de nécessité, relative à l'ampleur de la catastrophe et non à l'insuffisance du droit ordinaire, est beaucoup moins efficiente.

¹⁷⁶⁰ Cf. *supra*, n° 184 et s.

¹⁷⁶¹ CE, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827 ; Cons. const., déc. n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 13.

leur proximité et leurs chevauchements. Il n'en est pas différemment lors de la déclaration des états d'urgence : ces concepts imbriqués sont souvent confondus par les acteurs¹⁷⁶². C'est pourquoi, comme cela a été décidé pour les idées de notion, de concept et de catégorie¹⁷⁶³, le lecteur est invité, pour la suite des développements, à ne pas accorder trop d'importance à l'utilisation d'une terminologie ou d'une autre, en particulier lorsqu'elle est le fait des acteurs des états d'urgence.

482. Alors qu'en Espagne, les états d'urgence ont un niveau constitutionnel et ne peuvent donc être conditionnés à autre chose qu'à la volonté du constituant, la nécessité préside à la création des régimes des états d'urgence français. Dans la décision *Nouvelle-Calédonie*, confirmée dans l'intégralité des décisions QPC portant sur l'état d'urgence sécuritaire dans une formule plus affirmative¹⁷⁶⁴, le Conseil constitutionnel affirme la compétence du législateur pour opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public, notamment par l'instauration d'un état d'urgence¹⁷⁶⁵. Il en sera de même, dans des termes très proches, pour l'état d'urgence sanitaire¹⁷⁶⁶. Si l'appréciation de nécessité est au cœur du contrôle opéré par le juge constitutionnel sur l'état d'urgence, son efficacité pratique reste relative¹⁷⁶⁷.

¹⁷⁶² Par exemple, le rapport du Sénat sur l'état d'urgence en date du 16 novembre 2005 explique qu'il faut apprécier la nécessité de proroger ou non l'état d'urgence selon le « principe de proportionnalité » (Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005) ; Au contraire, Alain Million, rapporteur pour avis de la commission des affaires sociales du Sénat, choisit de les distinguer en affirmant que les deux principes qui ont guidé l'examen effectué par la commission du texte de l'état d'urgence sanitaire sont la nécessité et la proportionnalité (MILON A., rapporteur pour avis de la comm. des affaires sociales, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

¹⁷⁶³ Cf. *supra*, n° 202.

¹⁷⁶⁴ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 8. : « Considérant que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

¹⁷⁶⁵ Cons. const., déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 1 à 4. Le raisonnement suivi par les requérants était le suivant : le législateur ne peut porter atteinte aux droits et libertés que si la Constitution l'y autorise. Or, l'état d'urgence n'étant pas constitutionnalisé, il ne peut être instauré par le législateur. À cela, le Conseil constitutionnel répond deux choses. Premièrement, il considère que l'article 34 de la Constitution habilite le législateur à fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Par conséquent, il lui appartient d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré. Deuxièmement, il considère que, malgré l'existence d'un état d'exception inscrit dans la Constitution (l'état de siège), rien n'interdit au législateur de prévoir un régime d'exception législatif pour concilier les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public. Dès lors, l'état d'urgence n'a pas été implicitement abrogé par le passage à la V^e République, sous l'empire de laquelle il a d'ailleurs été modifié.

¹⁷⁶⁶ Cons. const., déc n° 2021-828 DC, 9 novembre 2021, *loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*, cons. 5 : « La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur constitutionnelle et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

¹⁷⁶⁷ Cf. spéc. *infra*, n° 688.

483. L'effet utile des prévisions textuelles de la nécessité au sein des régimes des états d'urgence n'a rien d'évident. Alors que les dispositifs français ne dissuadent que de manière assez indirecte, d'utiliser les états d'urgence comme des moyens ordinaires de gouvernement, il est constamment fait référence à la nécessité dans la pratique¹⁷⁶⁸. Si elles sont parfois extensives et parfois malhonnêtes, ces mobilisations appuyées de la nécessité par les acteurs des états d'urgence ont au moins le mérite de mettre cette condition clé du régime des états d'urgence au cœur du débat, et ce, indépendamment des lacunes de sa prévision textuelle. À l'inverse, alors que la prévision de la nécessité est, dans l'arsenal espagnol contemporain, organisée et systématique, cela n'empêche pas la mobilisation déraisonnable de l'état d'alerte¹⁷⁶⁹.

484. Enfin, plusieurs constats sommaires – en attendant le dernier titre de cette étude¹⁷⁷⁰ – amènent déjà à douter de l'objectivité de l'appréciation de la nécessité d'une situation de fait par les interprètes authentiques des états d'urgence. Premièrement, plusieurs parlementaires soutiennent, avec plus ou moins de véhémence, que l'appréciation de la nécessité a la nature d'un choix et comporte une part plus ou moins importante de discrétionnarité¹⁷⁷¹. Deuxièmement, si l'exécutif se défend de disposer d'une véritable marge d'appréciation, le vocabulaire qu'il emploie laisse parfois transparaître la subjectivité de son appréciation de la condition de nécessité¹⁷⁷². Enfin, les décisions d'application dissimulent toute discrétionnarité en connotant systématiquement une application du droit dénuée de tout choix¹⁷⁷³, à l'image des décrets-lois d'application franquistes¹⁷⁷⁴. Cela pose problème lorsque, par exemple, le Conseil

¹⁷⁶⁸ La thématique de la nécessité de l'état d'urgence et de ses mesures est omniprésente dans les documents explicatifs et auxiliaires qui précèdent, entourent et suivent les décisions d'application : rapports parlementaires, débats parlementaires, déclarations publiques, circulaires d'application ou mémoires en défense du ministre de l'intérieur devant le Conseil d'État.

¹⁷⁶⁹ Cf. *infra*, n° 505.

¹⁷⁷⁰ Cf. *infra*, n° 617 et s.

¹⁷⁷¹ POPELIN P., Rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016 : « Chacun peut avoir sa propre appréciation de ce strict nécessaire » ; EL HADI M., Conseil de la République, séance du 3 avril 1955 : « La sobre argumentation [de l'exposé des motifs] est beaucoup plus sibylline que démonstrative ».

¹⁷⁷² Le Gouvernement de 1962 « estime nécessaire » de maintenir en vigueur l'état d'urgence (Rap. au Président de la République relatif à l'ordonnance 62-797 du 13 juillet 1962) ; Le ministre de l'intérieur de 1958 reconnaît que le Gouvernement a, devant le choix binaire qui se présentait à lui, « choisi » la « solution maximaliste » (FAURE M., ministre de l'intérieur, MARCILHACY P., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958).

¹⁷⁷³ Cf. *supra*, n° 346 et s.

¹⁷⁷⁴ En 1962, le Gouvernement doit (« *debe* ») appliquer les moyens légaux à sa disposition et agir (Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales, BOE, núm. 108, de 5 de mayo de 1962, p. 5989) ; En 1969, le Gouvernement est obligé (« *obligan al Gobierno, en cumplimiento de su deber* ») de mobiliser les moyens efficaces et immédiats pour remédier à la situation (Decreto-

constitutionnel s'appuie avec confiance sur les exigences de nécessité dont le texte grève la déclaration de l'état d'urgence sanitaire pour avaliser le décalage de l'expiration de son régime juridique¹⁷⁷⁵.

§2 – La nécessité des mesures prises sous l'empire des états d'urgence

485. À l'image de la condition de nécessité pesant sur l'entrée en vigueur de l'état d'urgence, l'application des mesures qu'il prévoit répond aux conditions édictées par son dispositif et, en tout état de cause, imposées par la jurisprudence. Motivées en fait et en droit, les mesures prises sont astreintes à de strictes conditions de nécessité, d'adaptation et de proportionnalité (a). Dans leurs discours justificatifs, les interprètes de l'application paraissent réceptionner cette exigence en y faisant systématiquement référence, même lorsque dans le cas d'espèce, sa complétion est pour le moins douteuse (b).

a – Les prévisions textuelles et jurisprudentielles de la nécessité des mesures

486. Si sous l'état d'exception franquiste, la nécessité à laquelle étaient conditionnées les mesures prises se voulait dangereusement vague¹⁷⁷⁶, pour ne pas entraver l'action de l'exécutif, et si l'article 155 se contente de mentionner la « nécessité » des mesures prises pour assurer la coercition sur la communauté dissidente¹⁷⁷⁷, les mesures prises sur le fondement des états d'urgence de l'article 116 se doivent d'être strictement indispensables pour rétablir la normalité, tout comme strictement proportionnées aux circonstances¹⁷⁷⁸. Pour donner pleine portée au texte, le Tribunal constitutionnel a développé une jurisprudence riche sur le contrôle de la proportionnalité des mesures prises dans le cadre des législations d'exception¹⁷⁷⁹. Sans

ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, BOE, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175).

¹⁷⁷⁵ Le Conseil constitutionnel estime que le report au 31 juillet 2022 de l'expiration du régime de l'état d'urgence sanitaire par la loi du 10 novembre 2021 portant diverses dispositions de vigilance sanitaire ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et libertés garantis, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de déclarer ou d'appliquer le régime de l'état d'urgence sanitaire, opérations soumises à de strictes conditions de nécessité (Cons. const., déc n° 2021-828 DC, 9 novembre 2021, *loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*, cons. 6 à 9).

¹⁷⁷⁶ Selon l'article 2 du décret-loi du 24 janvier 1969, la condition de proportionnalité des mesures de l'état d'exception franquistes est assurée par le simple fait, pour le gouvernement, d'adopter les moyens les plus adéquats à chaque cas et conformément à la législation en vigueur (Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, BOE, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175).

¹⁷⁷⁷ Art. 155.1, C1978.

¹⁷⁷⁸ Art. 1, LOAES.

¹⁷⁷⁹ V. not. **CASADEVANTE MAYORDOMO (DE) P. F.**, « El derecho de emergencia constitucional... », art. cit., p. 130.

constituer un « canon autonome de constitutionnalité » permettant de déterminer, *in abstracto*, si une mesure prise par les autorités est disproportionnée ou non, le principe de proportionnalité est un « critère d'interprétation » qui permet au juge constitutionnel de juger de possibles violations à des normes de valeurs constitutionnelles¹⁷⁸⁰. Concrètement, le Tribunal constitutionnel effectue, pour apprécier la constitutionnalité d'une mesure atteignant les droits et libertés fondamentaux, trois contrôles successifs : un contrôle de l'adéquation, un contrôle de la nécessité et un contrôle de la proportionnalité.¹⁷⁸¹

487. Le régime de l'état d'urgence sanitaire soumet explicitement à une stricte condition de nécessité les décisions prises par le Premier ministre¹⁷⁸², le ministre de la santé¹⁷⁸³ ou le représentant de l'État dans le département¹⁷⁸⁴. Cette obligation est réaffirmée par le Conseil d'État, qui rappelle que les mesures prises dans le contexte épidémique doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent¹⁷⁸⁵. Il en est de même pour les mesures prises dans le cadre des régimes de sortie de crise, notamment de celui du 31 mai 2021 qui, dans sa version issue de la loi du 10 novembre de la même année, caractérise de manière extrêmement méticuleuse la finalité et les nécessités auxquelles doivent répondre les mesures prises¹⁷⁸⁶.

488. Si, à l'opposé, la lettre de l'état d'urgence sécuritaire ne soumet pas les mesures prises sous son empire à des exigences aussi explicites, leur soumission aux principes de nécessité et de proportionnalité ne fait aucun doute au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

488.1. Le juge constitutionnel rappelle que les mesures individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence doivent être motivées¹⁷⁸⁷, que les mesures d'assignation à

¹⁷⁸⁰ STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016, BOE núm. 1, de 20 de enero de 2017, FJ 8.

¹⁷⁸¹ STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, BOE, núm. 85, de 8 de abril de 2016.

¹⁷⁸² Les mesures prises par le Premier ministre ne peuvent être prises qu'« aux seules fins de garantir la santé publique » et répondent à des finalités individuelles spécifiques : réguler la tension des marchés pour la possibilité de fixer le prix des produits de première nécessité, ou mettre fin à la crise sanitaire pour les limitations à la liberté d'entreprendre (art. L. 3131-15, CSP).

¹⁷⁸³ Les mesures relatives à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé que peut prendre le ministre chargé de la santé « sont strictement nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu » (art. L. 3131-16, CSP).

¹⁷⁸⁴ Art. L. 3131-17, CSP.

¹⁷⁸⁵ V. par ex. CE (ord.), 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674, cons. 3.

¹⁷⁸⁶ Art. 2, L. n° 2021-1465, 10 novembre 2021, portant diverses dispositions de vigilance sanitaire : « les mots : "et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19" sont remplacés par les mots : ", aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19 et si la situation sanitaire le justifie au regard de la circulation virale ou de ses conséquences sur le système de santé, appréciées en tenant compte des indicateurs sanitaires tels que le taux de vaccination, le taux de positivité des tests de dépistage, le taux d'incidence ou le taux de saturation des lits de réanimation" ».

¹⁷⁸⁷ Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons.8.

résidence¹⁷⁸⁸, comme les perquisitions et saisies administratives¹⁷⁸⁹ doivent impérativement être justifiées et proportionnées « aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence », que les mesures de fermeture des lieux de réunion doivent être « justifiées et proportionnées aux nécessités de la préservation de l'ordre public ayant motivé une telle fermeture » et que les mesures d'interdiction de réunion doivent être justifiées par le fait qu'une telle réunion serait « de nature à provoquer ou entretenir le désordre » et être proportionnées aux raisons l'ayant motivée¹⁷⁹⁰. Le juge administratif doit s'assurer, au cas par cas, que les mesures mises en œuvre respectent les exigences de nécessité¹⁷⁹¹.

488.2. Sur la base de ces exigences générales de nécessité et de proportionnalité, il déduit que la pratique des perquisitions de nuit n'est justifiée que « par l'urgence ou l'impossibilité de l'effectuer le jour »¹⁷⁹², s'assure par une réserve d'interprétation fixant des conditions de fond et de durée strictes, que la prolongation d'une assignation à résidence au-delà de 12 mois sera soumise à une stricte nécessité¹⁷⁹³ et déclare inconstitutionnelle la possibilité de prononcer une interdiction de séjour sans « nécessité d'un trouble à l'ordre public »¹⁷⁹⁴, la possibilité pour le préfet de pratiquer « de manière généralisée et discrétionnaire » le contrôle d'identité et la fouille des véhicules¹⁷⁹⁵ ou encore la possibilité non conditionnée de créer une zone de protection ou de sécurité, en l'absence de garanties et de définitions des mesures pouvant être prises pour réglementer le séjour des personnes dans une telle zone¹⁷⁹⁶.

489. Au-delà de la nécessité et de la proportionnalité des mesures prises pour elles-mêmes, se pose évidemment la question de la finalité au prisme de laquelle elles doivent s'apprécier. S'est ainsi posée, dans les deux systèmes juridiques, la question de la nature des liens entre la nécessité de la déclaration d'un état d'urgence, la nécessité de sa prorogation et la nécessité qui justifie les mesures prises sous son empire. Si la filiation entre les deux premières ne suscite

¹⁷⁸⁸ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 12 ; V. aussi Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan*, cons. 18.

¹⁷⁸⁹ Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 9 et 10.

¹⁷⁹⁰ Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 8.

¹⁷⁹¹ Cf. *infra*, n° 701 et s.

¹⁷⁹² Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 9 et 10.

¹⁷⁹³ Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan*, cons. 17.

¹⁷⁹⁴ Cons. const., déc. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L.*, cons. 5.

¹⁷⁹⁵ Cons. const., déc. n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 6.

¹⁷⁹⁶ Cons. const., déc. n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association la cabane juridique / Legal Shelter et autre*, cons. 5.

pas de controverse – la prorogation n’a de raison d’être qu’en cas de persistance du danger ayant justifié la déclaration¹⁷⁹⁷ et, par extension, sa durée s’y voit strictement conditionnée¹⁷⁹⁸ –, il en est différemment de la possibilité donnée aux mesures d’un état d’urgence de s’affranchir de la finalité générale poursuivie par la déclaration du régime.

489.1. De manière *a priori* surprenante, les juges français n’estiment pas que les mesures de l’état d’urgence sécuritaire doivent nécessairement, pour être valides, poursuivre les mêmes finalités que le régime de l’état d’urgence : elles peuvent se justifier au regard d’objectifs qui leur sont propres¹⁷⁹⁹. Il tient d’ailleurs un raisonnement similaire pour des mesures concomitantes, mais ne relevant pas du régime de l’état d’urgence¹⁸⁰⁰. Il ne faut cependant pas en déduire que les mesures de l’état d’urgence peuvent poursuivre n’importe quelle finalité. C’est ainsi que le Conseil d’État apprécie lui-même la finalité que doit poursuivre la mesure d’assignation à résidence¹⁸⁰¹ ou que le Conseil constitutionnel censure une disposition au motif qu’elle est dotée, en l’état, d’une finalité plus large que le seul ordre public¹⁸⁰². De même, les mesures ne peuvent être tenues pour détachées de la finalité du régime, dès lors qu’au nom de la stricte nécessité, la plupart d’entre elles ne peuvent survivre à l’extinction de l’état d’urgence¹⁸⁰³.

489.2. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que la nécessité à laquelle répond la déclaration de l’état d’urgence doit nécessairement irriguer l’appréciation de la force dérogatoire des mesures qu’il permet. Il ressort en effet d’une formule récurrente des décisions QPC de l’état d’urgence – admettant des variations d’opportunités particulièrement

¹⁷⁹⁷ À titre illustratif, pour l’état d’alerte, la filiation entre les finalités de la déclaration et de la prorogation est prévue par l’article 15 de la LOAES, qui conditionne la prorogation à la persistance des circonstances qui ont donné lieu à la déclaration. Dans la pratique, l’exécutif prend soin d’établir l’existence d’une continuité suffisante entre la demande de prorogation et la situation initiale (JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214).

¹⁷⁹⁸ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 13 : « Considérant (...) que l’état d’urgence, déclaré par décret en conseil des ministres, doit, au-delà d’un délai de douze jours, être prorogé par une loi qui en fixe la durée ; que cette durée ne saurait être excessive au regard du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l’état d’urgence ».

¹⁷⁹⁹ V. COSSALTER PH., « Le contrôle par le juge des référés... », art. cit.

¹⁸⁰⁰ Il tient un raisonnement analogue pour d’autres mesures que celles de l’état d’urgence. Par exemple, en interdisant le déplacement de supporteurs dans le contexte particulier de l’état d’urgence, au motif qu’il ne faut pas détourner les forces de l’ordre de leur but (V. not. CE, 2^e/7^e sous-sect., 30 décembre 2016, n° 395337, Rec. Tables).

¹⁸⁰¹ V. not. COSSALTER PH., « Le contrôle par le juge des référés... », art. cit.

¹⁸⁰² Cons. const., déc. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L.*, cons. 5 ; Cons. const., déc. n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l’homme*.

¹⁸⁰³ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 13 ; Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l’homme*.

intéressantes à étudier¹⁸⁰⁴ – que pour apprécier la conciliation effectuée par le législateur entre les impératifs de sécurité et ceux inhérents aux droits et libertés constitutionnellement garantis, le juge doit garder à l'esprit qu'il s'agit de dispositions visant à s'appliquer à des situations empreintes de nécessité. Plus précisément, par une double référence à la menace et au caractère limité dans le temps et dans l'espace de la réponse, il établit un « lien de nécessité » entre les mesures potentielles et les faits qu'elles entendent réguler¹⁸⁰⁵.

b – La justification de la nécessité des mesures prises

490. Les interprètes des états d'urgence prennent soin d'étayer, dans les discours justificatifs, le parfait respect du principe de proportionnalité dans lequel s'inscrivent les décisions prises. Déjà très présents dans les déclarations gouvernementales et les débats parlementaires français, ces éléments de langage axés sur la proportionnalité des mesures sont encore plus systématiques et développés en Espagne, notamment en raison des exigences particulières des textes.

490.1. Le gouvernement français rappelle en toutes occasions que les mesures qu'il prend, directement ou par l'intermédiaire des autorités administratives déconcentrées, respectent une stricte exigence de nécessité et de proportionnalité. En 1962¹⁸⁰⁶, en 2005¹⁸⁰⁷ ou en 2016¹⁸⁰⁸ pour l'état d'urgence sécuritaire et de 2020 à 2022, pour l'état d'urgence

¹⁸⁰⁴ Cf. *infra*, n° 737.

¹⁸⁰⁵ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 11 ; Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 7 : « Considérant, en premier lieu, que les mesures de fermeture provisoire et d'interdiction de réunions prévues par les dispositions contestées ne peuvent être prononcées que lorsque l'état d'urgence a été déclaré et uniquement pour des lieux situés dans la zone couverte par cet état d'urgence ou pour des réunions devant s'y tenir ; que l'état d'urgence ne peut être déclaré, en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955 (...) ».

¹⁸⁰⁶ Le Gouvernement n'envisage d'user des pouvoirs de l'état d'urgence « qu'en cas d'absolue nécessité » (Rap. au Président de la République relatif à l'ordonnance 62-797 du 13 juillet 1962).

¹⁸⁰⁷ Le ministre de l'intérieur assure que « dans tous les cas », les mesures qui seront prises seront « adaptées et proportionnées aux nécessités locales » (Rap. au Premier ministre relatif au décret n° 2995-1387 du 8 novembre 2005) ; La circulaire demande aux autorités administratives de déterminer « les mesures les plus appropriées et d'identifier les périmètres où leur mise en œuvre s'avère le plus nécessaire », en respectant absolument « les principes constants qui encadrent l'exercice de la police administrative », qui imposent en particulier que les mesures soient « proportionnées à l'importance des risques de troubles à l'ordre public qu'il s'agit de prévenir » (Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387).

¹⁸⁰⁸ Les mesures de l'état d'urgence « reposent sur un principe de proportionnalité vis-à-vis du risque évalué » (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016) ; Elles sont en tout cas « strictement proportionnées à la nature de la menace ainsi qu'au contexte d'ordre public qui en découle » (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

sanitaire¹⁸⁰⁹, puis pour le régime de sortie qui lui a succédé¹⁸¹⁰, les arguments se ressemblent et le vocabulaire ne varie que peu. Ministres et rapporteurs des assemblées rappellent que les pouvoirs conférés par l'état d'urgence sont toujours une « faculté » et jamais une « obligation » d'agir¹⁸¹¹, que leur rédaction permet de prévenir toute « atteinte disproportionnée » aux droits et libertés¹⁸¹² et que leur mise en œuvre, toujours proportionnée et circonstanciée¹⁸¹³, procède de la rencontre d'un « infini discernement »¹⁸¹⁴ et du souci constant de ne pas aller au-delà de ce que la situation exige¹⁸¹⁵. Enfin, il choisit à plusieurs reprises de s'abstenir de faire usage de mesures qui ne paraissent plus conformes à l'exigence de nécessité. Il en est ainsi des mesures de contrôle de la presse ou des publications¹⁸¹⁶ ou du non-renouvellement de l'article 11¹⁸¹⁷. Seule ombre à un ensemble de déclarations bien policées : le ministre de l'intérieur qui considère, en 2017, que la nécessité d'une mesure administrative d'exception peut résider dans le seul fait qu'elle soit moins difficile à mettre en œuvre que les moyens tirés du droit ordinaire¹⁸¹⁸.

490.2. En Espagne, lors de la première application de l'état d'alerte, le ministre de la Présidence défend devant le congrès que les mesures choisies pour la prorogation sont « strictement nécessaires » pour assurer l'efficacité de l'action¹⁸¹⁹. Les multiples prorogations de ce dispositif en 2020 s'accompagnent de formules rassurantes : les limitations de libertés décidées sont « conformes » au principe de proportionnalité¹⁸²⁰, « appropriées » au vu de

¹⁸⁰⁹ V. par ex. D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire : « [Des] mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps ».

¹⁸¹⁰ V. par ex. BRAUN F., ministre de la santé, ABADIE C., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁸¹¹ HOUILLON PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁸¹² Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 4 mai 2016.

¹⁸¹³ SARCOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 ; ABADIE C., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

¹⁸¹⁴ HOUILLON PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁸¹⁵ MILON A., rapporteur pour avis de la comm. des affaires sociales, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

¹⁸¹⁶ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁸¹⁷ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016 ; V. aussi POPELIN P., Rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁸¹⁸ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017.

¹⁸¹⁹ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁸²⁰ Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020.

l'objectif poursuivi et des « preuves scientifiques disponibles »¹⁸²¹ et même « indispensables » pour faire face à la situation¹⁸²². A contrario, lorsqu'un pouvoir n'est plus nécessaire, il faut initier la désescalade de l'intensité de son application¹⁸²³. Ces précisions n'ont pas seulement pour but de rendre la décision politiquement acceptable : elles sont imposées par la lettre de l'état d'alerte, comme cela est parfois explicitement rappelé¹⁸²⁴. Il en est de même pour l'application de l'article 155, qui ne peut donner lieu qu'à des mesures nécessaires, proportionnées aux fins poursuivies, appliquées progressivement¹⁸²⁵.

491. Certaines interprétations espagnoles vont plus loin, en redéfinissant la condition de proportionnalité des mesures sous un mode encore plus strict. L'exposé des motifs du décret-royal du 24 avril 2020 explique que la mise en œuvre proportionnée des mesures de lutte contre la Covid-19 exige de déterminer si les avantages l'emportent sur le préjudice causé aux autres principes juridiques¹⁸²⁶. De manière moins poussée, l'exposé des motifs du décret-royal de prorogation 8 mai 2020 entend, contrairement au déclenchement initial et aux prorogations antérieures de l'état d'alerte, prévoir la possibilité d'assouplir les limitations de droit quand les indicateurs le permettent¹⁸²⁷.

492. Ces applications du principe de nécessité et de proportionnalité des mesures des états d'urgence ont fait l'objet de nombreuses critiques de la part des parlementaires français comme espagnols, parfois pour des motifs opposés. Le plus souvent, est contestée la proportionnalité

¹⁸²¹ Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 115 de 25 de abril de 2020.

¹⁸²² V. par ex. Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 268 de 9 de octubre de 2020 ; Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020.

¹⁸²³ Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020.

¹⁸²⁴ Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 115 de 25 de abril de 2020.

¹⁸²⁵ Referencia del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017.

¹⁸²⁶ Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 115 de 25 de abril de 2020 : « *En último término, la aplicación proporcionada de las medidas de contención de la pandemia requiere determinar si los beneficios son superiores a los perjuicios que producen sobre otros bienes jurídicos en conflicto* ».

¹⁸²⁷ Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020.

d'une mesure jugée trop intense au regard de la réponse que la situation appelait¹⁸²⁸. Une variation intéressante de cette critique consiste à souligner que la nécessité qui naît d'une situation de fait n'implique pas mécaniquement la nécessité de chacun des moyens mis en œuvre¹⁸²⁹. Plus ponctuellement, il est reproché aux décisions prises une disproportion des moyens dans le sens d'une insuffisance de ceux-ci face à la gravité supérieure de la situation : les mesures prises devraient être plus drastiques¹⁸³⁰ ou maintenues en vigueur plus longtemps¹⁸³¹. En toute logique, lorsque l'exécutif évoque une aggravation des mesures, il le justifie toujours par une aggravation de la situation de fait, et ne reconnaît jamais de lacune à l'action initialement menée¹⁸³².

B – LES FORMES DE NÉCESSITÉ MOBILISÉES PAR LES INTERPRÈTES

493. Les difficultés théoriques inhérentes à l'appréciation concrète de la nécessité, comme les insuffisances textuelles identifiées précédemment participent à expliquer la variété – et l'importante créativité – des interprétations *in concreto* du lien de nécessité. Une fois mobilisées, les notions de nécessité, d'adaptation ou de proportionnalité adoptent des formes très diverses, impossibles à déduire du seul texte. Successivement, ou d'un seul mouvement, la nécessité est inférée par les acteurs d'intérêts tangibles, conformément à la destination des états d'urgence ou de manière plus problématique, d'impératifs d'ordre communicationnel ou moral (§1). Elle peut, selon certaines interprétations encore plus audacieuses, résider dans l'insuffisance – parfois trop vite constatée – du droit ordinaire ou encore, à l'occasion de la prorogation, d'un constat à géométrie variable sur l'efficacité des mesures (§2).

¹⁸²⁸ V. par ex. GUARDINGO GARTÍNEZ O., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45 ; CORBIÈRE A., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁸²⁹ Le député estime que si personne ne conteste la nécessité, le principe ou l'utilité d'un état d'urgence sanitaire, il n'existe pas une unique façon d'y répondre (LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

¹⁸³⁰ AIZPURUA ARZALLUS M., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹⁸³¹ ERREJÓN GALVÁN Í., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.

¹⁸³² Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 268 de 9 de octubre de 2020 ; Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020.

§1 – La nécessité relative à la protection d'un intérêt

494. La nécessité de recourir à un état d'urgence s'apprécie au regard d'un intérêt sur lequel pèse un péril. Si ce dernier a presque toujours une dimension matérielle, à l'image d'atteintes observables et quantifiables à la sécurité, la salubrité ou la tranquillité publique, elle se double le plus souvent d'implications d'ordre politique (a). De manière plus abstraite, la nécessité est aussi excipée d'atteintes d'ordre moral ou symbolique, amenant à poursuivre, explicitement ou non, des finalités détournées (b).

a – La nécessité matérielle et politique

495. Il n'est pas de nécessité « en soi » ; celle-ci n'existant que par rapport à un intérêt menacé¹⁸³³. C'est donc assez logiquement que la première des catégories d'arguments de nécessité se rapporte à l'intérêt devant être protégé. Les considérations qu'elle regroupe sont toutefois disparates et surtout, procèdent d'une honnêteté et sont d'une pertinence variables.

496. Une première sous-catégorie d'arguments déduit la nécessité d'agir des conséquences d'une situation de fait sur l'ordre public. Historiquement, la composante de ce dernier la plus fréquemment invoquée par les interprètes authentiques de l'état d'urgence est la nécessité de maintenir ou de rétablir la sécurité publique. Notamment, chaque application de l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955 est réputée, dans les motifs donnés, poursuivre une telle fin. En 1958, pour faire face à la détérioration de la puissance publique en Algérie¹⁸³⁴, en 1962, pour assurer le maintien de l'ordre malgré la reconnaissance de l'indépendance algérienne¹⁸³⁵, en 1985, pour protéger les Calédoniens qui aspirent à la paix¹⁸³⁶, en 2005, pour rétablir la sécurité des populations du fait de violences urbaines¹⁸³⁷ et, en 2015, pour rétablir l'ordre public atteint par de funestes attentats terroristes¹⁸³⁸.

497. L'application des états d'urgence français et espagnols dans le cadre de la pandémie de la Covid-19 a aussi pour objet l'ordre public, mais au nom, cette fois, de la protection de la santé de la population¹⁸³⁹. Les assertions françaises et espagnoles sont très similaires, en

¹⁸³³ Cf. *supra*, n° 184 et s.

¹⁸³⁴ PLAISANT M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁸³⁵ Rap. au Président de la République relatif à l'ordonnance 62-797 du 13 juillet 1962.

¹⁸³⁶ PISANI E., intervention du 12 janvier 1985.

¹⁸³⁷ Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387.

¹⁸³⁸ ASSASSI É. et VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁸³⁹ Sur la reconnaissance de cet impératif dans les systèmes juridiques français et espagnols, cf. *supra*, n° 81 et s.

reconnaissant précisément les impératifs de protéger les plus vulnérables, de renforcer le système de santé en prenant en compte la capacité effective des structures hospitalières et de ralentir la progression du virus¹⁸⁴⁰.

498. Au-delà du seul ordre public, les états d'urgence sont parfois vus comme nécessaires pour assurer la protection de certains droits et libertés fondamentaux, comme la liberté de circulation, menacée par le fonctionnement anormal du service public aérien fin 2010¹⁸⁴¹ et par l'épidémie de coronavirus lors des fêtes de fin d'année 2020¹⁸⁴².

499. Plus éloignées encore de la lettre des états d'urgence, certaines interprétations mettent en avant la dimension symbolique, sinon même les effets psychologiques bénéfiques sur la population civile qu'ils prêtent à la déclaration ou au maintien d'un état d'urgence.

499.1. Ils auraient d'abord pour vertu de « rassurer » la population, par un « effet d'annonce »¹⁸⁴³. En France, c'est le cas pour l'état d'urgence sécuritaire comme pour l'état d'urgence sanitaire. En 1987, un envoyé spécial en Polynésie française estime qu'il est mis en œuvre pour « calmer les esprits »¹⁸⁴⁴. En 2005, le ministre de l'intérieur voit dans l'état d'urgence un message d'espoir pour les honnêtes citoyens qui composent avec la peur au quotidien¹⁸⁴⁵. En 2015, la déclaration de l'état d'urgence a pour effet de rassurer la population et de montrer la détermination des pouvoirs publics¹⁸⁴⁶. En 2020, les mesures de l'état d'urgence ont, au-delà de leur finalité sanitaire, vocation à limiter l'angoisse de la population¹⁸⁴⁷. En Espagne, l'état d'alerte répond à des considérations très similaires lors de la crise de 2010, ou

¹⁸⁴⁰ V. par ex. PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020 ; D. n° 2021-990, 28 juillet 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République ; SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16 ; Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020.

¹⁸⁴¹ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

¹⁸⁴² V. JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁸⁴³ MASTOR W., SAINT-BONNET F., « De l'inadaptation de l'état d'urgence... », art. cit., p. 61.

¹⁸⁴⁴ ANTENNE 2, Journal télévisé de 20 heures, 25 octobre 1987.

¹⁸⁴⁵ SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 : « [Ces Français qui] baissent le regard dans la rue, verrouillent leur porte à triple tour, vivent, ou plutôt survivent, avec la peur au ventre, depuis trop d'années ».

¹⁸⁴⁶ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 107 : « [la déclaration de l'état d'urgence a eu] pour incontestable effet psychologique de rassurer la quasi-totalité des personnes vivant en France : les pouvoirs publics ont pris la situation au sérieux ; ils font quelque chose de « concret » contre le terrorisme » ; V. par ex. COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁸⁴⁷ PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

il est justifié par les préoccupations que produisent ces événements chez les citoyens¹⁸⁴⁸. Il en est, d'ailleurs, de même lors de la crise catalane de 2017, pour laquelle l'article 155 vise à restaurer le bien-être des habitants et à regagner leur confiance¹⁸⁴⁹.

499.2. Les états d'urgence peuvent ensuite servir à « mobiliser » la population, pour retrouver un semblant de sentiment de contrôle sur les événements¹⁸⁵⁰. Cette dimension est particulièrement visible lors des applications récentes de l'état d'urgence sécuritaire en France. C'est ainsi qu'en 2005, les couvre-feux permettraient à certains parents de réaffirmer leur autorité¹⁸⁵¹ ou, qu'en 2015, l'état d'urgence est un symbole de courage, appelant à ne pas se laisser intimider par le terrorisme¹⁸⁵².

499.3. Ils peuvent enfin avoir pour objectif de déstabiliser les ennemis de l'État, d'une part, en ne leur faisant pas cadeau du « signe de faiblesse » que représenterait un État s'inclinant dès lors qu'un ennemi le menace¹⁸⁵³. L'état d'urgence est une réponse puissante¹⁸⁵⁴, permettant de créer un effet de surprise déstabilisant pour les terroristes¹⁸⁵⁵. Il serait ainsi une « première réaction utile »¹⁸⁵⁶ par le « choc psychologique » que son annonce provoque¹⁸⁵⁷. Néanmoins, cet effet de surprise, par définition très bref, ne peut, de l'aveu même des représentants de l'exécutif, justifier le maintien de l'état d'urgence¹⁸⁵⁸.

500. Ces finalités communicationnelles et symboliques des états d'urgence font l'objet de critiques récurrentes des parlementaires, conscients que la frontière entre un état d'urgence « vertu d'apaisement » et un état d'urgence « objet de communication politique » est ténue. Certains reprochent au Gouvernement de leur donner trop d'importance, au détriment de leur

¹⁸⁴⁸ Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, BOE, Núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, p. 104354.

¹⁸⁴⁹ V. par ex. Real Decreto 942/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del M. H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, don Carles Puigdemont i Casamajó, BOE, núm. 261, de 28 de octubre de 2017, p. 103562 a 103563 ; RAJOY BREY M., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45.

¹⁸⁵⁰ Cf. *supra*, n° 361.

¹⁸⁵¹ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

¹⁸⁵² BAS PH., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁸⁵³ PINTON A, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁸⁵⁴ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁸⁵⁵ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁸⁵⁶ CAPO-CANELLAS V., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹⁸⁵⁷ AYRAULT J.-M. et PERRUCHOT N., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁸⁵⁸ Une semaine après la mise en œuvre de l'état d'urgence, l'effet de surprise qu'il procure atteint ses limites (AYRAULT J.-M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005) ; François Hollande, cité par ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016 : « au bout de quarante-huit heures d'état d'urgence, ceux qui ont des armes les mettent à l'abri ».

première vocation, qui est opérationnelle¹⁸⁵⁹. D'autres, surtout en Espagne, redoutent que la poursuite de ces finalités s'apparente à une véritable gouvernance d'opinion¹⁸⁶⁰, dans laquelle il faut satisfaire les appétits sécuritaires de la population¹⁸⁶¹ et céder à un populisme primaire, qui impose aux autorités publiques de suivre les sentiments légers et immédiats de la population¹⁸⁶².

b – La nécessité morale et les fraudes à la nécessité

501. Si la nécessité symbolique d'agir pour rassurer ou mobiliser la population produit des effets factuels et doit, pour cela, être rapprochée de la nécessité matérielle d'agir, la nécessité morale ou éthique d'agir s'en détache complètement. Un groupe conséquent d'arguments relève du devoir de mettre en œuvre l'état d'urgence ou d'assurer son efficacité. Se plaçant non plus dans le champ du droit et de sa défense, mais dans celui du respect de devoirs moraux, ils ont des effets juridiques très concrets.

502. Les décideurs publics sont nombreux à souligner la responsabilité qui leur incombe de mettre en œuvre et de maintenir l'état d'urgence pour sauvegarder l'ordre public. En 1958, le Gouvernement a le « devoir de faire face » à l'insubordination¹⁸⁶³, autant qu'il n'a « pas le droit de céder » aux exigences des insubordonnés¹⁸⁶⁴. En 1985, le devoir du Gouvernement « est de veiller au rétablissement de l'ordre public » par la déclaration de l'état d'urgence¹⁸⁶⁵. Entre 2015 et 2017, il n'est « pas permis » de considérer le péril imminent comme éteint¹⁸⁶⁶ ou d'avoir le moindre « scrupule » à prolonger l'état d'urgence¹⁸⁶⁷ : « tout » doit être fait pour lutter contre le terrorisme¹⁸⁶⁸. En Espagne, les marqueurs de la nécessité morale de l'agir de crise irriguent l'ensemble des décrets-lois franquistes¹⁸⁶⁹. Cette rhétorique se fait plus rare après

¹⁸⁵⁹ BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁸⁶⁰ RIDAO I MARTÍN J., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁸⁶¹ BELOKI GUERRA J. R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁸⁶² Díez González R. M., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁸⁶³ M. le Président du Conseil, au nom du Gouvernement, lu par le garde des sceaux, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁸⁶⁴ PINTON A, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁸⁶⁵ FABUS L., discours du 12 janvier 1985.

¹⁸⁶⁶ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁸⁶⁷ LEGENDRE J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁸⁶⁸ HOLLANDE F., 15 juillet 2016, Discours télévisé.

¹⁸⁶⁹ V. par ex. Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales, BOE, núm. 108, de 5 de mayo de 1962, p. 5989 ; Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se

1978. Il faut à ce titre relever qu'en 2010, le ministre de la Présidence déclare que le Gouvernement assume pleinement son devoir et remplit sa fonction en demandant la prorogation de l'état d'alerte¹⁸⁷⁰ et qu'en 2017, dans la demande qu'il adresse aux autorités catalanes, le gouvernement considère qu'il relève de sa « responsabilité constitutionnelle » d'initier la procédure de l'article 155¹⁸⁷¹.

503. Cette obligation morale d'agir impliquerait de donner une pleine efficacité aux états d'urgence, pour laquelle certains ne tarissent pas d'éloges¹⁸⁷². Il ne faudrait pas, à ce titre, retarder le vote de la loi par le travail d'une commission d'enquête¹⁸⁷³, alourdir la prise des mesures administratives par des dialogues superflus¹⁸⁷⁴, ralentir le rythme des perquisitions administratives¹⁸⁷⁵, encadrer de manière trop contraignante l'exercice des pouvoirs confiés à l'exécutif¹⁸⁷⁶, vider l'état d'urgence de sa « substance »¹⁸⁷⁷ ou encore le « dégrader »¹⁸⁷⁸. Au contraire, il faudrait maintenir la « force » de la réponse de l'État à son plus haut niveau¹⁸⁷⁹, faire évoluer le régime de l'état d'urgence pour s'assurer de sa « totale efficacité »¹⁸⁸⁰ et renforcer ses mesures¹⁸⁸¹. Cette doctrine de la pleine effectivité pourrait être résumée par l'idée selon laquelle rien ne doit priver les gouvernants d'employer les moyens efficaces offerts par les états d'urgence¹⁸⁸².

declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, BOE, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175 ; Decreto-ley 14/1970, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de excepción en la provincia de Guipúzcoa, BOE, núm. 291, de 5 de diciembre de 1970, p. 19830 y 19831.

¹⁸⁷⁰ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁸⁷¹ Requerimiento del Gobierno a la Generalitat de Cataluña al amparo del artículo 155 de la Constitución, de 11 de octubre de 2017.

¹⁸⁷² LEGENDRE J., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 : « L'efficacité : voilà la première règle de l'action que nous voulons mener tous ensemble ! ».

¹⁸⁷³ Les membres du groupe communiste prévoient, en 1955, un amendement visant à permettre le vote de l'état d'urgence uniquement après désignation par le Conseil de la République d'une commission d'enquête. Le rapporteur estime que cet amendement, en diminuant les pouvoirs de l'État en ralentissant l'action gouvernementale, ira à l'encontre du but recherché » (débat sur l'amendement n° 9, Conseil de la République, séance du 3 avril 1955).

¹⁸⁷⁴ RICHARD A., rapporteur, M. le ministre de l'intérieur et M. le Président de l'Assemblée nationale, JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 24 janvier 1985.

¹⁸⁷⁵ LARRIVÉ GU., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁸⁷⁶ RICHARD A., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 24 janvier 1985.

¹⁸⁷⁷ MARÉCHAL-LE PEN M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁸⁷⁸ CIOTTI É., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁸⁷⁹ LE ROUX B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁸⁸⁰ Exposé des motifs du projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁸⁸¹ MERCIER M., rapporteur, et ESTROSI SASSONE D., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016 ; LE ROUX B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁸⁸² Dans le débat parlementaire français, V. MOUTCHOUN., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 ; Lors de la dernière application de l'état d'exception franquiste, V. Decreto-ley 4/1975, de 25 de abril, por

504. La grande variété des intérêts pris en compte pour caractériser la nécessité produit un incessant conflit entre elles, même lorsqu'elles sont légitimes. Les parlementaires le soulignent parfois. Ils se demandent, par exemple, quelle nécessité doit primer entre la santé économique des commerçants et des petites entreprises, pour qui Noël est une période clé, et les risques encourus par les personnes âgées, qui pourraient être contaminées par la Covid-19 à l'occasion des fêtes¹⁸⁸³.

505. Surtout, cette variété permet à certains intérêts détournés ou dérivés de s'immiscer dans les discours de justification, avec le risque de « fraude à la nécessité » que cela comporte. Sans dresser ici l'inventaire des utilisations détournées dont peuvent faire l'objet les états d'urgence¹⁸⁸⁴, ce risque peut être compris et illustré par un exemple tiré de chaque système juridique : l'utilisation de l'état d'urgence sécuritaire contre les manifestants écologistes et le recours à l'état d'alerte pour mettre fin au mouvement social des contrôleurs aériens.

505.1. Confirmant les craintes de certains parlementaires au moment du vote originel de la loi sur l'état d'urgence¹⁸⁸⁵ et en dépit des critiques de la majeure partie des parlementaires d'aujourd'hui, pour qui l'état d'urgence ne peut servir « d'autres fins que la lutte contre le terrorisme »¹⁸⁸⁶, ce dispositif a fait l'objet, comme François Hollande l'a lui-même reconnu, d'un usage détourné contre les manifestants écologistes¹⁸⁸⁷. Si quelques députés estiment qu'il est légitime d'employer l'état d'urgence pour mettre fin à la violence supposée des manifestants écologistes, en leur interdisant de manifester et de se réunir et en dissolvant les « groupuscules d'extrême gauche »¹⁸⁸⁸, ce n'est, en tout état de cause, pas une finalité auxiliaire à celle qui a présidé à la déclaration de l'état d'urgence permettant, au sens des jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État¹⁸⁸⁹, de justifier les mesures prises.

el que se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, BOE, núm. 100, de 26 de abril de 1975, p. 8870 ; En doctrine, V. **ROBERT J.**, « Les situations d'urgence... », art. cit., p. 764.

¹⁸⁸³ TURQUOIS N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

¹⁸⁸⁴ Cf. not. *supra*, n° 146 et s.

¹⁸⁸⁵ MOSTEFAÏ EL HADI redoutait que le Gouvernement ait pour dessein de requérir cet état d'urgence pour mener une politique de répression, dans une logique colonisatrice (EL HADI M., Conseil de la République, séance du 3 avril 1955).

¹⁸⁸⁶ ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁸⁸⁷ **HOLLANDE F.**, cité par ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016 : « Imaginons qu'il n'y ait pas eu les attentats, on n'aurait pas pu interpellier les zadistes pour les empêcher de manifester. Cela a été une facilité apportée par l'état d'urgence, pour d'autres raisons que la lutte contre le terrorisme ».

¹⁸⁸⁸ CIOTTI É., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁸⁸⁹ Dans le cas précité, la répression des manifestants écologistes n'est plus un moyen pour que l'état d'urgence réponde à la finalité ayant justifié sa déclaration, mais une fin en soi.

505.2. La déclaration de l'état d'alerte pour répondre à la crise politique des contrôleurs aériens répond, plus encore que la mobilisation de l'article 155 face aux velléités indépendantistes catalanes¹⁸⁹⁰, à une nécessité d'ordre symbolique. En l'absence de toute nécessité matérielle d'agir en réaction à une catastrophe industrielle ou naturelle, comme l'impose le régime de l'état d'alerte, les justifications données par le Gouvernement visent à pallier cette absence par une interprétation extensive de la condition de nécessité, jusqu'à permettre l'application de l'état d'alerte pour faire face à une crise d'ordre politique¹⁸⁹¹. Si, dans le débat démocratique, l'obligation morale et le symbole ont leur place, la nécessité de les préserver ne peut légitimer, du moins à elle seule, de mettre entre parenthèses les garanties les plus essentielles de l'État de droit.

§2 – La nécessité relative à l'insuffisance du droit et à l'efficacité de la réponse

506. Au-delà des intérêts poursuivis, le recours à l'état d'urgence n'est justifié que dans l'impossibilité d'user de voies de droit moins dérogatoires. Cette condition inhérente à l'examen des possibilités d'action conférées par le droit commun est particulièrement développée en Espagne, où elle revêt la terminologie « d'*ultima ratio* » (a). S'ajoute une forme de nécessité propre à l'opération de prorogation d'un état d'urgence : celle de l'efficacité des mesures prises pour lutter contre le péril ayant justifié sa déclaration (b).

a – L'argument tiré de l'insuffisance du droit ordinaire ou l'*ultima ratio*

507. Sans que cela permette véritablement d'établir le caractère insuffisant du droit ordinaire pour obtenir un résultat comparable à l'état d'urgence, les discours gouvernementaux et parlementaires sont irrigués de l'idée selon laquelle à situation exceptionnelle, réponse exceptionnelle. En France, dès 1955, le rapporteur de la commission de l'intérieur évoque un projet « grave » répondant à une situation « grave »¹⁸⁹². En 1958, le ministre de l'intérieur estime, dans une forme plus édulcorée, que l'ordre public doit être « suffisamment atteint » pour être en mesure de recourir à l'état d'urgence¹⁸⁹³. En 2005, le rapporteur de l'Assemblée

¹⁸⁹⁰ Lors de l'application de l'article 155, une députée estime que le Gouvernement commet, en l'espèce, une fraude à la nécessité, en instrumentalisant la Constitution à des fins idéologiques (RIVERO SEGALÀS M., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45).

¹⁸⁹¹ Cf. *supra*, n° 436 et s.

¹⁸⁹² SCHWARTZ R., rapporteur de la commission de l'intérieur. Conseil de la République, séance du 3 avril 1955.

¹⁸⁹³ FAURE M., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

nationale évoque la « légalité exceptionnelle » que commande le « caractère exceptionnel » des faits¹⁸⁹⁴. Ce n'est qu'en 2015 qu'une formule comparable de Manuel Valls, alors Premier ministre, suscite une réaction : le sénateur Guillaume Arnell y voit une formule de la première République : « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté »¹⁸⁹⁵. En Espagne, lors de la crise des contrôleurs, les mesures sont proportionnées à l'extrême gravité des faits¹⁸⁹⁶ et la brutalité inédite des faits impose de les maintenir¹⁸⁹⁷. Ce raisonnement est poussé dans ses retranchements par un député, qui considère que l'état d'alerte étant prévu par le système juridique, il est d'une exceptionnalité moins grave que la situation factuelle qui, elle, n'est pas prévue¹⁸⁹⁸. Finalement, la crise du coronavirus, situation scandaleusement (« *estremecedoramente* ») extraordinaire, appellerait, de ce fait, à des mesures exceptionnelles¹⁸⁹⁹.

508. Certains argumentaires, qui sont incontestablement plus fondés sur le plan juridique au regard du principe d'*ultima ratio*, visent à soutenir, sinon à démontrer méthodiquement que dans une situation de fait donnée, la voie de droit empruntée est la moins attentatoire de celle permettant d'atteindre le résultat escompté. Si, en France, ni le régime de l'état d'urgence sécuritaire ni celui de l'état d'urgence sécuritaire ne prévoient explicitement une telle condition d'*ultima ratio*, les autorités justifient pourtant chacune de leurs applications par un raisonnement s'y rapportant.

508.1. Pour l'état d'urgence sanitaire, qui profite directement de l'expérience acquise lors des multiples applications de son ascendant, ces justifications ont intégré les exposés des motifs des décrets de déclaration. Ainsi, la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire dans plusieurs territoires d'outre-mer est-elle justifiée par l'insuffisance des mesures sanitaires édictées sur le fondement de la loi du 31 mai 2021 pour freiner la progression de l'épidémie¹⁹⁰⁰

¹⁸⁹⁴ HOUILLON PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁸⁹⁵ ARNELL GU., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁸⁹⁶ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

¹⁸⁹⁷ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁸⁹⁸ BELOKI GUERRA J. R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁸⁹⁹ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.

¹⁹⁰⁰ D. n° 2021-990, 28 juillet 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République.

ou par la nécessité de prendre des mesures de confinement « que seul l'état d'urgence sanitaire permet de prendre »¹⁹⁰¹.

508.2. Pour l'état d'urgence sécuritaire, cette condition d'épuisement des voies de droit ordinaires s'effectue de manière moins formelle, principalement lors des débats parlementaires. En 1955, le droit commun ne suffit pas à reprendre l'initiative¹⁹⁰². En 1958, il ne suffit pas à reprendre le contrôle de la situation¹⁹⁰³. En 2005, les pouvoirs de police des maires sont insuffisants pour faire face à la crise du fait de leur manque d'intensité et d'un champ spatial insuffisant¹⁹⁰⁴. Il faut donc recourir à l'état d'urgence, qui a le mérite d'offrir « des outils supplémentaires aux forces de l'ordre et à la justice »¹⁹⁰⁵. Un mémoire en défense du ministre de l'intérieur de 2006 estimera explicitement la condition de nécessité satisfaite par le fait que les mesures de l'état d'urgence sont les seules à même de rétablir l'ordre public¹⁹⁰⁶. En 2015, comme précédemment, le droit commun ne suffit pas¹⁹⁰⁷. Cela justifierait de maintenir l'état d'urgence tant que ses moyens n'auront pas encore été transcrits dans la législation permanente¹⁹⁰⁸. Pour autant, même une fois les règles de droit commun « considérablement renforcées »¹⁹⁰⁹, l'exécutif persiste dans son souhait de proroger l'état d'urgence, au motif que les mesures permises par l'état d'urgence seraient « davantage complémentaires que concurrentes des mesures de droit commun »¹⁹¹⁰.

508.3. Cette légèreté dommageable dans le degré de nécessité requis pour mettre en œuvre l'état d'urgence sécuritaire entretient ce qu'André Chassaigne nomme « l'illusion » du caractère indispensable de l'état d'urgence¹⁹¹¹. Il peut ainsi être prorogé pour que les forces de l'ordre disposent d'outils supplémentaires « en cas de nécessité »¹⁹¹², ou parce que ses mesures

¹⁹⁰¹ D. n° 2022-9, 5 janvier 2022, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République ; D. n° 2022-107, 2 février 2022, déclarant l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie.

¹⁹⁰² BOURGÈS-MAUNOURY M., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁹⁰³ PFLIMLIN P., au nom du Gouvernement, lu par LECOURT R., garde des sceaux, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁹⁰⁴ HOUILLON PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁹⁰⁵ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

¹⁹⁰⁶ CE, (ord.), 14 novembre 2005, n° 286837, Rec., mémoire en défense présenté par le ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'Aménagement du territoire, enregistré le 12 novembre 2005.

¹⁹⁰⁷ ASSASSI É. et VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁹⁰⁸ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 4 mai 2016.

¹⁹⁰⁹ HOLLANDE F., 15 juillet 2016, Discours télévisé.

¹⁹¹⁰ Projet de loi, 10 décembre 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

¹⁹¹¹ CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁹¹² Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

seront simplement « utiles » pour maintenir l'ordre durant un événement sportif¹⁹¹³. De manière plus surprenante encore, il est préféré de proroger l'état d'urgence plutôt que d'annuler un événement sportif majorant le risque terroriste, pour des raisons tenant du « signal » envoyé au français et aux terroristes¹⁹¹⁴. Faut-il en déduire qu'en France, la démonstration de la condition d'*ultima ratio* relève plus de la communication que d'un véritable impératif juridique ? C'est en tout cas ce que laisse entendre la décision *Rolin et Boisverts* du Conseil d'État¹⁹¹⁵, qui entérine une absence d'obligation pour le décret de déclaration de l'état d'urgence de démontrer que cette condition est satisfaite¹⁹¹⁶. Il reste à voir si cette condition de nécessité renforcée, qui irrigue l'action de l'État pendant la crise sanitaire, pèsera aussi sur les prochaines applications de l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955.

509. En Espagne, la condition de dernier recours juridique prend en importance avec le passage à la démocratie. Le Gouvernement franquiste en avait une compréhension minimaliste. Selon celle-ci, il suffit que les autorités fassent usage des outils prévus par le droit pour que la condition de proportionnalité soit remplie¹⁹¹⁷. Au contraire, cette condition devient première dans le système démocratique espagnol. La déclaration de l'état d'alerte pour juguler la crise des contrôleurs aériens n'est légalement justifiée que du fait de l'échec de toutes les autres tentatives de mettre fin à la crise¹⁹¹⁸. Dans un même mouvement, les mesures contenues dans la demande de prorogation ne représenteraient que le « minimum nécessaire » pour rétablir le contrôle aérien¹⁹¹⁹. Lors de la crise sanitaire, la déclaration de l'état d'alerte est la seule option pour assurer la distanciation sociale¹⁹²⁰ et n'y a pas d'alternative juridique pour limiter la liberté de circulation¹⁹²¹. Assez logiquement, il n'est au contraire pas nécessaire d'envisager

¹⁹¹³ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 4 mai 2016.

¹⁹¹⁴ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁹¹⁵ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin et Boisverts*, n° 286835, Rec.

¹⁹¹⁶ Au vu du pouvoir d'appréciation étendu du Président de la République pour déclarer l'état d'urgence, l'argument selon lequel le principe de proportionnalité n'aurait pas été respecté du fait que l'autorité de police n'a pas épuisé l'ensemble des moyens à sa disposition n'est pas de nature à créer un doute sérieux sur la légalité du décret de déclaration (cf. *infra*, n° 692 et s.).

¹⁹¹⁷ Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, BOE, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175.

¹⁹¹⁸ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

¹⁹¹⁹ JÁUREGUI ATONDO R., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁹²⁰ SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

¹⁹²¹ Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020.

l'application des autres dispositifs de l'article 116, plus dérogatoires, pour satisfaire la condition d'*ultima ratio*.

510. Les assemblées parlementaires remettent régulièrement en cause la réalité du caractère nécessaire de la mise en œuvre des états d'urgence au regard des potentialités du droit ordinaire, et ce, tant en France qu'en Espagne.

510.1. Les parlementaires français reprochent souvent au Gouvernement de ne pas chercher d'abord la réponse dans le droit ordinaire, ou de ne pas y revenir à temps. En 1955, le droit commun suffirait pour assurer la défense du territoire algérien¹⁹²². En 1958, Léo Hamon se méfie de cette volonté des gouvernants de se faire remettre de nouveaux pouvoirs juridiques sans même « s'être demandé ce qu'ils pourraient tirer des textes existants »¹⁹²³. En 2005, Jean-Marc Ayrault met en doute la nécessité des mesures de l'état d'urgence, parce que le droit ordinaire est parfois « aussi efficace » que le droit d'exception, notamment en ce qu'il permet aux maires d'instaurer des couvre-feux dans leurs communes¹⁹²⁴. Il en est de même en 2016, où le droit commun est tenu comme déjà « suffisamment performant »¹⁹²⁵. En 2020, certains parlementaires fustigent l'idée d'un texte de transition, au regard de la préexistence dans le droit de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique, qui peut être mobilisé en cas de recrudescence de l'épidémie¹⁹²⁶.

510.2. En Espagne, des critiques similaires sont entendues lors de l'application de l'état d'alerte face à la crise des contrôleurs aériens. Le Gouvernement n'ayant pas fait l'effort de trouver une autre solution au conflit, il n'a pas épuisé les alternatives à la déclaration de l'état d'alerte¹⁹²⁷. Il s'agirait ainsi d'une utilisation par défaut, que l'incompétence du Gouvernement pour trouver des solutions ne justifie pas¹⁹²⁸. C'est une critique entendue de nouveau en 2017 à propos de l'article 155 auquel une condition analogue est reconnue¹⁹²⁹. Par contre, l'application sanitaire de l'état d'alerte ne fait pas l'objet de telles critiques, ce qui

¹⁹²² CHAMPEIX M., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁹²³ HAMON L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁹²⁴ AYRAULT J.-M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁹²⁵ CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁹²⁶ ROUSSEL F. et Michel Castellani, JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

¹⁹²⁷ SÁENZ DE SANTAMARÍA ANTÓN M. S., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁹²⁸ RIDAO I MARTÍN J., Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

¹⁹²⁹ Le recours à l'article 155 serait inconstitutionnel dès lors que la subsistance d'une possibilité de dialogue interdit de considérer comme satisfaite la condition d'*ultima ratio* (RIVERO SEGALÀS M., Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45).

s'explique par l'absence d'alternative viable à ce dispositif pour faire face à une crise sanitaire dans le droit positif espagnol.

b – L'argument tiré du bilan observable ou hypothétique de la mise en œuvre

511. Une dernière famille d'arguments visant à établir la nécessité des états d'urgence consiste à faire état du bilan – positif – de leur application. Si elle existe aussi au moment de la déclaration, sur des bases historiques ou hypothétiques, cette pratique majoritairement française prend son sens au moment de la prorogation. Elle permet, selon une gradation décroissante, d'établir la nécessité de la prorogation, de suggérer son caractère opportun ou, sans s'y opposer formellement, d'émettre une réserve quant à la nécessité de son maintien.

511.1. Classiquement, les assertions visent à justifier le maintien d'un état d'urgence au regard de l'efficacité avérée de son application. En 2005, le bon bilan de l'état d'urgence sécuritaire justifie, pour le rapporteur de l'Assemblée nationale, le choix de le maintenir en vigueur¹⁹³⁰. Lors des prorogations de l'état d'urgence décidé en réaction aux attentats de Paris, il est relevé que l'action menée « porte ses fruits »¹⁹³¹, ou qu'elle a montré, jusqu'alors, une « grande et profonde utilité »¹⁹³². En Espagne, l'état d'alerte de 2010 doit être prorogé parce qu'il a été efficace pour rétablir le service public aérien¹⁹³³ et, en 2020, parce qu'il a une efficacité prouvée pour lutter contre la pandémie¹⁹³⁴.

511.2. Certains acteurs sont plus prudents dans leurs formulations, en se contentant de faire état d'une efficacité relative, suggérée par les résultats ou simplement probable. C'est notamment le cas lors de l'application de l'état d'urgence sécuritaire en 2005, lorsque le ministre de l'intérieur remarque une diminution significative des violences sur sa période d'application¹⁹³⁵ ou lorsque le rapport sénatorial constate une décrue des violences concomitante à l'état d'urgence, sans pour autant savoir s'il s'agit d'une « conséquence directe ou non de l'état d'urgence »¹⁹³⁶.

¹⁹³⁰ HOUILLON PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁹³¹ ZUMKELLER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁹³² COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁹³³ Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, BOE, Núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, p. 104354.

¹⁹³⁴ ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

¹⁹³⁵ SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

¹⁹³⁶ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

511.3. De manière plus surprenante, certains parlementaires et membres de l'exécutif reconnaissent une efficacité très limitée, voire inexistante à l'état d'urgence mis en place, mais considèrent tout de même qu'il faut le proroger. C'est notamment le cas lors de l'application antiterroriste de l'état d'urgence sécuritaire, où deux parlementaires considèrent qu'il ne faut pas « surestimer la portée » de ce « complément » au droit commun, de cette ressource « limitée », mais en votent tout de même la prorogation¹⁹³⁷.

512. Les véritables contradictions s'observent lorsque les acteurs sortent de la seule thématique de l'efficacité du bilan face à la menace, en appréciant l'importance à donner aux indicateurs chiffrés ou le sens à donner au constat de la modération dans l'utilisation des mesures. Ainsi, la reconnaissance d'un bilan positif de l'état d'urgence peut se faire en dépit d'un mauvais bilan chiffré. Pour le ministre de l'intérieur de 1955, l'état d'urgence n'a pas permis de juguler le terrorisme, mais à beaucoup de retombées positives pour les intérêts de l'État¹⁹³⁸. De manière encore plus paradoxale, le ministre de l'intérieur de 2016 considère les chiffres comme significatifs quand il s'agit du nombre d'attentats déjoués¹⁹³⁹, mais comme peu importants au regard d'une efficacité allant « bien au-delà du bilan chiffré »¹⁹⁴⁰. Par ailleurs, lors des applications de l'état d'urgence sécuritaire français, sont tour à tour salués la modération dont on fait preuve les autorités dans l'utilisation des mesures¹⁹⁴¹, la vitesse avec laquelle elles se sont précipitées sur les mesures ouvertes par l'état d'urgence¹⁹⁴² ou le maintien d'un niveau élevé d'utilité de mesures malgré un emploi beaucoup moins fréquent¹⁹⁴³.

513. De manière encore plus problématique, l'irréductible incertitude qui entoure la mise en œuvre des états d'urgence est exploitée avec une surprenante créativité dans la présentation de bilans fictifs et hypothétiques. Il ne peut sérieusement être reproché aux autorités d'imaginer les conséquences négatives d'une absence de déclaration de l'état d'urgence. Ainsi, en 1958, ne pas avoir recours à l'état d'urgence compromettrait l'ordre public à court terme¹⁹⁴⁴ et

¹⁹³⁷ LARRIVÉ GU., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 ; CAPO-CANELLAS V., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹⁹³⁸ BOURGÈS-MAUNOURY M., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁹³⁹ Le ministre de l'intérieur relève que « depuis 2013, pas moins de 12 attentats ont été déjoués, dont sept depuis janvier 2015 » (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

¹⁹⁴⁰ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁹⁴¹ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

¹⁹⁴² Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

¹⁹⁴³ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017.

¹⁹⁴⁴ FAURE M., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

provoquerait un chaos général¹⁹⁴⁵ et en 2015, les conséquences potentielles d'un non-recours à l'état d'urgence justifient directement le texte adopté¹⁹⁴⁶. Cependant, lorsqu'un tel argument est employé au moment de la prorogation, il ne peut être sérieusement considéré. C'est notamment le cas en 2017, lorsque le ministre de l'intérieur français invite « ceux qui doutent » à « imaginer un seul instant que l'état d'urgence n'ait pas été en vigueur ces derniers mois » et la catastrophe qui en résulterait¹⁹⁴⁷ ou par un député espagnol qui, en juin 2020, enjoint l'assemblée à imaginer ce qui se serait passé sans l'état d'alerte¹⁹⁴⁸.

514. Cette utilisation massive des bilans – réels ou fictifs – de l'application des états d'urgence pour justifier sa prorogation provoque de nombreuses réactions sur les bancs des assemblées, particulièrement en France. La légitimité de l'utilisation du bilan d'efficacité pour décider de la mise en œuvre ou de la prorogation est défendue par la majorité des interprètes authentiques. Ce procédé serait nécessaire à la prise de la décision de proroger ou non les états d'urgence¹⁹⁴⁹. Il s'agirait, en outre, d'un moyen privilégié pour l'exercice du contrôle opéré par le Conseil d'État¹⁹⁵⁰.

515. Si peu de parlementaires remettent en cause le principe de leur utilisation, ils remettent fréquemment en cause leur contenu, le sens ou les conséquences devant être tirés des bilans dressés par l'exécutif. En 1985, le bilan de l'état d'urgence sécuritaire pèse trop lourd sur les libertés, la vie sociale et la vie économique pour justifier de le proroger¹⁹⁵¹. Entre 2015 et 2016, l'utilisation trop limitée de ses mesures par les autorités administratives¹⁹⁵², son inefficacité¹⁹⁵³, son incapacité à prévenir les attentats¹⁹⁵⁴ ou à arrêter les terroristes¹⁹⁵⁵, ainsi que plus généralement, son bilan « négligeable »¹⁹⁵⁶, ne justifient pas son maintien. Ce mauvais bilan est ponctuellement reconnu par l'exécutif, et notamment par Jean-Jacques Urvoas, qui

¹⁹⁴⁵ PINTON A., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

¹⁹⁴⁶ SUEUR J.-P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

¹⁹⁴⁷ COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

¹⁹⁴⁸ Asens Llodrà, Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25.

¹⁹⁴⁹ ZUMKELLER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

¹⁹⁵⁰ Le Conseil d'État voit dans la pratique des bilans un véritable intérêt pour l'aider à exercer son contrôle. C'est, par exemple, principalement en appréciant l'efficacité des mesures déjà engagées qu'il peut déterminer si le Président de la République a commis une atteinte grave et manifestement illégale en ne mettant pas fin à l'état d'urgence (V. not. CE, réf., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec., cons. 8).

¹⁹⁵¹ Rap. Sénat n° 193, 24 janvier 1985.

¹⁹⁵² MERCIER M., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹⁹⁵³ DUMONT Y., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

¹⁹⁵⁴ ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

¹⁹⁵⁵ ASSASSI É. relate que François Hollande constatait, en décembre 2015, qu'« on ne peut pas dire qu'on a arrêté des terroristes, ce n'est pas vrai ». ASSASSI É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

¹⁹⁵⁶ MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

admet, dans une formule souvent citée en son temps, que « l'essentiel de l'intérêt de ce que l'on pouvait attendre des mesures dérogatoires semble à présent derrière nous »¹⁹⁵⁷.

516. Les critiques portent, plus fondamentalement, sur la fiabilité de tels bilans. Les parlementaires relèvent l'insuffisance des moyens à leur disposition et à celle de l'exécutif pour dresser de tels bilans¹⁹⁵⁸, ce qui leur donne, de fait, une dimension hautement spéculative¹⁹⁵⁹. Avec plus de vigueur encore, ils dénoncent les raisonnements fallacieux employés par l'exécutif pour justifier les prorogations sur la base du bilan des états d'urgence. En 1955, un membre du Conseil de la République met en exergue qu'il est contradictoire de vouloir proroger l'état d'urgence s'il s'agit, comme l'affirme le Gouvernement, d'un instrument efficace¹⁹⁶⁰. En 2016, un député dénonce l'absence de logique du discours justifiant le maintien d'un état d'urgence vidé de son intensité¹⁹⁶¹. Enfin, en 2017, un député dénonce le syllogisme dangereux employé par l'exécutif, qui permet de justifier, indépendamment de son bilan, de l'efficacité de l'état d'urgence¹⁹⁶².

517. Conclusion du chapitre. Faisant face à des périls nouveaux pour l'ordre public et pour la santé, les autorités françaises et espagnoles ont, à travers des décisions parfois décriées, fait évoluer le droit positif par la création de nouveaux dispositifs, par la modification de l'arsenal existant ou simplement, par l'interprétation constructive des dispositions prévoyant les situations de fait, de droit et la nécessité que doit revêtir la mise en mouvement d'un état d'urgence. Comme l'analyse l'a révélé, ni la pérennité ni les incertitudes quant à la réalisation des menaces terroristes ou du risque sanitaire n'ont, en pratique, été des obstacles déterminants

¹⁹⁵⁷ Cité par MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

¹⁹⁵⁸ Un député français regrette amèrement que la commission des lois ne dispose que de « quelques pages avec des statistiques ». Il aurait notamment préféré disposé du regard éclairé d'universitaires (BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017).

¹⁹⁵⁹ BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 : « Personne ne peut dire que sous l'état d'urgence, il n'y aura aucun acte terroriste. De même, personne ne peut dire que sans état d'urgence, il y aura des tonnes d'actes terroristes ».

¹⁹⁶⁰ GAY É., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955 : « Ou bien l'état d'urgence est une arme suffisante et l'on comprend mal qu'il faille encore, à partir d'octobre, la laisser à la disposition du Gouvernement ; ou bien toutes les procédures expéditives, tous les moyens exceptionnels qu'elle implique se révèlent insuffisants à mettre un terme à la crise que traverse l'Algérie et alors c'est vers d'autres solutions qu'il faudrait nous tourner ».

¹⁹⁶¹ En substance, soit il est efficace et il faut le voter avec l'ensemble des pouvoirs qu'il permet ; soit il ne l'est pas – ou plus – et l'on peut se questionner sur l'intérêt d'en demander la prorogation (LELLOUCHE P., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

¹⁹⁶² BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017 : « S'il n'y a pas d'attentat, c'est grâce à l'état d'urgence, donc il faut le proroger. Et s'il y a un attentat, alors il faut renforcer l'état d'urgence pour éviter qu'il y en ait d'autres ».

à un recours appuyé et continu à des états d'urgence qui occupent, de fait, une place de plus en plus déterminante. En outre, si les conditions inhérentes à la nécessité de l'action juridique d'exception menée ont vu leur consécration explicite dans les textes substantiellement renforcée et leurs modalités d'appréciation, précisées par la jurisprudence, le caractère hautement constructif de leurs interprétations concrètes, dont les faiblesses argumentatives et logiques, comme le delta avec la lettre du texte ressortent explicitement de l'analyse, constituent autant de limites au constat d'une rationalité croissante des états d'urgence.

CHAPITRE II – DE LA PROCÉDURE AUX MESURES D'APPLICATION

« Dans une pièce ou un roman, un mot inapproprié n'est jamais qu'un mot (...) Dans le corps des lois, en particulier les lois que l'on prétend fondamentales et constitutionnelles, un mot inapproprié peut être une calamité nationale, la guerre civile peut en résulter ».

BENTHAM J., « Le droit enfant de la loi », *in* BINOCHÉ B., CLÉRO J.-P. (dir.), *Bentham contre les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige Manuels », 2007, p. 23.

518. Si les termes employés pour guider la qualification de la situation de fait et l'appréciation de la nécessité qu'elle fait naître paraissent devoir admettre une irréductible indétermination, afin d'assurer l'efficacité des états d'urgence, les conditions de forme et de procédure ne sauraient, sous peine de leur retirer toute vertu dans un État de droit, se caractériser par une lettre lâche et imprécise. Par les opérations de déclaration, de prorogation et d'extinction des états d'urgence, les autorités habilitées par le droit, classiquement l'exécutif et le Parlement, décident de la durée, mais aussi l'ampleur spatiale d'application et des pouvoirs susceptibles de recevoir application sous l'état d'urgence. Les modalités d'adoption de ces actes juridiques sont prévues par le droit. Pour autant, la rédaction parfois maladroite des textes, qu'exploitent de manière intéressée leurs interprètes authentiques, limite l'effet utile de ces garanties pourtant essentielles (**SECTION I**). Les mesures exceptionnelles ouvertes par sa mobilisation, tout comme leur mise en œuvre effective, rapprochent les états d'urgence français et espagnols du modèle de l'état d'exception, l'éloignant d'autant de celui de l'état exceptionnel. L'intensité dérogatoire élevée des mesures consacrées, la latitude d'action laissée par les notions indéterminées du texte et les interprétations constructives dont elles font effectivement l'objet en pratique, sans remettre formellement en cause le principe d'une définition préalable de toutes les compétences exceptionnelles qui pourront être exercées par les acteurs habilités, en limitent considérablement l'effet (**SECTION II**).

SECTION I – LA MOBILISATION DES ÉTATS D’URGENCE

519. « La forme, c’est le fond »¹⁹⁶³. L’importance que revêtent les conditions formelles et les procédures dans l’acceptabilité des états d’urgence illustre à la perfection cet adage. Les modalités de prévision juridique des conditions qui devront être respectées par les opérations de déclaration, d’application, de prorogation et de cessation des états d’urgence constituent, du moins en théorie, des garanties substantielles contre l’usage dévoyé de ces dispositifs, que l’indéfinition sémantique des conditions factuelles de la mobilisation des états d’urgence tend au contraire à faciliter. Faut-il encore que leur consécration effective dans le droit positif soit à la hauteur de ces enjeux. Si, en la matière, le droit d’exception espagnol multiplie les initiatives pour mettre en place des garanties effectives, les garanties formelles et procédurales françaises s’avèrent insuffisantes (A). Moments critiques du déploiement d’un état d’urgence, la circonscription spatiale et temporelle de son application est pourtant laissée, en grande partie, à la discrétionnarité des autorités habilitées. Les règles partielles et permissives qui l’encadrent ne sauraient, à elles seules, rendre effectives les logiques de localité et de ponctualité qui sont pourtant au fondement même de l’état d’urgence (B).

A – LES ASPECTS PROCÉDURAUX DE LA MOBILISATION

520. La déclaration, la prorogation et la cessation des états d’urgence contemporains répondent à des modalités qui varient substantiellement entre les différents régimes et, au niveau macroscopique, entre les deux systèmes juridiques étudiés. À ce titre, alors qu’en Espagne, la déclaration d’un état d’urgence est enfermée dans des garde-fous dont le nombre et l’intensité sont directement proportionnels à sa puissance dérogatoire, le modèle français, plus asystématique, n’oppose pas à l’anormalité des prévisions d’un état d’urgence un poids croissant du Parlement dans la procédure de déclaration (§1). En ce qui concerne les modalités de prorogation et de cessation des états d’urgence, le contraste est aujourd’hui moins marqué que par le passé entre la France et l’Espagne. Les spécificités des différents régimes constituent néanmoins un terreau de réflexion fertile (§2).

¹⁹⁶³ HUGO V., « Utilité du beau », Proses philosophiques de 1860-65.

§1 – La déclaration des états d’urgence

521. Si la déclaration des états d’urgence contemporains se caractérise par une prédominance absolue de l’exécutif sur les autres autorités, un tel constat ne doit pas occulter les différences subtiles, mais non moins significatives, qu’offrent les différents régimes dans la répartition des compétences entre les autorités constitutionnelles (a). Les exigences de forme et de procédure qui pèsent sur l’opération de déclaration jouent, en outre, un rôle essentiel pour garantir aux contre-pouvoirs une visibilité suffisante et, par extension, un contrôle effectif sur la mobilisation de l’état d’urgence par l’exécutif de crise (b).

a – Les organes habilités à déclarer les états d’urgence

522. En France, l’état d’urgence sécuritaire et l’état de siège ont connu une évolution analogue des autorités de leur déclaration, avec un déplacement des pouvoirs des parlementaires vers l’exécutif. Cette évolution a brouillé l’intéressante hiérarchie des pouvoirs du régime de l’état d’urgence sécuritaire, matérialisée par la distinction entre l’acte de déclaration et l’acte d’application.

522.1. Dans leurs versions originelles, les états de siège et d’urgence ne pouvaient être déclarés que par la loi¹⁹⁶⁴. Cette mention paraît attribuer, dans son principe, la déclaration de ces régimes d’exception au seul organe législatif. Cette intuition est confirmée par les faits, d’une part, que l’exception du projet de loi relatif à l’état d’urgence, qui permettait à l’exécutif de le déclarer, n’a pas été retenue dans le texte voté le 3 avril 1955¹⁹⁶⁵ et, d’autre part, que les exceptions prévues par le régime de l’état de siège ne peuvent être exercées que sous le contrôle immédiat du Parlement¹⁹⁶⁶. Cependant, comme se sont chargées de le démontrer, par leur

¹⁹⁶⁴ Art. 2, L. n° 55-385, 3 avril 1955, relative à l’état d’urgence ; Art. 1, L. 3 avril 1878, relative à l’état de siège.

¹⁹⁶⁵ Le projet gouvernemental prévoyait une exception à ce principe, sous la forme d’une possibilité de déclaration par décret en Conseil des ministres en dehors des sessions parlementaires avec réunion de plein droit des Chambres dans les deux jours, qui fut écartée par le législateur (**DRAGO R.**, « L’état d’urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 676).

¹⁹⁶⁶ En vertu de la loi du 3 avril 1878, le Président de la République peut déclarer l’état de siège, en cas d’ajournement des chambres, sur avis du Conseil des ministres et avec réunion de plein droit des deux chambres deux jours après (article 2), ou en cas de dissolution de la Chambre des députés, en cas de guerre étrangère et uniquement sur les territoires menacés par l’ennemi et avec obligation de convoquer les collèges électoraux et de réunir les chambres dans les plus brefs délais (article 3). Il peut être déclaré par le gouverneur d’Algérie, à la condition que les communications soient interrompues avec la métropole (article 4). En outre, cette loi maintient explicitement en vigueur les articles 4 et 5 de la loi du 9 août 1849, qui prévoient, respectivement, l’hypothèse d’une déclaration par le gouverneur d’une colonie sur le territoire de celle-ci et l’hypothèse d’une déclaration par le commandant militaire, dans les places de guerre et postes militaires.

fréquence et la variété de leurs fondements, les prorogations législatives de l'état d'urgence sécuritaire par le seul exécutif¹⁹⁶⁷, mentionner « la loi » n'équivaut aucunement à mentionner « le Parlement ».

522.2. La compétence de déclarer ces deux régimes d'exception a ensuite été explicitement transférée aux autorités exécutives, par l'article 36 de la Constitution de 1958 pour l'état de siège¹⁹⁶⁸ et par l'article 1^{er} de l'ordonnance du 15 avril 1960¹⁹⁶⁹ pour l'état d'urgence sécuritaire. Depuis cette date, la déclaration de l'état d'urgence est décrétée par le Conseil des ministres en métropole et par des autorités spécifiques outre-mer¹⁹⁷⁰. Ce changement du régime de l'état d'urgence, pris dans le contexte particulier de la guerre d'Algérie, fait coup double, en excluant à la fois les militaires et le Parlement de la maîtrise de sa déclaration. Pris moins de deux ans après la modification de l'autorité de déclenchement de l'état de siège lors du passage à la V^e République, il a aussi pour effet d'apporter de la cohérence dans les rédactions de ces deux régimes d'exception.

522.3. Si les parlementaires ont peu fait état de ce changement radical du régime de l'état d'urgence, la doctrine n'a pas retenu ses critiques. Selon Olivier Beaud, par cette ordonnance, le général de Gaulle se serait en réalité « auto-attribué » la compétence de déclarer l'état d'urgence¹⁹⁷¹ et pour Pierre Avril, plus cinglant, elle illustrerait à la perfection « la tendance dès le début de l'insurrection algérienne à abandonner à la discrétion – à l'arbitraire – du pouvoir l'aménagement des libertés publiques »¹⁹⁷². En outre, sans relever juridiquement de la catégorie des compétences propres du Président de la République – formellement, le Président de la République ne fait que contresigner l'acte en vertu de l'article 13 –, le décret de déclaration de l'état d'urgence est un décret présidentiel, qui relève de sa compétence

¹⁹⁶⁷ Cf. *infra*, n° 534.

¹⁹⁶⁸ Art. 36, C1958. V. aussi, depuis la codification, art. L. 2121, C. défense.

¹⁹⁶⁹ Ord. n° 60-372, modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence ; Il s'agit d'une ordonnance au sens de l'article 38, dont on peut discuter la valeur juridique (V. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 79-80).

¹⁹⁷⁰ Dans les territoires d'outre-mer, la déclaration est le fait d'autorités spécifiques. Ainsi, la déclaration en Nouvelle-Calédonie de 1985 a été effectuée par le délégué du Gouvernement, après consultation du Premier ministre (**FABIUS L.**, discours du 12 janvier 1985); La déclaration à Wallis et Futuna a été opérée par l'administrateur supérieur, chef de ce territoire (A. de l'administration supérieure de Wallis et Futuna n° 117, 29 octobre 1986, proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire des îles Wallis et Futuna); En Polynésie française, conformément à ce qu'énonce le Conseil d'État, le haut-commissaire de la République en Polynésie française est seul compétent pour déclarer l'état d'urgence (CE, (ord.), 22 novembre 2005, n° 287277, Inédit au Recueil ; CE, 10^e/9^e sous-sect., 3 avril 2006, n° 287273, Inédit au Recueil).

¹⁹⁷¹ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁹⁷² **AVRIL P.,** *Le Régime politique de la Ve République*, Paris, LGDJ, 1979, p. 34, cité par **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 77.

« exclusive »¹⁹⁷³. C'est donc à juste titre que la doctrine considère que cette révision a rendu le régime de l'état d'urgence beaucoup moins protecteur qu'à ses origines¹⁹⁷⁴, au nom de l'efficacité. Même en acceptant de déshabiller le Parlement de cette compétence, peut-être aurait-il été plus logique, comme l'a proposé Denis Baranger¹⁹⁷⁵, de transférer le pouvoir de déclaration de l'état d'urgence au Premier ministre, responsable devant l'Assemblée nationale, en raison de l'irresponsabilité politique du Président de la République.

523. Une fois déclaré, l'état d'urgence sécuritaire français est le seul à nécessiter une étape supplémentaire et distincte d'application. Souvent concomitante à la déclaration dans la pratique contemporaine, elle apporte une complexité particulière à son régime, qui ne se justifie plus aujourd'hui par une hiérarchie entre les organes.

523.1. À l'origine, cette distinction était manifeste : la déclaration relevait de la loi¹⁹⁷⁶ et l'application, du décret. Mais depuis l'ordonnance du 15 avril 1960, qui transféra la prérogative de déclarer l'état d'urgence du Parlement vers le l'exécutif, il ne reste qu'un reliquat de cette distinction, qui se situe dans la forme des décrets. Le premier, le décret de déclaration, est un décret présidentiel pris en Conseil des ministres, et le second, le décret d'application, est un décret simple relevant de la compétence de droit commun du Premier ministre¹⁹⁷⁷.

523.2. Ce transfert de la compétence de déclenchement à l'exécutif a donc eu pour conséquence de brouiller la « hiérarchie » qui existait dans le dispositif originel : au Parlement de prévoir l'intervention des autorités administratives, à ces dernières de délimiter de manière plus précise l'application territoriale et les mesures complémentaires qui seront appliquées¹⁹⁷⁸. L'inquiétude des parlementaires de 1955, qui craignaient que le gouvernement dispose de pouvoirs trop étendus dans l'application spatiale et temporelle de l'état d'urgence¹⁹⁷⁹ est, depuis l'intervention de cette ordonnance, pleinement réalisée. Le Parlement n'est plus au centre de l'édifice institutionnel de l'état d'urgence¹⁹⁸⁰.

¹⁹⁷³ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *id.*, p. 78.

¹⁹⁷⁴ **LEBRETON G.,** « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 84.

¹⁹⁷⁵ **BARANGER D.,** « L'état d'urgence dans la durée », art. cit., p. 447 et s.

¹⁹⁷⁶ Selon le dispositif de 1955, il revient à la loi de déterminer les circonscriptions territoriales dans lesquelles l'état d'urgence entre en vigueur (article 2) et de fixer sa durée (article 3). Depuis 1960, c'est au décret pris en Conseil des ministres que revient cette tâche.

¹⁹⁷⁷ CE, ass, 27 avril 1962, *Sicard et autres*, rec., p. 279.

¹⁹⁷⁸ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 675.

¹⁹⁷⁹ V. à ce propos **SCHWARTZ R.**, rapporteur de la commission de l'intérieur. Conseil de la République, séance du 3 avril 1955.

¹⁹⁸⁰ Il l'était à l'origine, comme en témoignent son pouvoir de déclaration ou les hypothèses de caducité le concernant (V. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 39).

524. Comme l'état d'urgence sécuritaire, l'état d'urgence sanitaire est déclaré en Conseil des ministres¹⁹⁸¹ et est donc, comme son aïeul, laissé, dans les faits, à l'initiative du seul Président de la République. Le régime de l'état d'urgence sanitaire impose néanmoins, du fait de sa nature sanitaire, un rapport préalable du ministre chargé de la santé¹⁹⁸².

525. De manière analogue aux états d'urgence français, l'état d'alerte est déclaré par le gouvernement sous la forme d'un décret pris en Conseil des ministres¹⁹⁸³. Dans le cas particulier où le péril affecte exclusivement tout ou partie du territoire d'une communauté autonome, le Président de celle-ci peut demander au gouvernement de la communauté de déclarer ce régime d'exception¹⁹⁸⁴. Le Congrès des députés est impliqué – l'article 97 du règlement du Congrès prévoit que le gouvernement lui rend immédiatement compte de la déclaration –, mais il ne dispose d'aucun pouvoir dans le processus de déclaration de l'état d'alerte. Ce processus rappelle directement celui de l'état d'exception franquiste, qui était déclaré par un décret-loi pris par Franco¹⁹⁸⁵, sur proposition du Conseil des ministres en 1962¹⁹⁸⁶ et après accord du Conseil des ministres dans les décrets-lois postérieurs¹⁹⁸⁷.

526. Si la proximité entre les modalités de déclaration de l'état d'urgence sanitaire et celle de l'état d'alerte paraît cohérente, il faut s'étonner que l'état d'urgence sécuritaire, dont la puissance dérogatoire n'est plus à démontrer, ne soit pas astreint à des modalités de déclaration plus strictes, similaires à l'état d'exception espagnol ou encore, au classique état de défense allemand¹⁹⁸⁸. Pour ce dernier, il est en effet prévu que le décret-royal de déclaration ne puisse intervenir qu'après autorisation préalable du Congrès des députés¹⁹⁸⁹. Les députés sont cependant pleinement impliqués dans la déclaration de l'état de siège : elle s'effectue à la majorité absolue du Congrès des députés, sur proposition exclusive du gouvernement¹⁹⁹⁰. Une

¹⁹⁸¹ V. par ex. D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire ; D. n° 2022-107, 2 février 2022, déclarant l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie.

¹⁹⁸² Art. L. 3131-13, CSP.

¹⁹⁸³ Art. 116.2 CE et Art. 6, LOAES.

¹⁹⁸⁴ Art. 5, LOAES.

¹⁹⁸⁵ Art. 25, LOP 45/1959.

¹⁹⁸⁶ V. par ex. Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales, BOE, núm. 108, de 5 de mayo de 1962, p. 5989.

¹⁹⁸⁷ V. par ex. Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, BOE, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175.

¹⁹⁸⁸ V. spéc. Articles 115 a à 115 l de la loi fondamentale du 23 mai 1949, issus de la révision du 24 juin 1968 ; Ce parallèle est notamment fait par **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 84.

¹⁹⁸⁹ La demande d'autorisation adressée au Congrès des députés a un contenu strictement prédéterminé. Le Congrès engage un débat sur cette demande, pouvant aboutir à son approbation en l'état ou à l'introduction de modification (art.13, LOAES). Ce n'est qu'une fois cette autorisation obtenue que le gouvernement peut déclarer l'état d'exception, par un décret reprenant le contenu autorisé par le Congrès des députés (art. 14, LOAES).

¹⁹⁹⁰ Art. 116.4 CE et art. 32, LOAES.

place analogue est occupée par le Sénat dans le cadre de la procédure d'application de l'article 155¹⁹⁹¹.

b – Les garanties formelles et substantielles de la déclaration

527. S'il est possible de faire état de certaines récurrences, les régimes des états d'urgence font peser des exigences spécifiques quant aux actes et procédures devant être respectés lors de la déclaration. Ces prévisions, qui ne seront abordées ici que sous le seul angle formel, portent sur le champ spatial et temporel de la mise en œuvre¹⁹⁹², sur les pouvoirs conférés aux autorités habilitées¹⁹⁹³, ainsi que sur les obligations de réunion, d'information des chambres et de publicité qui entourent les actes de déclaration et d'application¹⁹⁹⁴.

528. L'état d'urgence sécuritaire français a pour spécificité que la détermination de son champ et des modalités de sa mise en œuvre est partagée entre les actes juridiques de déclaration et d'application. Pour l'état d'urgence sanitaire, ainsi que, plus généralement, pour les autres régimes d'exception, ces opérations sont confondues en une seule.

528.1. Le décret de déclaration de l'état d'urgence sécuritaire détermine les circonscriptions territoriales dans lesquelles il entre en vigueur, pour une durée maximale de 12 jours. Cette opération relève d'un « pouvoir d'appréciation étendu » du Président de la République¹⁹⁹⁵. L'application de l'état d'urgence a ensuite pour finalité de préciser cette mobilisation spatiale en fixant, dans les limites de ces circonscriptions territoriales, les zones où l'état d'urgence recevra application.

528.2. Les conditions formelles de mise en œuvre territoriale de l'état d'urgence sanitaire et de l'état de siège, sans impliquer de distinction entre déclaration et application,

¹⁹⁹¹ La procédure est initiée par la demande préalable du gouvernement adressée au Président de la communauté autonome dissidente (V. *Requerimiento del Gobierno a la Generalitat de Catalunya al amparo del artículo 155 de la Constitución*, de 11 de octubre de 2017). Si le gouvernement n'est pas entendu – par un rejet implicite ou explicite (V. *Referencia del Consejo de Ministros*, de 21 de octubre de 2017), il doit requérir l'approbation du Sénat. Le recours est examiné par une commission sénatoriale, qui émet une proposition, votée à la majorité absolue par le Sénat (art. 189, Règlement du Sénat et art. 155.1, C1978). Les mesures sont, finalement, prises sous forme de décrets-royaux par le gouvernement, sur proposition du Président du gouvernement et après délibération du Conseil des ministres (V. par ex. *Real Decreto 942/2017*, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Catalunya en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del M. H. Sr. Presidente de la Generalitat de Catalunya, don Carles Puigdemont i Casamajó, BOE, núm. 261, de 28 de octubre de 2017, p. 103562 a 103563).

¹⁹⁹² Cf. *infra*, n° 543 et s.

¹⁹⁹³ Cf. *infra*, n° 566 et s.

¹⁹⁹⁴ Cf. *infra*, n° 674 et s.

¹⁹⁹⁵ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin et Boisverts*, n° 286835, Rec.

rappellent par leurs formulations celles de l'état d'urgence. Pour l'état d'urgence sanitaire, le décret de déclaration détermine la ou les circonscriptions territoriales dans lesquelles il entre en vigueur et reçoit application¹⁹⁹⁶. Une fois en vigueur sur certaines parties du territoire, sa déclaration dans de nouvelles circonscriptions doit s'effectuer dans les mêmes conditions¹⁹⁹⁷. Il revient aussi à ce décret de fixer la durée d'application de l'état d'urgence sanitaire, dans la limite d'un mois¹⁹⁹⁸. Contrairement à l'état de siège, au sujet duquel le code de la défense le prohibe explicitement¹⁹⁹⁹, l'état d'urgence sanitaire paraît pouvoir être appliqué simultanément et sur le même territoire que l'état d'urgence sécuritaire²⁰⁰⁰. Il ne peut, cependant, être appliqué concomitamment au régime transitoire prévu par la loi du 31 mai 2021²⁰⁰¹.

528.3. De manière analogue, les régimes espagnols font reposer la détermination du champ d'application sur l'acte de déclaration. Le décret-royal de déclaration de l'état d'alerte détermine son ampleur spatiale et temporelle²⁰⁰². Cette déclaration doit se faire sur tout ou partie du territoire national²⁰⁰³ et ne peut excéder 15 jours²⁰⁰⁴. L'acte déclarant l'état d'exception détermine l'étendue du territoire auquel il s'applique et sa durée, qui ne peut excéder trente jours²⁰⁰⁵. De même, c'est l'acte de déclaration de l'état de siège qui est tenu de fixer l'étendue territoriale et la durée de sa mise en œuvre²⁰⁰⁶.

529. La déclaration de l'état d'urgence sanitaire ou de l'état d'alerte entraîne simplement la possibilité de mobiliser ultérieurement l'ensemble des mesures prévues par leur régime respectif. Les autres états d'urgence sont eux soumis, au moins partiellement, à une logique d'activation préalable. Le partage du processus de mise en œuvre de l'état d'urgence sécuritaire entre deux moments normatifs apporte, à l'image des spécificités de certains régimes

¹⁹⁹⁶ L. 3131-13, CSP.

¹⁹⁹⁷ L'article 2 de la loi du 9 juillet 2020 le précise explicitement. Cette mention, surprenante au premier abord – les articles L. 3131-12 et L. 3131-13 ne s'y opposaient en aucun cas – s'explique simplement par le fait que cette loi se nomme « sortie de l'état d'urgence sanitaire » et pourrait laisser à penser qu'elle en interdit toute déclaration de celui-ci sur la période à venir.

¹⁹⁹⁸ Cela peut être déduit de l'article L. 3131-14, qui prévoit qu'au-delà d'un délai d'un mois, seule la loi peut proroger l'état d'urgence sanitaire.

¹⁹⁹⁹ Art. L. 2131-1, C. défense.

²⁰⁰⁰ Omission du législateur ou choix délibéré pour faire face à la survenue d'un attentat terroriste durant la crise du coronavirus, l'état d'urgence sanitaire n'est, en l'absence de mention explicite dans les textes étudiés, pas soumis à une telle limitation. Il est donc juridiquement possible d'appliquer simultanément l'état d'urgence de 1955 – y compris pour « calamité publique » – et l'état d'urgence sanitaire sur un même territoire, y compris, potentiellement, pour une même crise.

²⁰⁰¹ Art. 3, L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

²⁰⁰² Art. 6, LOAES.

²⁰⁰³ Art. 4, LOAES.

²⁰⁰⁴ Art. 116.2 CE et Art. 6, LOAES.

²⁰⁰⁵ Art. 116.3 CE.

²⁰⁰⁶ Art. 116.4 CE.

d'exception plus dérogatoires, une complexité particulière au moment de la détermination des droits qui seront suspendus et des mesures qui pourront être prises sous son empire.

529.1. Le décret pris en Conseil des ministres instaurant l'état d'urgence sécuritaire entraîne de plein droit l'application de certains de ces articles, notamment l'emblématique article 5²⁰⁰⁷. Il doit être fait explicitement mention de l'article 11,1^o pour mobiliser les pouvoirs qu'il prévoit²⁰⁰⁸. Les décrets d'application ne font ensuite que compléter ce processus d'application²⁰⁰⁹, en adoptant des mesures supplémentaires – notamment celles des articles 6 et 8 de la loi – et, le cas échéant, en déterminant la zone d'application de l'article 11,1^o²⁰¹⁰. Il est à noter que dans la pratique, l'article 12 est toujours en œuvre par des décrets d'applications distincts des décrets d'applications « généraux »²⁰¹¹. Selon la distinction proposée par Roland Drago²⁰¹², malheureusement perdue de vue par les commentateurs ultérieurs²⁰¹³, la déclaration met ainsi en œuvre un « état d'urgence simple », alors que son application peut mener à un « état d'urgence aggravé ». La nature juridique des mesures qui seront prises diffère donc selon l'acte qui les mobilise²⁰¹⁴.

529.2. Du fait de ce partage complexe, l'analyse permet d'identifier de nombreuses « anomalies juridiques » dans les actes de déclaration et d'application, allant de légères confusions à de véritables illégalités. La distinction de nature juridique entre les différentes catégories de mesures de l'état d'urgence est comprise de manière incohérente entre certaines décisions d'application²⁰¹⁵. De nombreux arrêtés pris outre-mer ne font pas directement référence aux articles déclenchés, en se contentant le plus souvent d'une simple référence générale à la loi de 1955 dans le visa²⁰¹⁶, alors même qu'ils prévoient des interdictions

²⁰⁰⁷ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin et Boisverts*, n° 286835, Rec. ; CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217.

²⁰⁰⁸ Cf. *infra*, n° 597 et s.

²⁰⁰⁹ V. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 23-24.

²⁰¹⁰ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin et Boisverts*, n° 286835, Rec.

²⁰¹¹ V. not. D. n° 55-449, 23 avril 1955, concernant l'état d'urgence en Algérie ; D. n° 58-490, 17 mai 1958, portant application de certaines dispositions de la loi instituant un état d'urgence.

²⁰¹² **DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 680.

²⁰¹³ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 27.

²⁰¹⁴ Selon Nicolas Sarkozy, alors ministre de l'intérieur, la nature juridique des mesures diffère selon qu'elles soient prises « sur le fondement du seul décret qui déclare l'état d'urgence » ou bien « sur le fondement combiné du décret précité et de celui qui détermine les zones » (Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387).

²⁰¹⁵ Alors que certains décrets d'applications laissent entendre que le régime de base n'est constitué que de l'article 5 (D. n° 2005-1387, 8 novembre 2005, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et D. n° 2015-1476, 14 novembre 2015, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955), d'autres y incluent les articles 9 et 10 (D. n° 2015-1494, 18 novembre 2015, portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955).

²⁰¹⁶ A. de l'administration supérieure de Wallis et Futuna n° 118, 29 octobre 1986, prévoyant en application de l'état d'urgence les mesures de police nécessaires au maintien de l'ordre public au territoire des îles Wallis et

particulièrement dérogatoires, si ce n'est générales et permanentes²⁰¹⁷. Enfin, un arrêté d'application commet une grosse irrégularité en appliquant l'article 11, alors même que le décret de déclaration ne l'a pas activé²⁰¹⁸. La doctrine propose comme explication l'inexpérience de l'administration locale dans la pratique de l'état d'urgence²⁰¹⁹.

529.3. Cette obligation d'activation préalable des pouvoirs mobilisés est accrue pour les autres dispositifs. La demande de déclaration de l'état d'exception espagnol adressée au Congrès des députés doit nécessairement mentionner les effets souhaités, les droits qui seront suspendus et le lien entre les moyens adoptés et les droits suspendus²⁰²⁰. Si le gouvernement souhaite adopter ultérieurement des mesures distinctes, il doit solliciter la modification du décret devant le Congrès des députés, selon la même procédure²⁰²¹. Cette obligation faite aux autorités de la déclaration de suspendre explicitement les droits et libertés constitutionnels atteints, qui existait déjà dans le régime de l'état d'exception franquiste²⁰²², se retrouve également pour l'état de siège²⁰²³ ou pour la mise en œuvre du mécanisme de coercition de l'État²⁰²⁴.

530. Alors qu'en Espagne, les actes de déclaration et d'application des états d'urgence sont soumis à des obligations de réunion du Parlement, d'information et de publicité renforcées, les dispositifs français s'avèrent beaucoup moins contraignants pour l'exécutif.

530.1. Les dispositifs de l'article 116 sont soumis à une obligation commune et contraignante de publicité. Leurs actes de déclaration doivent être immédiatement publiés dans le bulletin officiel de l'État, et être diffusés par tous les moyens de communication publics et par des moyens de communication privée déterminés²⁰²⁵. Leur entrée en vigueur est conditionnée à la satisfaction de cette obligation de publicité. Surtout, lorsque le Parlement n'est pas à l'origine, comme c'est le cas pour l'état d'alerte, des garanties visent à assurer qu'il

Futuna ; A. n° 85-035, 12 janvier 1985, proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la nouvelle Calédonie et dépendances.

²⁰¹⁷ A. n° 1215 CAB, 24 octobre 1987, portant application des mesures prises pour l'état d'urgence.

²⁰¹⁸ A. n° 85-035, 12 janvier 1985, proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la nouvelle Calédonie et dépendances.

²⁰¹⁹ V. **BEAUD O.**, « L'état d'urgence et l'État de droit », Conférence à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 28 novembre 2016.

²⁰²⁰ Art. 116.3 CE ; Art. 13, LOAES.

²⁰²¹ Art. 15, LOAES.

²⁰²² Art. 25, LOP 45/1959.

²⁰²³ La loi de déclaration de l'état de siège doit préciser les effets de la déclaration et les droits qui seront suspendus (art. 116.4, C1978).

²⁰²⁴ L'écrit présenté au Président du Sénat par le Gouvernement dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 155 prévoit de manière détaillée le contenu et l'ampleur des mesures proposées.

²⁰²⁵ Art. 2, LOAES.

soit informé sans délai des mesures prises. Ainsi, la déclaration de l'état d'alerte provoque – du moins en théorie²⁰²⁶ – la réunion « immédiate » du Congrès des députés, qui doit être informé de la déclaration et peut demander toute information au gouvernement²⁰²⁷.

530.2. *A contrario*, les dispositifs français sont dénués d'obligations de publicité renforcée et n'impliquent pas la réunion de plein droit du Parlement. Ils n'imposent pas non plus, ce qui paraît presque irréel, d'informer le Parlement de la déclaration ou de l'application d'un état d'urgence. S'il est évident qu'en pratique, un tel évènement n'échappe pas à la connaissance de l'organe législatif et que l'état d'urgence sécuritaire, depuis le 20 novembre 2015²⁰²⁸ et l'état d'urgence sanitaire, de sa création à son extinction²⁰²⁹, prévoient un mécanisme de veille parlementaire renforcée des mesures prises sous leur empire, difficile de ne pas y voir des lacunes objectives.

§2 – La prorogation et la cessation des états d'urgence

531. La prorogation des états d'urgence est dévolue aux assemblées parlementaires. Elles interviennent dans un délai contenu après la déclaration opérée par l'exécutif pour en contrôler la régularité juridique, mais aussi l'opportunité politique. Sur la base de ces éléments, comme de leurs propres projections quant à l'évolution de la situation de fait, elles décident ou non d'en proroger la durée **(a)**. Lorsqu'elle ne résulte pas d'une absence de prorogation, l'état d'urgence est volontairement levé par le gouvernement. Si d'autres hypothèses de cessation existent, elles restent marginales dans la pratique **(b)**.

²⁰²⁶ En décembre 2010, le Congrès des députés ne s'est réuni que le 9 décembre, soit 5 jours après la déclaration de l'état d'alerte (Sesión plenaria núm. 199 del Congreso de los Diputados, de 9 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 210). C'est, comme le constate avec humour le professeur Alejandro Torres Gutiérrez, une compréhension « *muy española* » de la notion d'immédiateté.

²⁰²⁷ Art. 116.2 CE ; Art. 8, LOAES.

²⁰²⁸ La loi du 20 novembre 2015 a introduit un article 4-1, qui consacre un droit pour le Parlement d'être informé de toutes les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence, ainsi que de requérir toute information complémentaire dans le cadre de son contrôle. La loi du 21 juillet 2016 a complété cet article, en imposant aux autorités administratives de transmettre sans délai aux chambres la copie de tous les actes pris en application de l'état d'urgence.

²⁰²⁹ Art. L. 3131-13, CSP.

a – La prorogation

532. Rendre compte des prévisions des états d'urgence en matière de prorogation nécessite d'en identifier les acteurs, les délais d'intervention et de vote, les conditions de forme et de fond et, bien sûr, le contenu.

533. Compétence parlementaire par excellence, le choix de proroger les états d'urgence espagnols relève toujours, dans l'Espagne contemporaine²⁰³⁰, d'au moins une des chambres du Parlement. Les dispositifs de l'article 116 impliquent tous explicitement le Parlement, à des degrés qui dépendent de leurs intensités dérogatoires respectives. Ainsi, si la prorogation de l'état d'alerte relève formellement de la compétence du gouvernement²⁰³¹, l'obligation faite au gouvernement d'obtenir au préalable l'autorisation du Congrès des députés est, dans les faits, au moins aussi contraignante que le vote d'une loi de prorogation en France, au vu de la qualité et du volume des débats menés²⁰³². La prorogation de l'état d'exception est dévolue au Congrès des députés, sur demande du gouvernement²⁰³³. Enfin, en l'absence de mention en ce sens, l'état de siège ne peut être prorogé, sauf à le déclarer à nouveau à la fin du délai fixé.

534. En France, si le même esprit paraît de mise, une subtilité sémantique permet au gouvernement de recourir à certaines stratégies pour proroger lui-même l'état d'urgence. En effet, contrairement à l'état de siège qui, depuis 1958, mentionne explicitement le Parlement comme seul organe de la prorogation²⁰³⁴, la prorogation de l'état d'urgence sécuritaire s'effectue par une loi nouvelle, postérieure à l'acte de déclaration²⁰³⁵ et la prorogation de l'état d'urgence sanitaire est nécessairement autorisée par la loi, après avis du comité de scientifiques²⁰³⁶. Si, dans l'esprit des débats législatifs de 1955²⁰³⁷ ou de l'article 34 de la

²⁰³⁰ Il en était en effet différemment sous la période franquiste : la mise en œuvre de l'état d'exception de 1959 pouvait être complétée à tout moment par le gouvernement, dans son ampleur comme dans ses modalités (art. 25, LOP 45/1959).

²⁰³¹ Art. 116.2, C1978.

²⁰³² V. par ex. Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, BOE, Núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, p. 104354.

²⁰³³ Art. 116.3, C1978.

²⁰³⁴ La loi du 3 avril 1878 disposait qu'une loi nouvelle pouvait proroger les effets de l'état de siège. Mais les conditions de prorogation de l'état de siège ont été modifiées en profondeur par le passage à la V^e République. L'article 36 de la Constitution de 1958 dispose que sa prorogation au-delà de 12 jours ne peut être autorisée que par le Parlement. Cette différence sémantique interdit la prorogation par le gouvernement, habilité par le mécanisme des ordonnances ou par une loi spéciale.

²⁰³⁵ Art. 3, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

²⁰³⁶ Art. L. 3131-13, CSP.

²⁰³⁷ L'Assemblée nationale a trouvé préférable, lors des débats des 28 et 29 juillet 1955, que la loi proroge elle-même l'état d'urgence plutôt que d'autoriser le gouvernement à prendre cette décision par décret (V. RAYBAUD J., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955).

Constitution²⁰³⁸, l'organe législatif n'est autre que l'acteur naturel de la prorogation des états d'urgence, faire de la loi le médium juridique de la prorogation n'a pas garanti, dans la pratique, la mainmise du Parlement sur cette opération.

534.1. La formule « la loi » n'équivaut pas à la formule « le Parlement ». Elle laisse subsister la possibilité que l'exécutif, temporairement habilité à intervenir dans le domaine de la loi, puisse proroger lui-même l'état d'urgence²⁰³⁹. C'est ce qui, dans les faits, s'est produit à deux reprises pour l'état d'urgence sécuritaire. La première fois en 1961, par deux ordonnances de l'article 16²⁰⁴⁰. La deuxième fois, par une ordonnance de 1962²⁰⁴¹ prise en application de la loi référendaire du 13 avril 1962 destinée à ratifier les accords d'Évian²⁰⁴² et ayant pour spécificité de conférer une prorogation limitée dans le temps au Conseil des ministres²⁰⁴³.

534.2. Le Conseil d'État ne condamne pas *a posteriori* cette utilisation de la loi de 1955, textuellement acceptable, mais contraire à l'esprit du texte²⁰⁴⁴. Dans un autre registre, mais avec un esprit comparable, le Conseil constitutionnel estime qu'en Nouvelle-Calédonie, la loi de prorogation de l'état d'urgence, qui ne relève pas du Parlement français, n'a pas à être soumise à l'assemblée territoriale, si elle se limite à une simple application des lois du 3 avril 1955 et du 6 septembre 1984²⁰⁴⁵.

534.3. Même si la plupart des prorogations sont en effet bien effectuées par le Parlement, elles ont toujours, *a minima*, une origine gouvernementale : aucune proposition de loi n'est à signaler en la matière. Il faut finalement comprendre avec une certaine largesse la déclaration du rapporteur de l'Assemblée nationale selon laquelle il « revient au Parlement, et

²⁰³⁸ Le Parlement fixe les règles concernant « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables » et « la procédure pénale » (art. 34, C1958) ; V. Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

²⁰³⁹ LEBRETON G., « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 84-85.

²⁰⁴⁰ Déc., 24 avril 1961, relative à la durée de l'état d'urgence ; Déc., 29 septembre 1961, relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution.

²⁰⁴¹ Ord. n° 62-797 du 13 juillet 1962, prorogeant les dispositions des décisions des 24 et 27 avril 1961 et modifiant l'ordonnance n° 628-1309 du 23 décembre 1958.

²⁰⁴² Art. 2, L. n° 62-421, 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.

²⁰⁴³ Cette dernière prorogation est effectuée en deux temps. D'une part, l'ordonnance présidentielle dispose qu'il appartient à un décret pris en Conseil des ministres de fixer une date – dans une certaine limite donnée par l'ordonnance – jusqu'à laquelle l'état d'urgence restera en vigueur. D'autre part, le Conseil des ministres décide de la prorogation, dans les limites fixées par l'ordonnance présidentielle.

²⁰⁴⁴ Non content de simplement relater les stratégies juridiques suivies par le Président de la République entre 1961 et 1962 pour proroger l'état d'urgence en contournant le Parlement, il rappelle même qu'en vertu de l'article 50 de la loi du 15 janvier 1963, l'ordonnance du 13 juillet 1962 a été et a conservé force de loi (CE, 25 juin 1969, *ministre de l'intérieur c/ Minute*, n° 73935, Rec.).

²⁰⁴⁵ Cons. const., déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 5.

à lui seul, de décider de prolonger » l'état d'urgence²⁰⁴⁶. Il faut plutôt comprendre que si le Parlement est mis en capacité, par l'exécutif, de voter la prorogation de l'état d'urgence, alors il peut décider d'accorder ou non à l'exécutif la prorogation qu'il sollicite.

535. Après la déclaration d'un état d'urgence, la prorogation doit intervenir dans un délai donné, sous peine que son régime cesse automatiquement de s'appliquer et qu'il faille procéder à une nouvelle déclaration, avec – cela va de soi – la bénédiction de l'organe législatif²⁰⁴⁷.

535.1. La rédaction contemporaine de l'état d'urgence sécuritaire²⁰⁴⁸, comme d'ailleurs celle de l'état de siège²⁰⁴⁹, fixe à 12 jours le délai durant lequel la prorogation est possible, et au-delà duquel, le cas échéant, il s'éteint. Pour l'état d'urgence sanitaire, ce délai est d'un mois²⁰⁵⁰. Sans remettre en cause ce principe de fonctionnement, la pratique de l'état d'urgence sécuritaire en nuance la portée. L'extinction de l'état d'urgence n'a pas la gravité que l'on voudrait instinctivement lui prêter, car il est toujours possible de le rétablir par une prorogation « spéciale ». C'est ce qui s'est produit en janvier 1985, quand la procédure de prorogation, entreprise lorsque l'état d'urgence était encore en vigueur, n'a abouti qu'après son extinction²⁰⁵¹. Les juges constitutionnels²⁰⁵² et administratifs²⁰⁵³ se contenteront de constater, sans plus de commentaire, cette manœuvre juridique de « rétablissement » de l'état d'urgence.

535.2. Sur un fonctionnement analogue aux dispositifs français, la prorogation de l'état d'alerte espagnol intervient dans un délai maximal de 15 jours après sa déclaration²⁰⁵⁴. Ce délai est de 30 jours pour l'état d'exception²⁰⁵⁵. Enfin, pour l'état de siège espagnol, en l'absence de véritable procédure de prorogation, il faut considérer que la loi peut intervenir pendant ou après le délai fixé, pour initier une nouvelle période de mise en œuvre.

²⁰⁴⁶ POPELIN P., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²⁰⁴⁷ Si le Parlement refusait de proroger un état d'urgence et que celui-ci prenait fin, rien n'empêcherait juridiquement l'exécutif de le déclarer à nouveau et de manière autonome. Pour autant, politiquement, un tel déni démocratique pourrait conduire à une motion de censure du gouvernement, ou à une procédure en destitution du Président de la République (cf. *infra*, n° 655 et s.).

²⁰⁴⁸ Art. 2, L. n° 55-385, 3 avril 1955, modifié par l'ordonnance du 15 avril 1960.

²⁰⁴⁹ Art. 36, C1958.

²⁰⁵⁰ Art. L. 3131-13, CSP.

²⁰⁵¹ Face à cet état de fait, le rapporteur de l'Assemblée nationale défend la validité de la prorogation, mais estime cependant nécessaire, pour refléter l'interruption produite, de substituer dans le texte de la loi de prorogation le terme « rétablir » au terme « prorogation » (RICHARD A., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 24 janvier 1985).

²⁰⁵² Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*, cons. 6.

²⁰⁵³ CE, 1^{ère}/4^e sous-sect., 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, n° 68151, Rec.

²⁰⁵⁴ Art. 116.2, C1978.

²⁰⁵⁵ Art. 15, LOAES.

536. Il est fréquent – si ce n’est systématique – que l’examen des lois de prorogation par les assemblées parlementaires soit accéléré par des procédures dérogatoires. Par exemple, en France, les délais de droit commun qui courent entre le dépôt et l’examen en séance des projets ou des propositions de loi devant la première assemblée saisie, puis devant la seconde ne s’appliquent pas aux « projets relatifs aux états de crise »²⁰⁵⁶. Il en est de même pour le délai entre la mise à disposition du texte adopté par la commission parlementaire et son examen en séance²⁰⁵⁷. Les parlementaires français comme espagnols n’ont de cesse de se plaindre du climat d’urgence et de la multiplication des procédures accélérées lors de l’examen des états d’urgence, pourtant particulièrement dérogatoires²⁰⁵⁸.

537. La prorogation est conditionnée, à des degrés divers selon les dispositifs considérés, à des conditions de fait et de droit. Se pose notamment la question de savoir si la prorogation de l’état d’urgence nécessite ou non que l’autorité de la prorogation apprécie la persistance des conditions de fond ayant mené à la déclaration.

537.1. En France, il serait séduisant de comprendre l’article 3 de la loi de 1955 comme dispensant le Parlement d’une telle vérification, ce qui serait, pour une partie de la doctrine²⁰⁵⁹, cohérent avec la logique d’une prorogation unique et du délai bref dans lequel elle doit intervenir. Cependant, il résulte de la pratique une compréhension différente du texte. Pour le rapporteur de l’Assemblée nationale, le Parlement a pour mission de vérifier que les conditions sont toujours réunies et d’adapter le champ et l’intensité de la prorogation à ces données²⁰⁶⁰. C’est aussi indirectement la position du Conseil d’État lorsqu’il considère que la loi de prorogation doit, en ce qu’elle est une appréciation plus récente des conditions de fond de l’état d’urgence, se substituer au décret de déclaration ; la validité des motifs de ce dernier ne pouvant, par suite, plus être remise en cause²⁰⁶¹.

537.2. En Espagne, le régime de l’état d’exception répond directement à cette interrogation : sa prorogation n’est possible que dans l’hypothèse où persistent, à la fin du délai maximal de trente jours de la déclaration, les circonstances qui ont donné lieu à sa déclaration²⁰⁶². Cet indice, couplé à la condition de nécessité très développée dans l’arsenal

²⁰⁵⁶ Art. 42, C1958, dernier alinéa ; Art. 91 du Règlement de l’Assemblée nationale.

²⁰⁵⁷ Art. 86 du Règlement de l’Assemblée nationale.

²⁰⁵⁸ Cf. *supra*, n° 318 et s.

²⁰⁵⁹ V. par ex. CASSIA P., *Contre l’état d’urgence*, *op. cit.*, p. 31.

²⁰⁶⁰ POPELIN P., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²⁰⁶¹ CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217 ; CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287275. À noter que cette solution ne s’étend pas aux décrets d’application.

²⁰⁶² Art. 15, LOAES.

d'exception espagnol et à la richesse des débats parlementaires, ne laisse subsister aucun doute sur le fait que le Congrès des députés réexamine attentivement la persistance des conditions de fond de l'état d'alerte à l'occasion de l'autorisation de prorogation qu'il concède au gouvernement.

538. Ce serait une erreur de voir dans la prorogation une simple extension temporelle de l'application. Dans les deux États étudiés, elle est l'occasion, sous des modalités toutefois très différentes, d'une redéfinition des pouvoirs conférés aux autorités pour la période d'application à venir.

538.1. En France, les lois de prorogation sont utilisées pour réformer les régimes d'exception, parfois en profondeur, à l'image du véritable bouleversement du régime de l'état d'urgence sécuritaire à l'occasion de sa première prorogation après les attentats de Paris²⁰⁶³ et, dans une moindre mesure, de la révision du régime de l'état d'urgence sanitaire par la loi du 11 mai 2020²⁰⁶⁴. Les modifications – permanentes – qu'elles opèrent ne touchent pas au seul régime de l'état d'urgence : la loi de prorogation peut aussi être le véhicule de « cavaliers législatifs », par exemple, relatifs à la rétention de sûreté²⁰⁶⁵. Sans cette fois qu'il s'agisse d'une modification, il revient à chaque loi de prorogation de mentionner explicitement la mobilisation des pouvoirs de l'article 11 pour habiliter l'exécutif à en faire usage²⁰⁶⁶.

538.2. En Espagne, à l'occasion de la prorogation de l'état d'alerte, le Congrès des députés détermine la portée et les conditions de mise en œuvre de ce dispositif pour la durée de la prorogation²⁰⁶⁷. Le Tribunal constitutionnel insiste sur l'importance de cette redéfinition des modalités d'exercice de l'état d'alerte²⁰⁶⁸. Loin d'être un simple contrôle politique ou d'opportunité, l'autorisation concédée par le Congrès des députés est un véritable examen de fond des modalités sous lesquelles l'application future de l'état d'alerte sera tenue comme légitime²⁰⁶⁹. Dans une décision remarquable d'octobre 2021, il pousse le raisonnement beaucoup plus loin, en estimant que la durée de prorogation peut être excessive, non pas en elle-même, ni même rapportée à la réalité du péril, mais parce que le Congrès a failli à son devoir constitutionnel de l'évaluer et de se l'approprier²⁰⁷⁰. Si dans la pratique, les prorogations

²⁰⁶³ Cf. *supra*, n° 283 et *infra*, n° 592 et s.

²⁰⁶⁴ Cf. *supra*, n° 284.

²⁰⁶⁵ SUEUR J.-P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016.

²⁰⁶⁶ POPELIN P., Rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

²⁰⁶⁷ Art. 6, LOAES.

²⁰⁶⁸ Cf. *infra*, n° 696.

²⁰⁶⁹ V. ORENES RUIZ J. C., « Capítulo 28. Estado de alarma... », art. cit., p. 550.

²⁰⁷⁰ STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021, spéc. FJ 8.

s'inscrivent le plus souvent dans la continuité du décret-royal de déclaration, le cas échéant modifié ultérieurement par d'autres duos autorisation/décret-royal de prorogation²⁰⁷¹, le législateur ne s'interdit aucune modification substantielle. C'est par exemple le cas lorsqu'à l'occasion de la première prorogation de l'état d'alerte dans le cadre de la lutte contre la Covid-19, il sollicite l'insertion d'une nouvelle disposition dans le décret-royal de déclaration obligeant le gouvernement à lui remettre chaque semaine des informations sur la mise en œuvre et l'efficacité des mesures adoptées²⁰⁷². Pour l'état d'exception – comme pour autres régimes d'exception espagnols²⁰⁷³ – le Congrès des députés dispose d'une pleine latitude pour déterminer les effets de ce dispositif durant la période à venir²⁰⁷⁴.

b – La cessation

539. Si la procédure de déclaration d'un état d'urgence est souvent unique, malgré la diversité des situations de fait qui peuvent la motiver, son extinction peut prendre une variété de formes qui rappellent, si cela était nécessaire, qu'il s'agit de dispositifs précaires ayant vocation à s'éteindre rapidement. Il est possible de distinguer, selon un prisme thématique – le caractère volontaire ou involontaire de l'extinction en serait un autre²⁰⁷⁵ – la cessation par non-renouvellement (absence de prorogation à la fin du délai fixé), la cessation par caducité²⁰⁷⁶

²⁰⁷¹ V. par ex. Resolución de 9 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020 ; Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020.

²⁰⁷² Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 86, de 28 de marzo de 2020, p. 27560 a 27561.

²⁰⁷³ Pour l'état de siège de l'article 116, la seule possibilité de prorogation consiste à recommencer l'ensemble de la procédure, et donc à en déterminer de nouveau les conditions d'application (article 116.4 CE). Impliquant cette fois le Sénat, la pratique de l'article 155 consacre la possibilité pour le gouvernement de proposer au Sénat des modifications des mesures pour les adapter aux évolutions de fait (V. par ex. Referencia del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017).

²⁰⁷⁴ Sa prorogation s'effectuant selon les mêmes conditions que sa déclaration (article 116.3 CE), le Congrès des députés peut logiquement, selon le même article, en « déterminer expressément les effets ».

²⁰⁷⁵ V. not. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, op. cit.**, p. 38.

²⁰⁷⁶ Le terme « caduc » est ici à comprendre dans son second sens, qui caractérise les « lois qui, étant liées à un certain état de fait ou de droit (circonstances exceptionnelles, régimes transitoires), sont considérées comme implicitement, mais nécessairement abrogées du fait de la disparition de cet état » (**CORNU G.** (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 142). Il est parfois employé dans le droit positif français d'exception (V. par ex. L. n° 58-487, 17 mai 1958, déclarant l'état d'urgence sur le territoire métropolitain).

(survenue d'un évènement factuel ou juridique objectif) et la cessation anticipée (fin avant terme du fait de l'action d'une autorité).

540. L'hypothèse la plus classique et intuitive d'extinction est celle où, arrivé au terme du délai initial ou du délai de prorogation, l'état d'urgence, qui n'a pas été renouvelé, cesse de s'appliquer. En droit français, elle est explicitement prévue pour l'état d'urgence sécuritaire²⁰⁷⁷ et pour l'état d'urgence sanitaire²⁰⁷⁸, pour lesquels elle se produit à l'expiration de la durée initiale de mise en œuvre – 12 jours pour l'état d'urgence et un mois pour l'état d'urgence sanitaire – ou à la date de fin de la période de prorogation votée par le Parlement. Il en est de même en Espagne, où cette hypothèse de cessation intervient à la fin de délai initial – 15 jours pour l'état d'alerte et 30 jours pour l'état d'exception – ou à la fin du délai de prorogation.

541. Absentes des états d'urgence espagnols, les hypothèses de caducité prennent des formes variées dans les régimes des dispositifs français. C'est ainsi que le régime de l'état de siège prévoit, de manière assez logique, qu'en cas de déclaration pour cause de guerre étrangère, la signature de la paix provoque sa cessation de plein droit²⁰⁷⁹. Surtout, il est prévu par le régime de l'état d'urgence sécuritaire deux hypothèses distinctes de caducité : d'une part, en cas de démission du gouvernement ou de vacance du Conseil et d'autre part, en cas d'absence de confirmation de l'état d'urgence par le Parlement²⁰⁸⁰ ou de dissolution de l'Assemblée nationale, qui provoque son abrogation de plein droit²⁰⁸¹. Il en allait de même en cas de fin normale de la législature²⁰⁸². Ces deux hypothèses sont simplifiées en une seule par l'intervention de l'ordonnance du 15 avril 1960. Dans sa rédaction contemporaine, l'état d'urgence sécuritaire cesse automatiquement 15 jours après la démission du gouvernement ou 15 jours après la dissolution de l'Assemblée nationale²⁰⁸³. Alors qu'elle a rigoureusement été

²⁰⁷⁷ Art. 2, L. n° 55-385, 3 avril 1955 : « La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi ».

²⁰⁷⁸ Art. L. 3131-13, CSP : « La prorogation de l'état d'urgence sanitaire au-delà d'un mois ne peut être autorisée que par la loi ».

²⁰⁷⁹ Art. L. 2121-3, C. défense.

²⁰⁸⁰ Art. 3, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

²⁰⁸¹ Art. 4, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

²⁰⁸² Pour la doctrine, cela va de soi, car sous la IV^e République, la fin de la législature emporte la cessation des pouvoirs du gouvernement, ce qui renvoie à l'hypothèse prévue à l'article 3 (**DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 678 ; **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 38-39).

²⁰⁸³ Art. 4, L. n° 55-385, 3 avril 1955, modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960.

respectée en 1962²⁰⁸⁴, cette hypothèse de cessation sera temporairement écartée en décembre 2016 en anticipation des élections à venir²⁰⁸⁵, ce qui fera légitimement débat au Sénat²⁰⁸⁶.

542. Les hypothèses de levée volontaire par l'exécutif représentent, pour de nombreux régimes d'exception, la seule possibilité d'extinction²⁰⁸⁷. Le régime de l'état de siège prévoit de telles hypothèses depuis le XIX^e siècle²⁰⁸⁸. Cette faculté, pourtant indispensable au respect d'un strict principe de nécessité dans la mobilisation des états d'urgence, n'est pourtant pas toujours prévue par ces derniers.

542.1. Si l'on s'en tient à sa lettre, l'état d'urgence sécuritaire ne permet pas qu'il y soit mis fin de manière anticipée, même en cas d'extinction du péril ayant motivé sa mise en œuvre²⁰⁸⁹. Il paraît néanmoins évident que les principes essentiels de l'acceptabilité d'un état d'urgence ne sauraient s'accommoder d'une telle impossibilité d'y mettre fin alors même que son maintien ne répond plus à une impérieuse nécessité. S'est ainsi posée, dans les faits, la question de l'autorité à qui ce pouvoir devait être dévolu.

542.2. Une autorité naturelle de la fin anticipée de l'état d'urgence serait, au vu de son rôle de contrôle et d'autorité de la prorogation, le Parlement. Une décision prise par le général de Gaulle dans le cadre des pouvoirs de l'article 16 prévoit, à demi-mot, qu'une loi – donc, une intervention soit du Parlement soit de l'exécutif par ordonnance – pourrait mettre fin à l'état d'urgence avant le délai fixé par le président de la République²⁰⁹⁰. Toutefois, cette faculté n'a

²⁰⁸⁴ C'est ainsi que le Conseil d'État constate, en 1969, que par application de l'article 4, la dissolution de l'Assemblée nationale en 1962 met fin à l'état d'urgence (CE, 25 juin 1969, *ministre de l'intérieur c/ Minute*, n° 73935, Rec.).

²⁰⁸⁵ L. n° 2016-1767, 19 décembre 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence : « En cas de démission du Gouvernement consécutive à l'élection du Président de la République ou à celle des députés à l'Assemblée nationale ».

²⁰⁸⁶ D'un côté, le ministre de l'intérieur justifie cette dérogation par le contexte électoral dans lequel prend place cette prorogation de l'état d'urgence, par la nécessité d'éviter une caducité de l'état d'urgence et « d'assurer la continuité de l'état d'urgence dans le contexte de la menace terroriste » (LE ROUX B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016). De l'autre, l'état d'urgence est envisagé comme le « choix politique [d'un] gouvernement légitime qui le soumet à un parlement démocratiquement élu et représentant le peuple » et, dès lors, sa continuation après les élections reviendrait à nier « le choix des urnes » (BOCQUET É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016).

²⁰⁸⁷ C'est le cas, en France, de la dictature constitutionnelle du Président de la République (V. HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 567.) ou, en Espagne, de l'état d'exception franquiste (art. 28, LOP 45/1959).

²⁰⁸⁸ La loi de 1849 prévoit la possibilité de sa levée par les gouverneurs des colonies, dès lors qu'ils « croiront la tranquillité suffisamment rétablie » (art. 12, L. 9 août 1849, sur l'état de siège). Dans sa version de 1878, il cesse en cas de dissentiment entre les chambres ou de levée volontaire par le Parlement (art. 1, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège). Enfin, sous la V^e République, il cesse lorsqu'il est « levé » (art. L. 2121-6, C. défense).

²⁰⁸⁹ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 39.

²⁰⁹⁰ Déc., 29 septembre 1961, relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution : « Sous réserve de ce qui pourrait être décidé par la loi, demeureront en vigueur jusqu'au 15 juillet 1962 (...) l'état d'urgence »

plus été évoquée jusqu'à l'année 2015, où les parlementaires eux-mêmes s'opposent finalement, et majoritairement, à s'y auto-habiller²⁰⁹¹. La pratique a préféré octroyer cette compétence au Conseil des ministres.

542.3. Le Parlement, lorsqu'il proroge l'état d'urgence, en fixe dans cette logique la « durée maximale ». Il laisse ainsi une marge d'appréciation au gouvernement, qu'il tient pour plus capable que lui-même d'apprécier en temps réel l'opportunité du maintien de l'état d'urgence²⁰⁹². La possibilité pour le gouvernement de mettre fin à l'état d'urgence de manière anticipée garantirait ainsi la « stricte nécessité » du recours à l'état d'urgence²⁰⁹³ et, *in fine*, garantirait un retour au droit commun dès que cela est possible²⁰⁹⁴. Cette faculté fondamentale de l'état d'urgence sécuritaire²⁰⁹⁵ est consacrée, aujourd'hui de manière systématique, au sein des lois de prorogation. C'est le cas dès la première application de l'état d'urgence en 1955²⁰⁹⁶, où la loi habilite le Gouvernement à provoquer la cessation anticipée de l'état d'urgence « si la situation le permet ». Cette formule évoluera avec la loi de prorogation de 2005²⁰⁹⁷, reprise par les lois de prorogation de 2015 à 2017. Dans la pratique, l'état d'urgence sécuritaire est à trois reprises éteint par décision de l'administration, immédiatement ou à une date postérieure²⁰⁹⁸.

542.4. Possiblement conscient des limites inhérentes à cette consécration au cas par cas dans les lois d'application de la faculté gouvernementale de prononcer la cessation anticipée de l'état d'urgence sécuritaire²⁰⁹⁹, le législateur consacre ce mécanisme au sein même du régime de l'état d'urgence sanitaire. Il peut ainsi y être mis fin à tout moment par décret pris en Conseil

²⁰⁹¹ L'amendement n° 8, qui prévoyait que le Parlement vérifie au bout d'un certain délai de mise en œuvre que les conditions de fond de l'état d'urgence étaient toujours réunies (FAVIER CH., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015), sera rejeté, au motif notamment qu'il « créerait pour nos forces de sécurité une certaine incertitude sur le développement des moyens mis en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence » (BAS PH., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

²⁰⁹² Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

²⁰⁹³ V. par ex. l'exposé des motifs du projet de loi du 14 novembre 2005, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

²⁰⁹⁴ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

²⁰⁹⁵ SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

²⁰⁹⁶ L. n° 55-1080, 7 août 1955, relative à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie.

²⁰⁹⁷ L. n° 2005-1425, 18 novembre 2005, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 : « [Il peut être mis fin à l'état d'urgence] par décret en conseil des ministres avant l'expiration de ce délai. En ce cas, il en est rendu compte au Parlement ».

²⁰⁹⁸ A. de l'administration supérieure de Wallis et Futuna n° 120, 30 octobre 1986, levant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire des îles Wallis et Futuna ; A. n° 1215 CAB, 24 octobre 1987, portant application des mesures prises pour l'état d'urgence ; D. n° 2006-2, 3 janvier 2006, mettant fin à l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

²⁰⁹⁹ Outre le risque dispensable d'un oubli parlementaire à l'occasion d'une prorogation, il y a un indéniable problème de logique juridique à ce que cette faculté soit prévue dans la loi d'application, qui déroge alors à la loi générale (V. sur ce dernier point BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 45-49).

des ministres²¹⁰⁰. Il s'agit même, selon une décision rendue le 5 août 2021 par le Conseil constitutionnel, d'une véritable obligation pour le Gouvernement lorsque la situation sanitaire le permet²¹⁰¹. Cette faculté est utilisée à plusieurs reprises par le Gouvernement, après avis du Conseil scientifique²¹⁰², pour mettre fin à l'application de l'état d'urgence sanitaire sur des territoires d'outre-mer²¹⁰³.

542.5. Comme pour l'état d'urgence sécuritaire, la cessation anticipée de l'état d'alerte espagnol n'est pas explicitement prévue dans son régime, mais comme pour celui-ci, cette lacune textuelle n'a vraisemblablement pas de conséquence réelle. D'une part, le Congrès des députés peut, comme en France, concéder des habilitations *ad hoc* au gouvernement. C'est notamment le cas avec la formule « formule quatre plus deux » imaginée en novembre 2021²¹⁰⁴, qui permet à l'exécutif de décider, en concertation avec les acteurs locaux et les comités de suivi de la situation sanitaire et au bout de quatre mois, de l'extinction de l'état d'alerte²¹⁰⁵. D'autre part, certaines déclarations laissent à penser qu'à tout moment, l'état d'alerte serait susceptible de faire l'objet d'un décret-royal de cessation anticipée²¹⁰⁶. En revanche, l'état d'exception prévoit explicitement cette possibilité²¹⁰⁷. Il peut être levé par un décret-royal, dont le gouvernement rend immédiatement compte au Congrès des députés. Dans cette hypothèse, les autorités de la déclaration et de l'extinction diffèrent.

²¹⁰⁰ Art. L. 3131-14, CSP.

²¹⁰¹ Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 23.

²¹⁰² Depuis l'intervention de la loi du 11 mai 2020 et jusqu'à la disparition récente de l'état d'urgence sanitaire, l'exercice de cette faculté était conditionné à un avis préalable et non contraignant du comité scientifique (art. L. 3131-14, CSP modifié par art. 2, L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions).

²¹⁰³ V. par ex. D. n° 2021-1328, 13 octobre 2021, mettant fin à l'état d'urgence sanitaire à La Réunion ; D. n° 2022-303, 2 mars 2022, mettant fin à l'état d'urgence sanitaire en Guyane et à Mayotte.

²¹⁰⁴ Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 291 de 4 de noviembre de 2020.

²¹⁰⁵ Quatre mois après la prorogation, la Conférence des présidents régionaux peut faire une proposition au Gouvernement pour lever l'état d'urgence, sous réserve de l'accord favorable du Conseil interterritorial du système national de santé au vu de l'évolution des indicateurs sanitaires, épidémiologiques et socio-économiques (ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59).

²¹⁰⁶ Par exemple, le ministre de la santé déclare que si le Gouvernement parvient à surmonter cette situation d'urgence avant son terme, l'état d'alerte cessera immédiatement de s'appliquer (ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59).

²¹⁰⁷ Art. 15, LOAES.

B – L'ÉTAT D'URGENCE DANS LE TEMPS ET DANS L'ESPACE

543. Les conditions inhérentes à la circonscription de l'ampleur spatiale de l'application de l'état d'urgence sont une donnée première de son acceptabilité, mais aussi, dans la pratique, de sa capacité à répondre de manière efficace, proportionnée et ciblée aux dangers qui ont motivé sa mobilisation. Les usages juridiques en la matière, peu nuancés, posent les questions essentielles de l'échelle territoriale pertinente de mobilisation des mesures dérogatoires des états d'urgence, comme du degré de flexibilité devant être accordé aux autorités habilitées pour la circonscrire (§1). Les régimes des états d'urgence prévoient, par ailleurs, les limites temporelles dans lesquelles la mobilisation des états d'urgence doit s'inscrire. Pour autant, il résulte de leurs faiblesses rédactionnelles, doublées d'interprétations volontaristes des organes exécutifs et législatifs, le risque, confirmé par leurs mobilisations les plus récentes, d'un maintien dans le temps déraisonné des états d'urgence (§2).

§1 – L'ampleur spatiale

544. Les états d'urgence ont vocation à être appliqués de manière flexible sur tout ou partie du territoire. Individuellement, ils font état de spécificités héritées de leur histoire juridique qui influent directement sur les champs territoriaux effectivement arrêtés lors de leurs mises en œuvre (a). Les gouvernements français et espagnols, qui revendiquent une liberté d'appréciation étendue sur la circonscription de l'ampleur spatiale des états d'urgence, tendent à privilégier l'échelle nationale, avec cependant un souci grandissant pour l'adaptabilité locale (b).

a – Le choix de l'échelle territoriale adéquate

545. La plupart des états d'urgence prévoient explicitement la possibilité d'être déclarés sur tout ou partie du « territoire national »²¹⁰⁸. Malgré son contexte de création, l'état d'urgence

²¹⁰⁸ La pertinence de cette expression juridique a été contestée par les sénateurs et députés auteur de la saisine *a priori* du Conseil constitutionnel de la loi du 30 juillet 2022, qui faisait valoir qu'elle était imprécise et équivoque. Pour écarter ce grief tiré de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité, le juge constitutionnel a rappelé que cette expression désigne, en droit français, le territoire hexagonal, la Corse et les collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution (Cons. const., déc. n° 2022-840 DC, 30 juillet 2022, *Loi mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19*, cons. 7).

sécuritaire n'a jamais eu vocation à être employé sur le seul territoire algérien²¹⁰⁹. Dans sa version originale, il peut être déclaré sur le territoire métropolitain, en Algérie et dans les départements d'outre-mer²¹¹⁰. Une ordonnance de 2009 modernise simplement l'énumération des composantes du territoire de l'État de l'article 2²¹¹¹. Comme son aîné, l'état d'urgence sanitaire peut être appliqué sur tout ou partie du territoire national²¹¹². Enfin, en Espagne, l'état d'alerte suit précisément le modèle français, en pouvant faire l'objet d'une déclaration sur tout ou partie du territoire national, ce périmètre géographique pouvant être modifié à l'occasion de la prorogation de sa mobilisation²¹¹³.

546. Si la possibilité d'une application sur l'ensemble du territoire national est établie pour ces états d'urgence, elle est plus équivoque pour l'état d'exception et pour l'état de siège espagnol. Ces derniers sont déclarés par le Congrès des députés sur un territoire déterminé²¹¹⁴. L'absence de mention de l'ensemble du territoire national, si elle n'interdit pas *a priori* un tel choix, suggère son caractère inopportun. Il en est de même pour l'état de siège français, pour lequel la possibilité d'une application sur l'ensemble du territoire national n'est pas explicitement formulée. Mais alors qu'elle était peu plausible au regard des termes choisis en 1878, sa rédaction contemporaine s'y oppose significativement moins²¹¹⁵. L'article 155 a enfin, sans ambiguïté, vocation à s'appliquer sur le territoire de la communauté autonome dissidente²¹¹⁶. Pour autant, l'effectivité des mesures peut commander au gouvernement de donner des instructions à toutes les autres communautés autonomes²¹¹⁷.

547. Alors que l'état d'alerte a fait l'objet d'une riche gamme d'applications spatiales, de l'ensemble du territoire national²¹¹⁸ au seul champ d'une communauté autonome²¹¹⁹ en passant,

²¹⁰⁹ V. CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 15.

²¹¹⁰ Art. 1, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

²¹¹¹ L'ordonnance n° 2009-536 du 14 mai 2009 supprime la référence à l'Algérie et ajoute les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution, ainsi que la Nouvelle-Calédonie.

²¹¹² Art. L. 3131-12, CSP.

²¹¹³ Art. 116.2 CE ; Art. 4 et 6, LOAES.

²¹¹⁴ L'état d'exception est déclaré sur le territoire déterminé par l'autorisation du Congrès des députés (art. 116.3 CE et Art. 13, LOAES) ; L'état de siège est déclaré par le Congrès des députés sur le territoire qu'il détermine (art. 116.4 CE et Art. 32 LOAES).

²¹¹⁵ Dans le régime origine de l'état de siège, la loi désigne les communes, les arrondissements ou départements auxquels l'état de siège s'applique (art. 1, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège) ; Dans sa version contemporaine, le décret de déclaration désigne le territoire auquel il s'applique (art. L. 2121-1, C. défense).

²¹¹⁶ Art. 155.1, C1978.

²¹¹⁷ Art. 155.2, C1978.

²¹¹⁸ V. par ex. Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020.

²¹¹⁹ Pour une déclaration sur plusieurs municipalités de la communauté autonome de Madrid, V. Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial

de manière assez novatrice, par une application ciblée à certaines catégories de lieux sur l'ensemble du territoire national²¹²⁰, les autorités françaises ont eu, dans l'ensemble, tendance à privilégier des ampleurs spatiales étendues. Cela pose directement la question de l'échelle adéquate pour faire face aux périls auxquels répondent les états d'urgence, comme de la place du juge dans ce choix.

547.1. La déclaration de l'état d'urgence sécuritaire, qui porte toujours sur l'ensemble d'une zone géographique – la métropole, une colonie, un territoire d'outre-mer ou un département –, mais qui n'en vise généralement qu'une seule²¹²¹, témoigne d'une compréhension pour le moins « généreuse » de l'échelle territoriale adéquate²¹²². Cet état d'urgence est ainsi déclaré en 2005 dans toute l'Île-de-France, du seul fait du constat d'actes dans cette région²¹²³, prorogé outre-mer en 2016 aux motifs que ces territoires seraient « voisins » de terres de djihad²¹²⁴ ou encore, prorogé en 2016 dans toute la France du fait d'attentats – réalisés ou déjoués – faisant planer une menace « sur le territoire national dans son entier »²¹²⁵.

547.2. Ces acceptions larges du champ territorial adéquat sont critiquées par la doctrine, qui considère notamment l'état d'urgence sécuritaire inadapté pour constituer un rempart efficace au terrorisme, du fait de son caractère diffus dans l'espace et de l'organisation tentaculaire et internationale de ses réseaux et cellules logistiques²¹²⁶. Ainsi, si les assertions lui trouvant un champ trop restreint sont rares²¹²⁷, il est tout à fait sensé d'affirmer que face à la

riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 268 de 9 de octubre de 2020.

²¹²⁰ Pour une déclaration s'étendant sur l'ensemble du territoire national, mais limitée aux seules tours de contrôle des aéroports du réseau, ainsi que certains centres de contrôle, V. Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

²¹²¹ À l'exception de la déclaration de l'état d'urgence outre-mer en 2015, qui vise sept territoires d'outre-mer distincts en une seule fois (D. n° 2015-1493, 18 novembre 2015, portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955).

²¹²² Cf. Annexe F : Tableau inventoriant les champs spatiaux de déclaration et d'application de l'état d'urgence sécuritaire.

²¹²³ Rap. au Premier ministre relatif au décret n° 2995-1387 du 8 novembre 2005.

²¹²⁴ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 19 juillet 2016.

²¹²⁵ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 10 décembre 2016.

²¹²⁶ Les cellules logistiques, dont le directeur général de la sécurité intérieure affirmait à la mi-2016 qu'aucune n'a été décelée sur le territoire français, peuvent tout à fait, comme pour Charlie et le 13 novembre, être situées dans d'autres États (V. CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 24-27 et 101-102).

²¹²⁷ Le Conseil d'État a examiné l'argumentaire d'un requérant qui demandait l'annulation du décret de déclaration de l'état d'urgence, au motif que celui-ci, en ne visant pas le territoire de la Polynésie française, avait une ampleur spatiale insuffisante (CE, (ord.), 22 novembre 2005, n° 287277, Inédit au Recueil ; CE, 10^e/9^e sous-sect., 3 avril 2006, n° 287273, Inédit au Recueil).

menace terroriste, l'ensemble du territoire de la République est peut-être encore trop exigü. Le même constat peut être dressé pour l'état d'urgence sanitaire qui, dans un contexte de lutte pandémique appelant volontiers à une réponse internationale, a toujours été déclaré et prorogé sur l'ensemble du territoire de la République²¹²⁸.

547.3. S'ils peuvent être discutés dans un sens comme dans l'autre, les échelles d'application spatiale choisies par l'exécutif n'ont pas, selon la jurisprudence, vocation à être contestées utilement devant un tribunal. Les juges constitutionnels et administratifs français ont en effet tous deux développé une position de principe selon laquelle, si les effets de l'état d'urgence doivent nécessairement être limités dans le temps et dans l'espace²¹²⁹, ce champ d'application relève de l'appréciation étendue du président de la République²¹³⁰.

547.4. L'état d'urgence sanitaire a, à bien plus forte raison que l'état d'urgence sécuritaire, fait l'objet de mobilisations confinées dans l'espace. À compter du 1^{er} juin 2021 et jusqu'à sa disparition de l'ordre juridique, il n'a plus été appliqué sur l'ensemble du territoire national, mais exclusivement sur des territoires précisément délimités et, à en croire les exposés des motifs des décrets de déclaration, uniquement lorsque les mesures permises par le régime de sortie de l'état d'urgence ne suffisaient pas à endiguer la progression du virus²¹³¹. La modularité dont témoigne la pratique de l'état d'urgence sanitaire s'explique vraisemblablement plus par la nature du péril auquel il répond – qui expose les différents territoires avec une intensité inégale – que par les spécificités juridiques de ce régime d'exception. Elle a néanmoins eu le mérite de réconcilier, même temporairement, l'idée d'état d'urgence avec celle de sa nécessaire limitation spatiale.

b – L'application ciblée au niveau local

548. En plus de la possibilité laissée aux autorités locales de moduler les effets des états d'urgence et de prendre des mesures individuelles ou réglementaires pour tenir compte de l'intensité du péril sur chaque territoire²¹³², le respect du principe de stricte nécessité passe aussi

²¹²⁸ V. L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ; D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire.

²¹²⁹ Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* ; CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217.

²¹³⁰ Cf. *infra*, n° 692 et s.

²¹³¹ V. D. n° 2021-931, 13 juillet 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République ; D. n° 2022-9, 5 janvier 2022, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République ; D. n° 2022-107, 2 février 2022, déclarant l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie.

²¹³² Cf. *infra*, n° 568 et s.

par la distinction, en France, entre les champs spatiaux de la déclaration et de l'application et, en Espagne, par la possibilité explicite de déclarer les états d'urgence sur le territoire d'une communauté autonome.

549. La modularité de la mise en œuvre des états d'urgence français repose principalement sur la distinction faite par les régimes entre le champ territorial de la déclaration et celui de l'application. Dans sa rédaction contemporaine, l'état d'urgence sécuritaire est déclaré sur tout ou partie des circonscriptions de l'État²¹³³. Ce n'est que dans un second temps, celui de son application, qu'il entraîne des effets supplémentaires au sein de ces circonscriptions, dans les zones précises alors désignées²¹³⁴. Le régime de l'état d'urgence sanitaire reprend cette distinction entre déclaration et application. Il confond néanmoins explicitement, à la différence du premier, ces deux opérations en un seul moment juridique²¹³⁵, comme pour acter des usages récents de l'état d'urgence sécuritaire. La singulière première déclaration de ce dispositif – opérée, rappelons-le, par le Parlement – a toutefois ponctuellement rendu à cette distinction la portée utile qui lui est reconnue²¹³⁶.

550. Si dans les discours, les acteurs des états d'urgence mettent l'accent sur la nécessaire flexibilité qui doit être la leur dans l'appréciation du champ territorial d'application et dans l'adaptation locale de l'intensité du dispositif aux évolutions de la situation de fait²¹³⁷, la portée effective des outils conférés par le droit est limitée. Le champ spatial d'application de l'état d'urgence sécuritaire se confond le plus souvent avec celui de la déclaration²¹³⁸. Le décret d'application intervient presque toujours le jour même de l'acte de déclenchement²¹³⁹. Cette

²¹³³ L'ordonnance de 1960 substitue la référence à la loi de déclaration de l'article 2 par celle au décret pris en Conseil des ministres. Il revient à ce dernier de fixer les circonscriptions territoriales dans lesquelles l'état d'urgence entre en vigueur (art. 1, Ord. 15 avril 1960).

²¹³⁴ Dans les limites de la (des) circonscription(s) territoriale(s) où il entre en vigueur, il revient ensuite à un ou plusieurs décret(s) pris en conseil des ministres sur le rapport du ministre de l'intérieur de fixer les zones précises où il recevra application (art. 2, L. n° 55-385, 3 avril 1955).

²¹³⁵ Le décret de déclaration de l'état d'urgence sanitaire détermine les circonscriptions territoriales où il « entre en vigueur et reçoit application » (art. L. 3131-13, CSP).

²¹³⁶ Un décret en Conseil des ministres peut alors, en effet, limiter l'application à certaines circonscriptions territoriales de l'état d'urgence sanitaire entré en vigueur sur l'ensemble du territoire national, dans le cas exceptionnel où le Parlement déclare l'état d'urgence sanitaire en lieu et place du Conseil des ministres. Il laisse la possibilité au gouvernement de revenir ultérieurement sur le champ spatial de son application, mais non de sa mise en œuvre, sauf à ce qu'il mette fin à l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire (art. 4, L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19).

²¹³⁷ V. par ex. KURIK A., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020.

²¹³⁸ Sur 9 applications de l'état d'urgence, 5 portent immédiatement sur l'ensemble du territoire de la déclaration, 2 l'atteignent en plusieurs décrets d'application et 2 ne concernent qu'une partie du territoire de la déclaration. Mais dans ces deux derniers cas, si spatialement, il s'agissait de moins d'un quart du territoire, cela incluait toujours le chef-lieu (Paris pour la métropole, Papeete pour la Polynésie française).

²¹³⁹ Exception faite de la première application de l'état d'urgence, pour laquelle le premier décret d'application est intervenu 3 jours après.

concomitance et cette similarité de contenu montrent que la détermination des champs spatiaux de déclaration et d'application est pensée d'un seul tenant, par une seule autorité, et non conformément à sa vocation première. C'est donc à juste titre que la doctrine voit un certain potentiel dans la distinction entre circonscriptions et zones, tant pour l'organisation administrative que pour la souplesse de l'action, que ternit cependant une regrettable inapplicabilité pratique²¹⁴⁰.

551. La décentralisation avancée de l'Espagne explique le choix du constituant et du législateur organique de penser spécifiquement la mise en œuvre spatiale des états d'urgence et de certains autres régimes d'exception autour des communautés autonomes. L'état d'alerte peut ainsi faire l'objet d'une déclaration exclusive sur tout ou partie du territoire d'une communauté autonome, sur demande du Président de celle-ci au gouvernement²¹⁴¹. Il est notamment fait usage de ce mécanisme lors de la crise sanitaire pour la communauté autonome de Madrid²¹⁴². Cette possibilité s'inscrit dans un ensemble plus large de solutions, prévues dès l'origine des dispositifs ou consacrées par la pratique, visant à s'assurer que la mise en œuvre de l'état d'alerte soit opérée avec une précision spatiale (« *granularidad territorial* ») satisfaisante, permettant, par exemple, de prendre des décisions adaptées aux capacités du système de santé de chaque zone géographique dans un contexte de désescalade²¹⁴³. Ce même souci se retrouve dans le régime de l'état d'exception, qui prévoit la possibilité pour le gouvernement de coordonner l'exercice de ses compétences avec le gouvernement de la communauté autonome lorsque la déclaration affecte exclusivement tout ou partie de son territoire²¹⁴⁴ ou dans celui du mécanisme de coercition de l'État qui, cette fois, a vocation exclusive à être déclaré sur le territoire d'une communauté autonome.

§2 – L'ampleur temporelle

552. Au mépris de la vocation première des régimes de crise de ne pas admettre des applications légitimes que si elles sont brèves et intenses, les régimes des états d'urgence permettent, sans

²¹⁴⁰ V. BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 25-27 et 31.

²¹⁴¹ Art. 5, LOAES.

²¹⁴² Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 268 de 9 de octubre de 2020.

²¹⁴³ Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020.

²¹⁴⁴ Art. 31, LOAES.

nécessiter d'interprétations particulièrement constructives, une application illimitée dans le temps (a). Si la nécessité de se prémunir d'une telle pratique est reconnue par la doctrine et par les contre-pouvoirs, les tentatives de changer cet état de fait restent vaines. L'exécutif reste, en pratique, maître de la temporalité des états d'urgence (b).

a – Une durée d'application potentiellement illimitée

553. Du fait de la nature essentiellement temporaire des régimes d'exception, la durée est une des questions fondamentales de leurs régimes juridiques²¹⁴⁵. De nombreux auteurs font ainsi état de la nécessité d'une application des régimes d'exception limitée dans le temps, en contrepartie des mesures dérogatoires qu'ils permettent²¹⁴⁶. Pourtant, force est de constater que la plupart des régimes juridiques des états d'urgence étudiés ne parviennent pas à discipliner, *a priori*, la durée de la mise en œuvre de ces dispositifs, ou le nombre de leurs prorogations.

554. De ce point de vue, il convient de distinguer trois groupes de régimes : ceux pouvant être mis en œuvre pour une durée illimitée dès leur déclaration, ceux pouvant être maintenus indéfiniment en vigueur après une prorogation, et ceux s'éteignant nécessairement après une certaine échéance.

555. De nombreux régimes d'exception peuvent être déclarés pour une durée qui, n'étant pas limitée par les textes, est laissée à la libre appréciation des autorités. C'est le cas des versions originelles de l'état d'urgence sécuritaire²¹⁴⁷ et de l'état de siège²¹⁴⁸, qui confient à la loi de déclaration le soin de fixer la durée de mise en œuvre, de l'état de siège espagnol, déclaré pour une durée fixée par le Congrès²¹⁴⁹ ou du mécanisme de coercition de l'État²¹⁵⁰.

556. L'essentiel des états d'urgence contemporains appartient à une catégorie intermédiaire. Leur déclaration obéit à une durée fixée par les textes, au-delà de laquelle le

²¹⁴⁵ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 38.

²¹⁴⁶ MASTOR W., SAINT-BONNET F., « De l'inadaptation de l'état d'urgence... », art. cit., p. 53 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 17-19.

²¹⁴⁷ La loi de déclaration fixe la durée de l'état d'urgence et, à l'expiration de ce délai, seule une autre loi, fixant un nouveau délai, peut la prolonger (art. 3, L. n° 55-385, 3 avril 1955). Le texte original ne limitait ainsi ni la durée de l'application ni le nombre de prorogations.

²¹⁴⁸ La loi de déclaration de l'état de siège « fixe le temps de sa durée ». Il revient à une loi nouvelle d'en prolonger les effets dans le temps, en fixant une nouvelle durée (art. 1, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège). Dans les hypothèses spécifiques de déclaration prévues aux articles 2 et 3, le Parlement peut, une fois réuni, mettre fin à l'état de siège ou le proroger, selon les conditions prévues à l'article 1^{er} (art. 1, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège).

²¹⁴⁹ Art. 116.4 CE et Art. 32, LOAES.

²¹⁵⁰ Sous réserve toutefois le Sénat ne retire pas son accord, et que ne survienne pas un événement entraînant la caducité des mesures conférées au Gouvernement, prévu par l'accord du Sénat (V. par ex. Referencia del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017).

dispositif non prorogé s'éteint, mais la durée des prorogations n'est, quant à elle, pas soumise à une durée prédéterminée. La durée totale de mise en œuvre est donc là aussi potentiellement illimitée, sous réserve toutefois d'une entente entre les organes de la déclaration et ceux de la prorogation²¹⁵¹.

556.1. En France, les versions contemporaines de l'état d'urgence sécuritaire et de l'état de siège²¹⁵² ont une durée initiale de déclaration limitée à 12 jours, au-delà de laquelle le dispositif cesse d'être en vigueur, en l'absence d'intervention d'une loi (pour l'état d'urgence) ou du Parlement (pour l'état de siège)²¹⁵³. La nouvelle rédaction de l'article 3, héritée de l'intervention de l'ordonnance de 1960, est donc plus protectrice. Il en est de même pour l'état d'urgence sanitaire, à la seule différence – qui n'est pas anodine à l'aune de la nécessité d'assurer l'effectivité du contrôle parlementaire de la déclaration²¹⁵⁴ – que cette durée est fixée à un mois et a été, de manière dérogatoire, portée à deux mois lors de sa première déclaration. Les organes exécutifs et législatifs doivent donc nécessairement s'accorder pour faire perdurer sans limitation ces dispositifs.

556.2. En Espagne, l'état d'alerte est déclaré pour une durée maximale de 15 jours²¹⁵⁵. Durant ce délai, il peut être prorogé pour une durée fixée par le Congrès des députés. La question s'est posée de savoir si le Congrès était nécessairement tenu de proroger l'état d'alerte pour une autre période de 15 jours. Cette position, défendue par certains parlementaires²¹⁵⁶ et par une partie de la doctrine²¹⁵⁷, se fonde sur une logique propre au droit historique espagnol²¹⁵⁸, sur un principe posé par le règlement du Congrès²¹⁵⁹ ainsi que sur une position jurisprudentielle

²¹⁵¹ Même l'habilitation à la prise d'ordonnances de l'article 38 nécessite une volonté partagée entre l'exécutif et le Parlement. Il faut, toutefois, garder à l'esprit la créativité dont a témoigné l'exécutif français pour proroger l'état d'urgence sécuritaire sans recueillir au préalable l'assentiment du Parlement (Cf. *supra*, n° 534).

²¹⁵² L'article L. 2121-1 du code de la défense dispose que le décret de déclaration de l'état de siège détermine sa durée d'application – qui ne peut dépasser 12 jours – et l'article 36 de la Constitution dispose que sa prorogation ne peut être autorisée que par le Parlement.

²¹⁵³ Sur les implications de cette différence sémantique, cf. *supra*, n° 534.

²¹⁵⁴ V. en ce sens **DEROSIER J.-PH.**, « L'état d'urgence sanitaire : nos libertés en danger ? », *Marianne.net*, 28 mars 2020, en ligne.

²¹⁵⁵ Art. 116.2 CE et Art. 6, LOAES.

²¹⁵⁶ V. not. **CASADO BLANCO P.** et **ABASCAL CONDE S.**, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

²¹⁵⁷ **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 488 ; **BANACLOCHE J.**, « El debate abierto por la prórroga », *El Mundo*, 17 de mayo de 2020, p. 8-9.

²¹⁵⁸ Il existe une tradition suivie en Espagne, voulant que la durée de la déclaration, comme de la prorogation, soit fixée par les textes ou, à défaut, qu'elle soit récurrente en pratique. C'est ainsi que même sous le régime franquiste, l'état d'exception était toujours déclaré pour trois mois.

²¹⁵⁹ Art. 91.2, Reglamento del Congreso : « Salvo casos excepcionales, las prórrogas no serán superiores a otro tanto del plazo ni las reducciones a su mitad ».

développée par le Tribunal constitutionnel, selon laquelle lorsque les normes permettent deux interprétations, il faut retenir la plus favorable aux droits et libertés fondamentaux²¹⁶⁰. L'exécutif ne l'entend en revanche pas ainsi²¹⁶¹. Sa position, consistant à tenir pour libre la durée de la prorogation, l'a emporté en décembre 2010, quand le Parlement autorisa, conformément à sa volonté, une prorogation de quatre semaines lors de la crise des contrôleurs aériens²¹⁶² et, à plus forte raison encore, une prorogation de six mois lors de la crise de la Covid-19²¹⁶³.

557. Héritier de l'état d'exception franquiste, qui obligeait – sans que subsiste la moindre illusion sur la portée utile de cette prévision²¹⁶⁴ – l'exécutif à revenir devant le Parlement tous les trois mois pour rendre compte des raisons justifiant une nouvelle prorogation²¹⁶⁵, l'état d'exception de l'article 116 est finalement le seul des états d'urgence contemporains étudiés qui interdit, par sa lettre, une durée illimitée d'application. En effet, déclaré pour une durée ne pouvant excéder 30 jours et ne pouvant être prorogée par le Congrès des députés que pour une seule autre période égale²¹⁶⁶, sa durée maximale de mise en œuvre est donc par avance limitée à 60 jours. Si de toute évidence, il peut être à nouveau déclaré à l'expiration de ce délai, il s'agirait alors d'une nouvelle déclaration, impliquant une rupture juridique dans sa mise en œuvre.

558. Les régimes des états d'urgence font état de différences encore plus marquées sur la question du nombre de prorogations possibles. Si la faculté de prendre plusieurs prorogations successivement est, de manière générale, dégressive avec l'intensité dérogatoire des dispositifs, la réalité est plus complexe.

²¹⁶⁰ V. **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 489.

²¹⁶¹ V. spéc. Ministro de Presidencia, Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214.

²¹⁶² Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, BOE, Núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, p. 104354.

²¹⁶³ Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 291 de 4 de noviembre de 2020.

²¹⁶⁴ Cette prévision paraît bien inopérante pour empêcher l'exécutif de maintenir en vigueur ce dispositif passé trois mois. D'une part, il n'est pas certain que le gouvernement doive, au bout d'un nouveau délai de trois après la prorogation, suivre la même procédure rudimentaire de prorogation, ou même fixer, à cette occasion, une durée à la prorogation. D'autre part, le rôle joué par le Parlement étant non-contraignant, il est évident qu'en pratique, il peut rester en vigueur aussi longtemps que le souhaite l'exécutif. Néanmoins, dans les faits, les déclarations des états d'exception franquiste ont toujours eu cette durée (V. par ex. Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales, BOE, núm. 108, de 5 de mayo de 1962, p. 5989; Decreto-ley 4/1975, de 25 de abril, por el que se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, BOE, núm. 100, de 26 de abril de 1975, p. 8870).

²¹⁶⁵ Art. 26 et 28, LOP 45/1959.

²¹⁶⁶ Art. 116.3 CE et art. 13, LOAES.

558.1. La possibilité de proroger plusieurs fois l'état d'urgence sécuritaire fait débat. Alors qu'il est clair que dans la version originelle de son régime, le nombre de prorogations n'était pas limité, son article 3 dispose depuis l'ordonnance du 15 avril 1960 que « la loi fixe sa durée définitive »²¹⁶⁷. Paul Cassia²¹⁶⁸ et plusieurs parlementaires²¹⁶⁹, dont les rapporteurs des deux assemblées²¹⁷⁰, déduisent du singulier et de la mention d'une durée « définitive » qu'une seule prorogation est permise. Au contraire, certains auteurs comme Olivier Beaud, considèrent que le doute est permis sur une éventuelle faculté de proroger une seconde fois l'état d'urgence²¹⁷¹.

558.2. La pratique a fait fi de ces doutes : l'état d'urgence sécuritaire a été prorogé six fois consécutives entre 2015 et 2017. Si les juges n'ont pas explicitement validé cette pratique, il ressort tout de même de la jurisprudence que le Conseil constitutionnel n'entend pas la prévenir²¹⁷² et que le Conseil d'État, tout en faisant mention littérale de l'article 3²¹⁷³, ne s'est jamais positionné contre ces « prorogations au carré »²¹⁷⁴. C'est à se demander si l'article 3 n'a pas été implicitement abrogé par la pratique²¹⁷⁵. Pour l'état d'urgence sanitaire, qui souffre à l'évidence de la même ambiguïté sémantique²¹⁷⁶, le reliquat de doute qui subsistait a été levé par la loi du 15 février 2021, venue proroger une seconde fois cette deuxième mobilisation de l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national²¹⁷⁷.

558.3. L'arsenal d'exception espagnol est, sur ce point, plus lisible. Il révèle une gradation dans la contrainte exercée sur le nombre de prorogations, qui est fonction de

²¹⁶⁷ Art. 3, L. n° 55-385, 3 avril 1955, modifié par l'ordonnance du 15 avril 1960.

²¹⁶⁸ CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, op. cit., p. 31.

²¹⁶⁹ V. spéc. CHASSAIGNE AN. et LAURENT J.-L., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²¹⁷⁰ HOUILLON PH., président et rapporteur de la commission des lois, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005 ; Rapporteur du Sénat, cité par CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²¹⁷¹ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 67.

²¹⁷² Dans la décision *M. Cédric D.*, le Conseil envisage l'hypothèse dans laquelle le législateur prolongerait l'état d'urgence par une nouvelle loi, pour déterminer ce qui adviendrait des assignations à résidence prises antérieurement. Autrement dit, il valide implicitement la possibilité pour le législateur d'opérer une nouvelle prorogation, ce qui va directement à l'encontre de l'article 3 de la loi du 3 avril 1955 tel que modifié (Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*).

²¹⁷³ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin et Boisverts*, n° 286835, Rec. : « (...) le troisième alinéa de l'article 2 de la loi exige que la prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne puisse être autorisée que par la loi ; qu'en vertu de l'article 3, il incombe à la loi autorisant sa prorogation de fixer la durée définitive de l'état d'urgence ».

²¹⁷⁴ L'expression est utilisée par Paul Cassia (V. not. « Prorogation « bis » de l'état d'urgence : difficultés juridiques en perspective ? », *Le Club de Mediapart*, 12 février 2016, en ligne).

²¹⁷⁵ HENNETTE VAUCHEZ S., « La fabrique législative de l'état d'urgence... », art. cit., p. 54.

²¹⁷⁶ Art. L. 3131-13 et L. 3131-14, CSP.

²¹⁷⁷ L. n° 2021-160, 15 février 2021, prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

l'intensité dérogatoire des régimes d'exception. Ainsi, l'état de siège n'admet aucune prorogation, alors que l'état d'exception admet explicitement possibilité d'être prorogé une fois, et une seule²¹⁷⁸. L'état d'alerte ne précise pas explicitement si plusieurs prorogations sont possibles. Il faut toutefois déduire de la concomitance de sa rédaction avec les deux autres régimes d'exception, de la gradation sus-évoquée et de la pratique, unanime sur ce point, que le nombre de prorogations que peut admettre la déclaration de l'état d'alerte n'est pas limité par avance.

b – Des tentatives infructueuses d'en discipliner les excès pratiques

559. Les excès de la pratique, dont la réalité ne fait aucun doute, portent tant sur le nombre que sur la durée des prorogations. Ils font partie intégrante du problème de la pérennisation des états d'urgence dans l'espace social²¹⁷⁹. À travers ses nombreuses applications et les débats qu'elles ont suscités, l'état d'urgence sécuritaire en constitue le parangon.

560. Jamais appliqué pour les seuls 12 jours de sa déclaration, il est parfois prorogé pour des durées de trois ou de six mois. Il est même, avec la décision du 24 avril 1961, prorogé pour une durée indéterminée²¹⁸⁰. Cette légèreté fautive pourrait laisser à penser que l'exécutif veut s'assurer de disposer des pouvoirs de l'état d'urgence, en limitant les opportunités pour le Parlement d'exercer un contre-pouvoir effectif. Pourtant, non seulement les chambres parlementaires avalisent les prorogations longues demandées par le Gouvernement, mais en plus, elles requièrent souvent des prorogations encore plus longues que celles souhaitées par le Gouvernement²¹⁸¹.

561. Pourtant, plus que la détermination du champ d'application spatial, celle de la maîtrise de la durée de l'état d'urgence est au cœur des débats inhérents au vote de la loi de prorogation. Il ressort des débats consécutifs à l'état d'urgence déclaré à la suite des attentats de Paris plusieurs avantages à ne concéder que des durées raisonnables. Le premier est de permettre l'effectivité

²¹⁷⁸ Il est fait mention « d'une » prorogation (au singulier), intervenant dans les trente jours suivant « la » déclaration (et non une prorogation), prorogeant le dispositif pour « une » seule autre durée égale (art. 116.3 CE et art. 15, LOAES).

²¹⁷⁹ Cf. *supra*, n° 149 et s. et 397 et s.

²¹⁸⁰ Déc., 24 avril 1961, relative à la durée de l'état d'urgence : « la durée de l'état d'urgence (...) est prolongée jusqu'à nouvelle décision ».

²¹⁸¹ HENNETTE VAUCHEZ S., « La fabrique législative de l'état d'urgence... », art. cit., p. 59-60.

et la régularité du contrôle parlementaire à l'occasion du vote de la loi de prorogation²¹⁸². Le second est de limiter l'impact négatif de l'état d'urgence sur les droits et libertés, avec l'idée qu'une prorogation trop longue de l'état d'urgence favoriserait les atteintes aux droits et libertés fondamentaux et entraînerait des effets en cascade²¹⁸³. Le troisième est de protéger l'ordre juridique d'une installation de l'état d'urgence dans la durée, qui est incompatible avec l'État de droit : l'état d'urgence ne peut être un état permanent²¹⁸⁴.

562. Comme les parlementaires, les juges insistent sur la nécessité de limiter l'application dans le temps de l'état d'urgence, et tentent parfois, non sans difficultés, d'établir des critères pour apprécier la légitimité des durées fixées. Selon le Conseil constitutionnel, la durée fixée par la loi de prorogation « ne saurait être excessive au regard du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence »²¹⁸⁵. Néanmoins, la portée effective de cette exigence sur l'opération de prorogation est très limitée : d'une part, le Conseil constitutionnel vise la « durée » de la prorogation et non la prorogation elle-même, ce qui n'interdit pas une prorogation courte, mais inutile. D'autre part et surtout, aucune des décisions appréciant la conformité des lois de prorogation à la Constitution n'en a censuré la durée. De même, si le Conseil d'État conditionne la légitimité du maintien de l'état d'urgence à la continuation des circonstances qui lui ont donné naissance²¹⁸⁶ et fait état de la nécessaire limitation dans le temps de l'extension de pouvoirs conférée aux autorités civiles²¹⁸⁷, il faut y voir une déclaration de principe plus qu'un véritable critère jurisprudentiel. Au moins, le flou de ces formules creuses et non contraignantes s'accorde parfaitement avec celui des exposés des motifs des lois de prorogation²¹⁸⁸.

²¹⁸² Une durée de six mois pour l'état d'urgence sécuritaire est à plusieurs reprises considérée comme déraisonnable au vu de cet impératif (BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 ; FALORNI O., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

²¹⁸³ Le rapport de la commission des lois en 1985 propose de passer la durée de prorogation de six mois à un mois, en raison des effets particulièrement importants de l'état d'urgence sur la liberté de circulation des personnes, l'impact sur la vie sociale et économique et les conséquences en cascade de cet impact. Rap. Sénat n° 193, 24 janvier 1985.

²¹⁸⁴ **HOLLANDE F.**, 30 mars 2016, allocution justifiant l'abandon du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation ; **CASSIA P.**, *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 99.

²¹⁸⁵ Ainsi, pour être conforme à la Constitution, la loi de prorogation de l'état d'urgence doit fixer une durée qui soit proportionnée à l'intensité des circonstances de fait (Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 13 ; Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 9 ; Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyon*, cons. 16).

²¹⁸⁶ **V. BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 112.

²¹⁸⁷ CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217, Rec. ; CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec. ; CE, réf., 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec.

²¹⁸⁸ L'exposé des motifs de ce qui deviendra la loi du 20 novembre 2015 évoque la « période limitée, mais suffisamment longue » durant lequel il faut pouvoir recourir aux mesures de l'état d'urgence (projet de loi

563. L'histoire se répète avec l'état d'urgence sanitaire. Tout juste créé, il est appliqué en continu sur l'ensemble du territoire national du 24 mars 2020 au 10 juillet 2020²¹⁸⁹, puis, après une brève période transitoire de sortie de crise²¹⁹⁰, du 17 octobre 2020 au 1^{er} juin 2021²¹⁹¹. Ces plages temporelles de plus en plus étendues sont justifiées par l'exécutif – comme par certains rapporteurs des assemblées²¹⁹² – par l'impératif de lui assurer de la « visibilité », de consolider le système de santé, mais en aucun cas par un « souhait » de ne pas revenir devant le Parlement²¹⁹³. Sa cessation a marqué le début d'une longue et tout aussi problématique application du régime transitoire de sortie de l'état d'urgence²¹⁹⁴, doublée de déclarations localisées de l'état d'urgence sanitaire outre-mer²¹⁹⁵. L'abrogation de ces régimes à compter du 31 juillet 2022 a conduit à l'adoption de nouvelles mesures transitoires, prévues pour durer jusqu'au 31 janvier 2023²¹⁹⁶ et même, en ce qui concerne le système d'information SI-DEP, jusqu'au 30 juin 2023²¹⁹⁷.

564. Si l'état d'alerte mis en place lors de la crise des contrôleurs aériens n'a duré qu'un mois, ses applications récentes lors de la crise du coronavirus se sont installées dans la durée. Lors de sa première mobilisation sanitaire, les prorogations n'ont duré que 15 jours chacune, conformément à la tradition juridique espagnole voulant que la durée de la prorogation ne soit pas supérieure à celle de la déclaration²¹⁹⁸. Les députés pouvaient ainsi assurer un contrôle rapproché de la durée du maintien de l'état d'alerte. Toutefois, fin octobre 2020, l'exécutif fait au Congrès des députés la demande inhabituelle d'une prorogation exceptionnellement longue de six mois de sa déclaration. Le débat au Congrès des députés est très agité. Certains, reprenant

prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015).

²¹⁸⁹ L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ; L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

²¹⁹⁰ L. n° 2020-856, 9 juillet 2020, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

²¹⁹¹ D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire ; L. n° 2020-1379, 14 novembre 2020, autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire ; L. n° 2021-160, 15 février 2021, prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

²¹⁹² BAS PH., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, Séance du 19 mars 2020.

²¹⁹³ VÉRAN O., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

²¹⁹⁴ L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

²¹⁹⁵ Cf. *supra*, n° 547.

²¹⁹⁶ La date jusqu'à laquelle il était possible de prévoir un « passe » pour les voyages à destination ou au départ du territoire national était, dans le projet gouvernemental, fixée à fin mars 2023. Si le Conseil d'État qualifie cette durée de « particulièrement longue », il conclut qu'elle « peut être regardée comme adéquate dans le contexte décrit » (CE (avis), Commission permanente, 24 juin 2022, *Avis sur un projet de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19*, n° 405549).

²¹⁹⁷ Art. 1 et 2, L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

²¹⁹⁸ Cf. *supra*, n° 556.

l'argumentaire de l'exécutif²¹⁹⁹, considèrent que cette prorogation étendue donne de la stabilité et de la sécurité à l'action du Gouvernement, en le dispensant de venir se justifier deux fois par mois devant le Congrès des députés²²⁰⁰. D'autres, plus modérés, recherchent un compromis entre cette stabilité et la nécessité du contrôle parlementaire. Ils proposent notamment de permettre, sur cette durée de six mois, un contrôle de la réunion des conditions de fond de la mise en œuvre tous les deux mois²²⁰¹. L'opposition s'indigne et soutient qu'une telle prorogation serait contraire à une résolution du Conseil européen²²⁰². En concédant cette prorogation au Gouvernement, le Congrès des députés s'est aligné, encore un peu plus, sur la pratique française des états d'urgence.

²¹⁹⁹ V. par ex. ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59 ; Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 291 de 4 de noviembre de 2020.

²²⁰⁰ ESTEBAN BRAVO A., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

²²⁰¹ AIZPURUA ARZALLUS M., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

²²⁰² V. not. CASADO BLANCO P., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

SECTION II – LA MISE EN ŒUVRE DES ÉTATS D’URGENCE

565. L’édiction de garde-fous à la mise en œuvre effective des états d’urgence constitue un enjeu primordial pour leur acceptabilité. Parce qu’ils ont pour effet de confier à certaines autorités la possibilité d’exercer des pouvoirs dérogeant aux règles ordinaires de compétence et atteignant avec une intensité inhabituelle les droits et libertés fondamentaux, leurs régimes se doivent de poser des limites effectives et des jalons permettant de distinguer l’application nécessaire de l’application détournée. Néanmoins, dans les faits, la concentration de ces pouvoirs dans les mains d’un nombre limité d’autorités, couplée à l’absence de garde-fous suffisants démultiplie l’intensité des mesures permises par les états d’urgence (**A**). Ces dernières, qui relèvent majoritairement de la police administrative, ont en commun d’atteindre l’exercice effectif de nombreux droits et libertés fondamentaux. Si, au gré de la modernisation de leurs régimes, certaines mesures jugées obsolètes tendent à disparaître, à l’image de la censure préalable des publications, les mesures les plus emblématiques des états d’urgence, celles portant des atteintes substantielles à la liberté de circulation, au droit de réunion ou à la liberté du commerce, sont, aujourd’hui encore, systématiquement mobilisées (**B**).

A – DES POUVOIRS DÉROGATOIRES CONFÉRÉS À UN NOMBRE LIMITÉ D’AUTORITÉS

566. Les pouvoirs dérogatoires prévus par les états d’urgence sont exercés par l’administration selon une logique de répartition cohérente avec leur nature et leur portée territoriale. En témoignent le rôle prépondérant et coordinateur du ministre de la santé lors des crises sanitaires ou celui du représentant de l’État dans le département pour contenir les menaces localisées à l’ordre public. Ils sont soumis à de strictes modalités d’extinction, qui lient les autorités chargées de leur application (§1). En intensifiant les pouvoirs habituellement conférés à l’administration en matière d’ordre public et en transférant à certaines autorités administratives des pouvoirs qui d’ordinaire relèvent de l’ordre judiciaire, ces régimes ouvrent la voie à des effets juridiques qui, même limités par les textes, se révèlent particulièrement dérogatoires (§2).

§1 – L’habilitation à l’exercice des pouvoirs et son retrait

567. La déclaration d’un état d’urgence a pour effet d’habiliter l’administration à faire usage des pouvoirs que prévoit son régime. Un tel constat, qui ne rend pas compte de la complexité et des spécificités inhérentes à chaque dispositif, doit être précisé au regard, d’une part, des modalités d’attribution, de répartition et de délégation des pouvoirs entre les autorités administratives (a) et, d’autre part, des modalités d’extinction de ces pouvoirs, qu’elles soient inhérentes à la volonté de leurs détenteurs ou à la fin de l’application de l’état d’urgence (b).

a – Les autorités habilitées à mettre en œuvre les états d’urgence

568. L’exercice des pouvoirs que permet la mise en œuvre d’un état d’urgence est dévolu à titre principal au gouvernement. À titre secondaire et presque exclusivement sur délégation, ils peuvent être mis en œuvre par les autorités locales déconcentrées ou décentralisées. Ils se différencient en cela des états de siège, caractérisés en France par un partage de compétences entre les autorités civiles et les autorités militaires²²⁰³ et, en Espagne, par un exercice des compétences par le gouvernement, avec l’appui de l’autorité militaire²²⁰⁴.

569. En France, l’état d’urgence sécuritaire « renforce » l’État et « unifie » son action. Dans l’esprit le plus classique du système politico-administratif français²²⁰⁵, il brouille ainsi les frontières entre les autorités politiques, administratives et juridictionnelles, non par un véritable transfert de compétences d’une autorité vers une autre, mais par l’extension des compétences dévolues à certaines autorités administratives.

569.1. Les pouvoirs de l’état d’urgence sécuritaire sont attribués à titre principal au Premier ministre, qui, selon la Constitution, dirige l’action d’un gouvernement et dispose de l’administration²²⁰⁶. Il est notamment chargé de prendre les principaux décrets d’application de l’état d’urgence, en précisant les mesures mobilisées. Au sein du gouvernement, le ministre de l’intérieur joue un rôle essentiel en étant chargé de l’exécution de la majorité des mesures, qui, du fait de la nature sécuritaire de l’état d’urgence, relèvent de sa compétence. Il s’agit, quantitativement, de l’autorité la plus citée dans les décrets de déclaration, d’application et de

²²⁰³ Par autorités militaires, il faut comprendre le Président de la République, chef des armées (art. 15, C1958), le Premier ministre, le gouvernement, qui dispose de la force armée (art. 20, C1958), le ministre de la Défense et les haut gradés des corps d’armée.

²²⁰⁴ Le gouvernement est aidé de l’autorité militaire, qu’il dirige.

²²⁰⁵ V. **BARANGER D.**, « Quel "état de droit"... », art. cit., p. 355 et s.

²²⁰⁶ Arts. 20 et 21, C1958.

levée de l'état d'urgence, loin devant le ministre de la Justice ou le ministre de la Défense. Il n'est guère que dans les décrets relatifs à l'Algérie ou à certains territoires d'outre-mer qu'il ne figure pas²²⁰⁷.

569.2. À l'échelon local, il faut faire état du rôle très important joué par les représentants territoriaux de l'État²²⁰⁸ et, en particulier, des préfets de département. Il leur revient d'adapter aux spécificités locales les mesures nationales de l'état d'urgence. Au contraire, les élus locaux métropolitains – les maires – n'ont qu'une place très subsidiaire dans la mise en œuvre des mesures de l'état d'urgence sécuritaire. Sa déclaration n'emporte en effet aucune extension des pouvoirs de police générale ou spéciale des maires. Les autorités administratives sont toutefois invitées à prendre leurs décisions en concertation avec les élus locaux concernés quand l'urgence de la situation le permet²²⁰⁹.

570. Les pouvoirs de l'état d'urgence sanitaire sont dévolus au Premier ministre, au ministre de l'intérieur, au ministre des outre-mer et au ministre des solidarités et de la santé qui en sont, selon la formule consacrée, chacun en ce qui le concerne, responsables de l'application²²¹⁰.

570.1. Au niveau gouvernemental, le Premier ministre est compétent pour prendre par décret de nombreuses mesures de portée générale. Il prend notamment un décret d'application initial, sur rapport du ministre de la santé et après avis du comité scientifique²²¹¹. Le ministre de la santé occupe lui aussi une place importante, en détenant la compétence par défaut de prendre par arrêté les mesures générales qui n'entrent pas dans le champ de compétence du Premier ministre, ainsi que des mesures d'application individuelles des actes du Premier ministre.

570.2. L'état d'urgence sanitaire se distingue de l'état d'urgence sécuritaire par une territorialisation supérieure dans la mise en œuvre de ses mesures. Outre-mer, les modalités de

²²⁰⁷ Ainsi, les mesures prises dans les départements algériens en 1955 le sont dans le cadre des instructions données par le gouverneur général (D. n° 55-386, 6 avril 1955, relatif à l'application de l'état d'urgence en Algérie) et les pouvoirs du ministre de l'intérieur sont exercés, en 1985 et en Nouvelle-Calédonie et dépendances, par le Haut-commissaire de la République (V. par ex L. n° 85-96, 25 janvier 1985, relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.).

²²⁰⁸ Art. 72, C1958.

²²⁰⁹ Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387 ; SARKOZY N., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005.

²²¹⁰ V. par ex. D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire.

²²¹¹ V. par ex. D. n° 2020-1262, 16 octobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

mise en œuvre de ses mesures sont soigneusement adaptées aux spécificités locales²²¹². Sur le territoire métropolitain, le préfet de département, sous réserve d'y avoir été habilité ces deux autorités gouvernementales, a compétence pour adapter à l'échelon local les mesures de niveau national, comme pour prendre, sur le fondement de ces mêmes mesures et dans le respect d'un strict principe de proportionnalité, des mesures individuelles²²¹³. Il joue un rôle clé dans le dispositif sanitaire. Comme pour l'état d'urgence sécuritaire, les maires n'ont qu'un rôle très subsidiaire. S'ils peuvent continuer d'exercer leur pouvoir de police générale et peuvent lutter contre la propagation de l'épidémie sous plusieurs conditions restrictives, dont celles de ne pas compromettre la cohérence et l'efficacité des mesures nationales, ils ne disposent alors d'aucune compétence de police spéciale²²¹⁴.

571. En Espagne, alors que le régime de l'état d'exception prévoit des modalités d'application très centralisée, en limitant les interactions du gouvernement avec les autres acteurs territoriaux à une simple coordination avec les communautés autonomes²²¹⁵, l'état d'alerte propose une intéressante articulation entre autorités compétentes et autorités compétentes déléguées, doublées d'un renforcement pratique du rôle joué par les autorités des communautés autonomes dans sa mise en œuvre.

571.1. Sous l'empire de l'état d'alerte, le gouvernement n'agit pas simplement comme l'autorité hiérarchique de l'administration : ses pouvoirs le déplacent hors de son champ habituel, au rang de véritable pouvoir constitutionnel d'exception²²¹⁶. Il est donc, selon les textes, seul détenteur des pouvoirs dérogatoires de l'état d'alerte. Néanmoins, quand la déclaration affecte exclusivement tout ou partie du territoire d'une communauté²²¹⁷, le gouvernement peut en déléguer l'exercice au président d'une communauté autonome²²¹⁸. L'ensemble des autorités civiles de l'administration publique, les corps de police des communautés autonomes et des corporations locales, ainsi que tous les fonctionnaires peuvent,

²²¹² V. par ex. Ord. n° 2020-463, 22 avril 2020, adaptant l'état d'urgence sanitaire à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et aux îles Wallis-et-Futuna.

²²¹³ Art. L. 3131-17, CSP.

²²¹⁴ Sur un considérant de principe en ce sens pendant la période transitoire, V. not. TA Amiens, ord., 11 août 2020, n° 2002564 ; TA Grenoble, ord., 23 septembre 2020, n° 2005427.

²²¹⁵ L'exercice par le gouvernement des mesures ouvertes par l'état d'exception peut être coordonné avec les gouvernements des communautés autonomes sur lesquelles il est déclaré, en tout ou partie du territoire (art. 31, LOAES).

²²¹⁶ **JOUVE D.**, « L'état d'alerte : la centralisation... », art. cit.

²²¹⁷ Art. 7, LOAES.

²²¹⁸ Quand l'autorité compétente est le président d'une communauté autonome, il peut requérir la collaboration des corps et forces de sécurité de l'État, qui restent soumis à leurs autorités ordinaires (art. 9, LOAES).

dans le cadre de l'état d'alerte, être amenés à accomplir des missions extraordinaires par leur nature ou leur durée. Les autorités compétentes peuvent toutefois, en cas de désobéissance ou de non-exécution, reprendre les facultés ainsi conférées²²¹⁹.

571.2. Cette articulation entre autorité compétente et autorité compétente déléguée, déjà mise en œuvre en décembre 2010²²²⁰, a pris une tout autre ampleur en mars 2020. Le ministre de la santé, qui hérite d'une compétence déléguée par défaut dans les champs d'intervention qui n'entrent pas dans la compétence des autres ministres, est pleinement compétent pour prendre les arrêtés, les résolutions et les instructions interprétatives nécessaires pour que les mesures de l'article 11 de la loi organique atteignent leurs finalités²²²¹. Au gré des prorogations, les autorités compétentes évoluent. Les pouvoirs se concentrent dans les mains de deux entités : le ministre de la santé²²²², qui voit ses pouvoirs encore renforcés au détriment du reste du gouvernement²²²³, et les communautés autonomes²²²⁴, au nom de l'asymétrie territoriale des mesures qu'impose le respect d'un strict principe de nécessité²²²⁵.

571.3. Aussi bénéfiques soient-elles, les délégations territorialisées des pouvoirs de l'état d'alerte ou des autres régimes de l'article 116 ne sauraient se faire au détriment des nécessités constitutionnelles de protéger la compétence des autorités centrales et l'effectivité du contrôle du Congrès des députés sur les mesures prises. En effet, selon une récente

²²¹⁹ Art. 10, LOAES.

²²²⁰ Le Gouvernement délègue certains de ses pouvoirs au chef d'état-major de l'armée de l'air (Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223).

²²²¹ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020.

²²²² Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, BOE, Núm. 145 de 23 de mayo de 2020.

²²²³ Les autres ministres, dont la contribution était essentielle au début de la lutte contre le virus, ne disposent ensuite plus d'aucun des pouvoirs de l'état d'alerte (Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 145 de 23 de mayo de 2020.).

²²²⁴ Le décret-royal du 25 octobre dispose que dans chaque communauté autonome et ville dotée d'un statut d'autonomie, l'autorité compétente déléguée est qui exerce la présidence de la communauté autonome ou de la ville dotée d'un statut d'autonomie (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020).

²²²⁵ V. par ex. ESTEBAN BRAVO A., Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17.

jurisprudence du Tribunal constitutionnel, si la désignation d'autorités compétentes déléguées y fait obstacle, elle doit être déclarée inconstitutionnelle²²²⁶.

b – Les conséquences de la cessation du régime sur les pouvoirs conférés

572. Par principe, la cessation du régime d'un état d'urgence entraîne l'impossibilité logique d'exercer, pour l'avenir, les pouvoirs inhérents à son application, de prendre de nouvelles mesures ou même de continuer à appliquer les mesures déjà en vigueur. Néanmoins, certaines des spécificités des régimes des états d'urgence apportent, outre des précisions, de véritables tempéraments au devenir des effets des états d'urgence.

573. Conformément à sa lettre, la cessation de l'état d'urgence sécuritaire français entraîne la fin des effets de mesures prises lors de sa mise en œuvre, mis à part, avant la loi du 20 novembre 2015, pour les crimes et délits dont la poursuite a été déferée aux tribunaux militaires avant la levée de l'état d'urgence²²²⁷. Ce principe, rappelé par le ministre de l'intérieur pour l'état d'urgence sécuritaire²²²⁸, fait l'objet d'une interprétation stricte par les juges.

573.1. Le Conseil constitutionnel considère de manière constante que les mesures privatives de liberté permises par l'état d'urgence doivent répondre à de strictes conditions d'extinction. Il en est ainsi des assignations à résidence²²²⁹ ou des mesures de fermeture de lieux de réunion et d'interdiction de réunion²²³⁰. Dans un même sens, il estime que l'absence de prévision, par le législateur, d'un délai après la fin de l'état d'urgence à l'issue duquel les données copiées lors d'une saisine seront détruites, constitue une absence de garantie légale entourant le régime des saisines propre à assurer une conciliation parlementaire équilibrée entre sécurité et liberté²²³¹.

²²²⁶ Le Tribunal constitutionnel estime en l'espèce que, d'une part, que la « co-gouvernance » ne saurait, comme c'est le cas en l'espèce, être trop générale et donc, avoir pour effet de dessaisir les autorités habilitées par l'article 7 de la LOAES et, d'autre part, qu'une habilitation trop large concédée aux autorités déléguées nuit au pouvoir de contrôle du Parlement, dès lors qu'il ne peut exercer sur les présidents de communauté autonomes et des villes avec statut d'autonomie le contrôle politique qu'il exerce sur le gouvernement (STC 183/2021, de 27 de octobre de 2021, BOE núm. 282, de 25 de novembre de 2021, FJ 10).

²²²⁷ Art. 14, L. n° 55-385, 3 avril 1955.

²²²⁸ Le ministre de l'intérieur précise aux autorités administratives, dans une circulaire de 2005, que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence ne pourront l'être que le lendemain de la déclaration, à minuit, et qu'elles cesseront au plus tard à la fin de l'état d'urgence (Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387).

²²²⁹ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 13 ; Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan*, cons. 16.

²²³⁰ Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 9.

²²³¹ Cons. const., déc. n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme*, cons. 16.

573.2. Le Conseil d'État fait, lui aussi, une lecture littérale de l'article 14 de la loi sur l'état d'urgence²²³². Il applique le principe de cessation des mesures de l'état d'urgence en même temps que son régime à un acte du préfet refusant de restituer un bien saisi dans le cadre de l'article 11²²³³, ou encore à un acte du préfet de police ordonnant une saisie administrative²²³⁴. En tant que conseiller du gouvernement, il joue un rôle clé dans la protection de l'effectivité de ce principe, en s'opposant à une mesure du projet de loi constitutionnelle permettant de maintenir les effets de l'état d'urgence après son extinction²²³⁵.

574. Les autres dispositifs français adoptent une logique analogue. Ainsi, les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire s'éteignent avec la cessation de son application²²³⁶. S'y ajoute une application particulière du principe de nécessité des mesures : les autorités habilitées ont l'obligation de mettre fin aux mesures prises lorsqu'elles ne sont plus nécessaires²²³⁷. S'il en est de même des mesures de l'état de siège, son régime y excepte, y compris dans sa rédaction contemporaine, la possibilité pour les juridictions militaires de continuer de connaître des crimes et délits dont la poursuite leur avait été déférée²²³⁸.

575. Dans les textes, les états d'urgence espagnols paraissent à ce titre plus protecteurs. Aux termes de l'article 1^{er} de la LOAES, commun aux trois dispositifs, l'extinction de leurs effets suit leur propre extinction, sauf en ce qui concerne les sanctions déjà prises (« *firmes* »). Pour autant, il est partiellement dérogé à ce principe dès la première application de l'état d'alerte. Par le décret-royal du 4 décembre 2010, le Gouvernement prévoit en effet que les procédures initiées en vertu des lois pénales et disciplinaires militaires pourront, si elles ont été engagées et n'ont pas été menées à terme pendant la durée de validité de ce régime, continuer d'être traitées²²³⁹. Le Gouvernement fait ainsi le choix de rapprocher, en pratique, le régime d'extinction des mesures de l'état d'alerte de celui de l'état d'urgence sécuritaire français d'avant 2015.

²²³² CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin et Boisverts*, n° 286835, Rec. : « (...) le premier alinéa de l'article 14 pose en principe que les mesures prises en application de la loi cessent de produire effet en même temps que prend fin l'état d'urgence ».

²²³³ CE, 20 décembre 1967, *Ministre de l'Intérieur c/ Fabre-Luce*, n° 71383, Rec.

²²³⁴ CE, 25 juin 1969, *Ministre de l'Intérieur c/ Minute*, n° 73935, Rec.

²²³⁵ CE (avis), 11 décembre 2015, sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, n° 390866, cons. 13 et 14 ; V. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.,** *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 158-159.

²²³⁶ Art. L. 3131-14, CSP.

²²³⁷ Art. L. 3131-15, L. 3131-16 et L. 3131-17, CSP.

²²³⁸ Art. 13 L. 9 août 1849, sur l'état de siège ; aujourd'hui, Art. L. 2121-6 et L. 2121-3, C. défense.

²²³⁹ Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223.

§2 – La puissance dérogatoire des pouvoirs conférés

576. La légitimité des états d'urgence n'interdit pas qu'ils atteignent profondément l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis. Elle n'est assurée que lorsque l'intensité des mesures prises est limitée *a priori*, ce qui, en dernière extrémité, se traduit par la prohibition de principe des dérogations définitives au droit ordinaire (a). Si ce principe est généralement respecté, le haut degré de latitude laissé aux autorités habilitées dans leur mise en œuvre aboutit souvent, en pratique, à la prise de mesures particulièrement dérogatoires (b).

a – Une intensité théorique définie par le système juridique

577. Dans une certaine mesure, les états d'urgence produisent des effets par leur seule existence dans l'ordre juridique : ils empêchent les autorités de justifier des violations de la Constitution par des lacunes légistiques, ils apportent un élément de légitimité au système constitutionnel et ils montrent jusqu'où l'ordre juridique est prêt à aller pour assurer sa sécurité et sa survie²²⁴⁰. Toutefois, pris pour lui-même, le régime de l'état d'urgence n'est, comme le reconnaissent le Conseil constitutionnel²²⁴¹ ou le Conseil d'État²²⁴², qu'une « législation dormante », incapable de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux²²⁴³. Ce n'est qu'au stade de l'application que la puissance dérogatoire des états d'urgence s'exprime.

578. La portée globale de celle-ci, par opposition à la portée spécifique de chaque mesure qu'il permet, est définie par les limites théoriques et juridiques de son régime et de son système juridique d'appartenance.

579. Dans les deux ordres juridiques étudiés, les pouvoirs conférés par les régimes d'exception ont pour principale limite de ne pas permettre de déroger définitivement aux normes constitutionnelles établissant l'organisation des pouvoirs et les droits et libertés fondamentaux. En effet, l'un des risques majeurs accompagnant l'application d'un régime d'exception est la révision constitutionnelle, qui ferait de la « constitution de crise » la « constitution ordinaire ». Si le niveau de garantie conféré par le droit positif sur cette question diffère entre les deux ordres juridiques, aucun ne paraît permettre une telle révision constitutionnelle aux moyens des pouvoirs conférés par les régimes d'exception.

²²⁴⁰ CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 27.

²²⁴¹ Cons. const., déc. n° 2011-219 QPC, 10 février 2012, *M. Patrick É.*, cons. 5.

²²⁴² V. not. CE (ord.), 29 octobre 2020, n° 445367, cons. 16.

²²⁴³ V. DISANT M., « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », art. cit.

579.1. En Espagne, l'article 169 prohibe expressément toute révision de la Constitution lorsqu'il est fait application d'un des trois régimes d'exception de l'article 116. Cette interdiction est renforcée, de manière assez superfétatoire, pour les deux régimes les plus dérogatoires. En effet, les procédures de révision constitutionnelle de l'article 167 (lorsqu'elle implique un référendum), et celle de l'article 168 (qui implique toujours, à la fin du processus, un référendum) ne peuvent être menées à terme pendant, ou dans les 90 jours suivant l'application de l'état d'exception ou de l'état de siège²²⁴⁴.

579.2. Le droit constitutionnel français est moins protecteur. L'article 89 de la Constitution se limite à empêcher toute procédure de révision constitutionnelle lorsqu'il est porté atteinte « à l'intégrité du territoire », ce qui n'implique, *a priori*, que certaines hypothèses de fait de l'état de siège de l'article 16. Il est donc possible de prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle sous l'empire d'un régime d'exception. Ce fut d'ailleurs le cas en pratique, avec le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation de 2015. En revanche, et la nuance est de taille, il n'y a aucun précédent de révision constitutionnelle menée au moyen des pouvoirs que confère un régime d'exception. En tout état de cause, la doctrine en condamne par avance le principe, de manière constante et unanime²²⁴⁵.

580. Cette prohibition des dérogations définitives au droit positif constitutionnel n'empêche cependant pas plusieurs états d'urgence d'organiser, en droit ou en fait, la suspension temporaire de certaines garanties fondamentales. Ils résultent des cultures juridiques françaises et espagnoles des approches très différentes quant à la transparence que doivent revêtir de telles mises entre parenthèses.

580.1. Dans le système juridique espagnol, la suspension d'une disposition constitutionnelle est un mécanisme nécessairement explicite. C'est ainsi que l'état d'exception franquiste énonçait les droits et libertés fondamentaux de la *Fuero de los Españoles* qu'il choisissait de suspendre, ou que, dans le droit contemporain, en application de l'article 55.1 de la Constitution de 1978, la déclaration de l'état de siège ou de l'état d'exception s'accompagne de l'énumération explicite des droits et libertés suspendus. Le cas de l'état d'alerte est toutefois plus complexe. Si l'article 55.1 s'oppose à ce que son application amène suspendre des droits et libertés constitutionnellement garantis, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel reconnaît

²²⁴⁴ Art. 4.1, Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

²²⁴⁵ Pour des références bibliographiques, V. spéc. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 323.

la possibilité de « restreindre l'exercice des droits fondamentaux » sous son empire²²⁴⁶. Dans la pratique, les décisions d'application se présentent, formellement, comme tirant toutes les conséquences de cette disposition constitutionnelle²²⁴⁷. Pourtant, plus substantiellement, elles opèrent de véritables suspensions des droits et libertés par l'intermédiaire de l'état d'alerte, comme l'a constaté sans ambiguïté le Tribunal constitutionnel²²⁴⁸.

580.2. Les régimes d'exception français permettent eux aussi la suspension temporaire de droits et libertés constitutionnellement garantis, mais rarement sous une forme aussi explicite. Alors qu'elle est textuellement prévue par le régime historique de l'état de siège français²²⁴⁹, son régime contemporain, tout comme ceux de l'état d'urgence sécuritaire et de l'état d'urgence sanitaire, ne font pas mention d'une telle possibilité d'atteindre ou de suspendre temporairement des normes de niveau constitutionnel. Pour autant, l'intensité dérogatoire des mesures qu'ils permettent ne laisse subsister aucun doute sur la faculté des mesures prises sous son empire d'atteindre temporairement ces droits et libertés. Il faut ainsi tenir cette idée comme pudiquement sous-entendue par les régimes des états d'urgence²²⁵⁰. S'il est tentant d'expliquer cette absence de référence à la possibilité de suspendre les droits et libertés par le niveau législatif de la prévision des états d'urgence, une telle piste est invalidée par les faits. D'une part, le projet de loi de protection de la Nation – qui proposait justement de constitutionnaliser l'état d'urgence – n'a pas mentionné une quelconque possibilité d'atteindre ou de suspendre les droits et libertés fondamentaux. D'autre part et surtout, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne fait pas obstacle à ce que le législateur atteigne, par la prévision d'un régime d'exception, ces droits et libertés²²⁵¹. Il s'agit donc d'une véritable différence entre les cultures juridiques françaises et espagnoles.

²²⁴⁶ STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016 ; Sur les conséquences de cette décision sur la capacité des actes réglementaires pris dans le cadre de l'état d'alerte pour limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, V. not. STS 171/2021, de 10 de febrero de 2021, FJ 5.

²²⁴⁷ Elles mentionnent souvent dans l'exposé des motifs que les mesures prévues ne supposent la suspension d'aucun droit fondamental (V. par ex. Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020).

²²⁴⁸ Cf. *infra*, n° 706 et s.

²²⁴⁹ L'article 11 de la loi de 1849 disposait que, sous l'état de siège, les citoyens continuent d'exercer tous leurs droits constitutionnels qui n'ont pas été suspendus.

²²⁵⁰ En 1955, la doctrine en était déjà convaincue (V. spéc. **DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 681).

²²⁵¹ Cf. *supra*, n° 482.

b – Une intensité pratique laissée à l’appréciation de leurs interprètes

581. Dans le cadre ouvert par le texte, la pression exercée sur les valeurs et garanties fondamentales de l’État à l’occasion de l’application d’un état d’urgence dépend directement des choix opérés par les autorités en charge de décider des pouvoirs mobilisés, comme de l’interprétation qu’il convient de leur donner. Il y a, en toile de fond d’une telle réflexion, l’idée très largement partagée²²⁵² que l’indétermination du texte juridique favorise, par la liberté d’interprétation qu’elle sous-entend, des applications plus intenses et donc susceptibles d’abus.

581.1. Dans le système juridique français, ces compétences sont principalement dévolues au gouvernement, même s’il n’est assurément pas en situation de monopole²²⁵³. D’une part, il décide, au moment de la déclaration, des pouvoirs de l’état d’urgence sécuritaire qui seront activés et en module l’application en donnant des instructions aux autorités administratives par circulaire²²⁵⁴. D’autre part, il apparaît dans la pratique comme l’interprète naturel des dispositions de l’état d’urgence. C’est ainsi qu’il se livre sur demande des parlementaires à leur interprétation *in abstracto*²²⁵⁵ ou que le Conseil constitutionnel considère qu’en laissant au pouvoir réglementaire le soin d’apprécier *in concreto* les limites de certaines notions clés du régime légal du passe sanitaire, le législateur ne méconnaît pas sa compétence²²⁵⁶. Ce pouvoir d’interprétation n’est toutefois pas absolu. Il rencontre ses limites lorsque le juge constitutionnel ou administratif impose, par une réserve d’interprétation sur les textes de l’état d’urgence ou par l’annulation d’un acte administratif en portant application, sa propre lecture des pouvoirs de crise.

²²⁵² Parmi les très rares contre-exemples, le Syndicat jeunes médecins faisait valoir, dans un référé devant le Conseil d’État du 22 mars 2020, que les mesures d’urgence prises par le Gouvernement étaient insuffisantes, en raison des interprétations contradictoires et des inégales applications que leur lettre lâche permettait (CE (ord.), 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674).

²²⁵³ Cf. *supra*, n° 569 et s.

²²⁵⁴ Il revient au ministre de l’intérieur de préciser aux autorités administratives les mesures qu’elles pourront mettre en œuvre, celles qui leur sont interdites, ainsi que les conditions d’application et de forme précises qu’elles doivent respecter (V. par ex. Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387). C’est, en revanche, la loi qui décide de proroger l’application de l’article 11 et qui se livre à l’interprétation de ses dispositions (cf. *infra*, n° 597 et s.).

²²⁵⁵ Le rapporteur du Sénat interroge le ministre de l’intérieur sur « l’interprétation qu’il convient de donner » à certaines des dispositions de l’état d’urgence sécuritaire en vue « d’éclairer » les juges (BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015) ; Le ministre de l’intérieur s’exécute, en se livrant à une interprétation *in abstracto* de certaines mesures de l’état d’urgence (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

²²⁵⁶ Il s’agissait notamment de l’expression « grands rassemblements de personne » (Cons. const., déc. n° 2021-819 DC, 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, cons. 16 et s.).

581.2. En Espagne, l'autorité naturelle de la prévision et de la limitation des mesures qui pourront être prises sous l'empire d'un état d'urgence est sans conteste le Congrès des députés. Pour l'état d'alerte – et *a fortiori*, il n'y a pas à en douter, pour l'état d'exception –, l'article 6 de la LOAES prévoit que les pouvoirs conférés lors de la déclaration pourront être modifiés par le Congrès de députés à l'occasion de la prorogation. En pratique, le Congrès fait un usage conséquent de cette prérogative, qu'il interprète largement. Les résolutions de prorogation votées par le Congrès des députés, qui prévoient de manière précise le cadre des mesures qui pourront être prises²²⁵⁷, sont ensuite reprises littéralement dans les décrets-royaux de prorogation²²⁵⁸. Le Congrès comprend d'ailleurs sa compétence comme lui permettant d'imposer la création de nouvelles mesures²²⁵⁹. Surtout, le Tribunal constitutionnel ne laisse plus de doute, dans sa jurisprudence la plus récente, quant au devoir constitutionnel du Congrès des députés de s'approprier, de fixer le cadre d'exercice et de contrôler l'application de toutes les mesures dérogatoires que le Gouvernement met en œuvre dans le cadre des régimes d'exception de l'article 116²²⁶⁰.

582. Une fois l'état d'urgence en vigueur, l'application des mesures qu'il prévoit est laissée à l'appréciation des autorités habilitées, selon la chaîne ordinaire de commandement dans l'administration. Confinant parfois à la discrétionnarité, cette liberté interprétative est un point brûlant du débat autour des états d'urgence et de leur légitimité. Si, du fait de ses nombreuses applications et des réactions fortes qu'elles ont provoquées, l'état d'urgence sécuritaire se retrouve particulièrement exposé à cette critique, elle vise aussi les autres états d'urgence.

582.1. En France, l'importante marge interprétative laissée aux autorités d'application de l'état d'urgence sécuritaire, ainsi que l'équilibre général des pouvoirs sous son empire, sont

²²⁵⁷ V. par ex. Resolución de 22 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, BOE, Núm. 115 de 25 de abril de 2020 ; Resolución de 6 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, BOE, Núm. 129, de 9 de mayo de 2020.

²²⁵⁸ V. par ex. Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 115 de 25 de abril de 2020.

²²⁵⁹ Par exemple, dans sa résolution du 6 mai 2020, le Congrès des députés demande au Gouvernement d'ajouter un article 7, paragraphe 1 bis, au décret-royal de déclaration, pour s'assurer que la mise en œuvre de l'*estado de alarma* ne fera pas obstacle aux processus électoraux des Parlements des communautés autonomes (Resolución de 6 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, BOE, Núm. 129, de 9 de mayo de 2020).

²²⁶⁰ Cf. *supra*, n° 571 et *infra*, n° 696.

critiqués par les parlementaires dès sa création. Au moment du vote de la loi du 3 avril 1955, ils s'inquiètent de la marge d'appréciation laissée au Gouvernement pour appliquer les mesures de l'état d'urgence, en particulier les dispositions de son article 7²²⁶¹ et du risque d'interprétation « saupoudrée d'arbitraire » qu'il induit²²⁶². Cette marge interprétative préoccupe surtout les parlementaires du fait d'un équilibre général des pouvoirs sous l'état d'urgence qui remettrait trop profondément en cause l'État de droit et les libertés fondamentales. Les parlementaires reprochent à ce dispositif de conférer au Gouvernement les pouvoirs les plus exorbitants que la République française a connus²²⁶³. Ils ont en horreur la faculté gouvernementale de faire usage de l'ensemble du champ de l'état d'urgence face aux calamités publiques²²⁶⁴. Ils craignent le mécanisme de l'assignation à résidence, qui, dans le contexte historique de 1955, est assimilée à la création de camps de concentration²²⁶⁵, comme ils se méfient de l'article 11, considéré comme problématique sur le plan symbolique²²⁶⁶. Cette double critique de l'intensité des prévisions de l'état d'urgence et de la liberté des autorités chargées de son application, se fait de nouveau entendre, pour l'état d'urgence sécuritaire, lors de sa mise en œuvre face au risque terroriste en 2015²²⁶⁷.

582.2. Elle est aussi omniprésente dès la première application de l'état d'urgence sanitaire, tant dans le débat parlementaire²²⁶⁸ que, en ce qui concerne les motifs de déplacement dérogatoire, dans le contentieux des référés devant le Conseil d'État,²²⁶⁹. Elle se retrouve enfin dans les moyens soulevés par l'opposition parlementaire saisissant le Conseil constitutionnel de la loi prévoyant le régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire²²⁷⁰ ou de celle portant diverses dispositions de vigilance sanitaire²²⁷¹. Vraisemblablement fondées lorsqu'elles portent

²²⁶¹ La formule « entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics » est, pour Léo Hamon, « aussi vaste que possible » (HAMON L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955). Elle pourrait, selon un autre parlementaire, être interprétée « de n'importe quelle façon » (NAMY L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955).

²²⁶² HAMON L., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

²²⁶³ PLAISANT M., DEBU-BRIDEL J., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

²²⁶⁴ Cf. *supra*, n° 441.

²²⁶⁵ MARANNE G., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955.

²²⁶⁶ MARCILHACY P., JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958.

²²⁶⁷ MERCIER M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²²⁶⁸ V. par ex. PEU S., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 9 mai 2020.

²²⁶⁹ Le Conseil d'État relève à cette occasion l'ambiguïté de certaines dispositions, comme « déplacements pour motif de santé », « déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes » (CE (ord.), 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674, cons. 11 et s.).

²²⁷⁰ Les auteurs de la saisine font notamment valoir que l'expression « activités de loisir » de l'article 1, II méconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, ce à quoi le Conseil constitutionnel répond qu'elle n'est ni imprécise ni ambiguë (Cons. const., déc. n° 2021-819 DC, 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, cons. 16 et s.).

²²⁷¹ Cons. const., déc. n° 2021-828 DC, 9 novembre 2021, *loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*.

sur le régime de l'état d'urgence sécuritaire, ces critiques apparaissent de bien mauvaise foi lorsqu'elles qualifient de « chèque en blanc » fait au Gouvernement le modeste dispositif transitoire succédant aux régimes de la crise sanitaire²²⁷².

583. S'ils se défendent parfois de disposer d'une telle liberté d'interprétation, les gouvernements français et espagnols choisissent, de plus en plus fréquemment, de la motiver. L'état d'urgence est présenté comme une « boîte à outils »²²⁷³, un cadre d'habilitation²²⁷⁴ au sein duquel l'administration, qui n'est jamais tenue de mettre en œuvre les pouvoirs dont elle dispose²²⁷⁵, mobilise et module librement la portée des mesures à sa disposition, en fonction d'indicateurs objectifs²²⁷⁶. Cette rhétorique de l'efficacité par la flexibilité, rendue nécessaire par l'évolutivité des périls²²⁷⁷, justifie d'accorder au Gouvernement des prorogations étendues²²⁷⁸, de leur concéder toute latitude dans le champ de la marge de manœuvre juridique qui est la leur²²⁷⁹, sinon de ne pas délimiter à l'avance les mesures qui pourront être mobilisées, au nom d'une plus grande faculté d'adaptation aux évolutions de la situation de fait²²⁸⁰.

584. Dans la pratique, la mise en œuvre des mesures des états d'urgence est susceptible de s'accompagner, comme pour tout régime d'exception, d'abus et de détournements de pouvoirs²²⁸¹, qui ne sont, logiquement, pas toujours assumés.

584.1. Pour les parlementaires, l'état d'urgence sécuritaire a fait l'objet de « dérives » entre 1961 et 1963²²⁸², comme de « quelques débordements » durant son application contre le terrorisme islamiste²²⁸³. Ils relèvent surtout des détournements des mesures qu'il permet, aboutissant notamment à mettre en cause de personnes qui n'ont rien à voir avec le

²²⁷² KERBRAT AN. et MÉNAGÉ TH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

²²⁷³ LAGARDE J.-CH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020.

²²⁷⁴ ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59 ; ESTEBAN BRAVO A., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

²²⁷⁵ Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

²²⁷⁶ Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 291 de 4 de noviembre de 2020.

²²⁷⁷ ESTEBAN BRAVO A., Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

²²⁷⁸ ILLA ROCA S., Ministro de sanidad, Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59.

²²⁷⁹ CAZENEUVE B., BAS PH., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²²⁸⁰ Il n'est pas souhaitable de devoir « dresser à l'avance la liste » des mesures qui pourront être prises lors de son application, pour pouvoir « nous adapter si l'épidémie devait sévir par pics successifs ou selon des formes variées sur les territoires » (PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

²²⁸¹ Cf. *supra*, n° 145 et s.

²²⁸² BENBASSA E., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²²⁸³ POPELIN P., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

terrorisme²²⁸⁴, à l'image de trafiquants de stupéfiants²²⁸⁵, comme pour assurer le « tout-venant du maintien de l'ordre », désamorcer les conflits sociaux ou apaiser les tensions locales²²⁸⁶. Les observatoires des droits de l'homme²²⁸⁷ – et parfois les juridictions elles-mêmes – dénoncent régulièrement des dérives : assignation à résidence de militants écologistes au moment de la COP 21²²⁸⁸, mesures prises à l'encontre des militants du mouvement « Nuit debout » ou des manifestants opposés à la « loi Travail »²²⁸⁹, délimitation de zones de protection dans des camps de réfugiés à Calais²²⁹⁰ ou encore, évacuation d'un squat en banlieue parisienne²²⁹¹. Il en ressort, en substance, que les autorités administratives se reconnaissent le droit de prendre des mesures au seul prétexte qu'un comportement serait susceptible de détourner les forces de l'ordre de la prévention des attentats²²⁹².

584.2. Alors que l'administration assume, comme cela vient d'être vu, une certaine marge d'interprétation dans les discussions les plus abstraites, elle se garde généralement bien de reconnaître, dans les faits, ses excès et ses moments de discrétionnarité²²⁹³. De manière plus problématique, un ministre s'offusque d'un amendement parlementaire visant à l'établissement d'un rapport sur les détournements des pouvoirs conférés par l'état d'urgence sécuritaire²²⁹⁴ et un autre, que l'état d'urgence a déjà été utilisé contre des manifestants de la COP21 à des fins autres que l'antiterrorisme²²⁹⁵. Il faut toutefois faire état de quelques moments de franchise bien inhabituels dans le cadre de la communication de crise, qui, s'ils sont parfois teints d'une certaine pudeur²²⁹⁶, témoignent pour d'autre d'un certain courage²²⁹⁷.

²²⁸⁴ CHASSAIGNE AN., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

²²⁸⁵ BERNALICIS H., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

²²⁸⁶ HENNETTE VAUCHEZ S., « Introduction », art. cit., p. 8.

²²⁸⁷ V. par ex. CNCDH, Communiqué, État d'urgence : l'État de droit... , préc.

²²⁸⁸ CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. B...C...*, n° 394991, Inédit au Recueil ; Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* ; CE, Communiqué, Assignations à résidence prononcées à l'occasion de la COP 21 dans le cadre de l'état d'urgence, 11 décembre 2015.

²²⁸⁹ CNCDH, Avis, sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure, 6 juillet 2017, p. 9.

²²⁹⁰ V. spéc. Arrêté du 1^{er} décembre 2015 du préfet du Pas-de-Calais instituant une zone de protection sur l'emprise de la RN16 dite « rocade portuaire » de Calais.

²²⁹¹ TA de Melun, 23 septembre 2016, n° 1600664 ; CE, (avis), Ass., 6 juillet 2016, n° 398234, 399135, Rec.

²²⁹² Cf. *supra*, n° 456.

²²⁹³ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²²⁹⁴ TAURINE B. et VALLS M., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

²²⁹⁵ DE RUGY F., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²²⁹⁶ C'est ainsi que le ministre de l'intérieur de 1955 concède que l'état d'urgence a pu provoquer quelques « tristesses de la situation » (BOURGÈS-MAUNOURY M., ministre de l'intérieur, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955) ou que celui de 2016 reconnaît que, dans quelques « cas isolés », les mesures de l'état d'urgence « n'ont pas été accomplies avec le discernement qui aurait dû pourtant présider à leur mise en œuvre ou même à leur choix » (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016).

²²⁹⁷ Il faut surtout faire état de l'aveu de François Hollande, qui, *a posteriori*, a reconnu le détournement des prérogatives de l'état d'urgence pour assigner à résidence des militants écologistes (cf. *supra*, n° 505).

585. La frontière entre l’abus et l’interprétation constructive, l’excès de zèle et la mesure musclée qu’imposait la situation n’est pas aisée à placer. Dans tous les cas, les applications récentes des états d’urgence, qui laissent entrevoir la marge d’interprétation dont disposent en pratique les autorités d’application des états d’urgence, imposent d’interroger les risques que font planer les états d’urgence sur l’État de droit, pour tirer tous les enseignements de ces crises et être en mesure d’améliorer le fonctionnement institutionnel pour l’avenir²²⁹⁸.

B – UN ARSENAL ÉTOFFÉ DE MESURES D’EXCEPTION

586. La variété des mesures d’exception permises par les états d’urgence, qu’il s’agisse des droits et libertés fondamentaux qu’elles atteignent, de leurs modalités de déclaration ou de la prévision de leur terminologie, fait de l’étude des mesures des états d’urgence un objet particulièrement propice à la comparaison entre les systèmes juridiques, comme entre les mesures des différents états d’urgence conditionnée à une même qualification des faits (§2). En raison de ses spécificités historiques, des nombreuses aggravations successives des mesures qu’il prévoit et de la richesse particulière de l’articulation entre les séries de mesures qu’il prévoit, l’état d’urgence sécuritaire fait l’objet d’un traitement spécifique (§1).

§1 – L’organisation atypique des mesures de l’état d’urgence sécuritaire

587. L’état d’urgence français du 3 avril 1955, qui a été substantiellement remodelé à l’occasion de ses nombreuses applications, tant par le législateur en faisant évoluer le régime que par le juge constitutionnel en censurant des dispositions, appelle, pour une présentation pertinente de ses mesures, à mobiliser une typologie qui lui est propre. D’une part, les mesures relevant du régime normal de l’état d’urgence (a) et d’autre part, celles appartenant à son régime dit aggravé, et pourtant systématiquement déclaré, qui sont les plus emblématiques (b).

a – Un état d’urgence « normal » déjà très dérogatoire

588. Selon la typologie construite par Roland Drago²²⁹⁹, la première série de mesures que permet de prendre l’état d’urgence est ouverte de plein droit par sa déclaration et la seconde, par mention expresse dans les décrets d’application. Néanmoins, les implications pratiques de

²²⁹⁸ V. en ce sens **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 513-514.

²²⁹⁹ **DRAGO R.**, « L’état d’urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 681-688.

la distinction entre ces deux séries de mesures, qui constituent ce que Gilles Lebreton appelle le « régime normal » de l'état d'urgence²³⁰⁰, doivent être relativisées. D'une part, le décret d'application de ces mesures est souvent pris le même jour que le décret de déclaration²³⁰¹, et d'autre part, le Premier ministre est obligé de le prendre²³⁰².

589. Les mesures ouvertes de plein droit par la déclaration de l'état d'urgence sont classiquement celles prévues aux articles 5, 9 et 10 de son régime, auquel il faut, depuis la loi du 20 novembre 2015, ajouter l'article 11, II qui, malgré son rattachement à l'article 11, appartient pourtant au régime de droit commun de l'état d'urgence²³⁰³.

590. L'article 5 de la loi du 3 avril 1955 habilite le préfet, dont le département se trouve en tout ou partie compris dans une circonscription prévue à l'article 2, à prononcer des interdictions de circuler – dont les emblématiques couvre-feux –, à instaurer des zones de protection et à prononcer des interdictions de séjour. La loi du 11 juillet 2017 ajoute une condition de finalité, qui s'applique à l'ensemble des mesures prévues à l'article 5. Elles ont vocation exclusive à « prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre publics ».

590.1. La première catégorie de mesures de l'article 5 est l'interdiction de circuler des personnes ou des véhicules, dans les lieux et aux heures fixées par arrêté. Ce pouvoir emblématique de l'état d'urgence est celui qui permet, notamment, la mise en place de couvre-feux dans les lieux les plus susceptibles d'être exposés à des troubles à l'ordre public²³⁰⁴.

590.2. La deuxième catégorie de mesures est la création de zones de protection et de sécurité. Par celles-ci, le préfet peut réglementer le séjour des personnes dans des zones déterminées. Il s'agit, selon l'exécutif, de l'un des outils majeurs de la protection des droits et

²³⁰⁰ **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 85-86.

²³⁰¹ V. par ex. D. n° 2015-1475, 14 novembre 2015, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 ; D. n° 2015-1476, 14 novembre 2015, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 ; D. n° 2015-1478, 14 novembre 2015, modifiant le décret n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

²³⁰² Les débats parlementaires révèlent que le pouvoir du Premier ministre de prendre un tel décret d'application est une obligation et non une faculté comme le prévoyait le projet de loi (**DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 680).

²³⁰³ Cette disposition, appliquée elle aussi par le seul décret de déclaration (En témoigne la nouvelle rédaction de l'article 11, qui réserve la nécessité d'une mention expresse dans le décret de déclaration ou dans la loi de prorogation au seul I de l'article) permet au ministre de l'intérieur de prendre toute mesure pour assurer l'interruption d'un service de communication en ligne provoquant à la commission d'actes terroristes ou en faisant l'apologie. Il est cependant bien moins dérogatoire que l'article 11,2°, auquel il succède maladroitemment.

²³⁰⁴ Dans le contexte des émeutes touchant l'Île-de-France en 2005, le ministre de l'intérieur précise par circulaire que les couvre-feux ont vocation à être instaurés dans les parties du département qui « paraissent exposées à des risques importants de trouble à l'ordre public » (Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387).

libertés, en permettant à de nombreux évènements de se tenir malgré le risque²³⁰⁵. Toutefois, le Conseil constitutionnel ne voit pas d'un bon œil les quatre-vingts zones de protection ou de sécurité dont le ministre de l'intérieur faisait l'éloge et déclare inconstitutionnel l'alinéa prévoyant les zones de sécurité et de protection, dans sa rédaction antérieure à la loi du 11 juillet 2017²³⁰⁶.

590.3. La troisième catégorie de mesures est l'interdiction de séjour. Le préfet peut interdire de séjour, dans tout ou partie de son département, toute personne cherchant à entraver, de quelque manière que ce soit, l'action des pouvoirs publics. Cette faculté laissée au préfet voit son régime précisé par le Conseil d'État en 1985²³⁰⁷. En 2017, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnel le 3^o de l'article 5 avec effet différé²³⁰⁸. Il lui reproche un champ d'intervention trop large, permettant de l'appliquer à toute personne entravant l'action des pouvoirs publics dans un périmètre pouvant inclure le domicile et le lieu de travail. Le Gouvernement revoit sa copie²³⁰⁹ : pour prononcer des interdictions de séjour, le préfet doit maintenant tenir compte de la vie familiale et professionnelle des personnes pour lesquelles il existe, selon la nouvelle rédaction, des « raisons sérieuses de penser » que le comportement « menace » la sécurité et l'ordre publics²³¹⁰.

591. Les deux autres catégories de mesures ouvertes de plein droit par la déclaration de l'état d'urgence sont plus secondaires. Il s'agit, pour l'article 9 de la loi du 3 avril 1955, d'une habilitation faite au ministre de l'intérieur d'ordonner la remise de certaines catégories d'armes²³¹¹ et pour l'article 10, de la possibilité pour le gouvernement de réquisitionner, dans les circonscriptions affectées par l'état d'urgence, les personnes et les biens aux conditions fixées par la loi²³¹².

²³⁰⁵ COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

²³⁰⁶ Cons. const., déc. n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association la cabane juridique / Legal Shelter et autre*, cons. 6.

²³⁰⁷ CE, 1^{ère}/4^e sous-sect., 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, n° 68151, Rec.

²³⁰⁸ Cons. const., déc. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L.*, cons. 7.

²³⁰⁹ Il répond « point par point » aux critiques formulées dans la nouvelle rédaction de la disposition (PARIS D., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017).

²³¹⁰ Art. 2, L. n° 2017-1154, 11 juill. 2017, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

²³¹¹ La loi du 26 février 2018 a modifié l'article 9, en le modernisant au regard des nouvelles terminologies légales concernant les catégories d'armes à feu.

²³¹² L'article 10 faisait mention de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation en temps de guerre. Depuis l'intervention de la loi du 20 novembre 2015, cet article renvoie à l'article L. 1111-2 du code de la défense.

592. Les mesures ouvertes par l'application de l'état d'urgence sur des zones déterminées sont prévues aux articles 6, 6-1, 8 et 8-1 de la loi du 3 avril 1955 modifiée. Ils donnent des pouvoirs supplémentaires aux autorités, parmi les plus emblématiques de l'état d'urgence.

592.1. L'article 6 de la loi du 3 avril 1955 dispose que le ministre de l'intérieur dans tous les cas et, en Algérie, le gouverneur général, peuvent prononcer des assignations à résidence pour toutes personnes dont « l'activité s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics des circonscriptions territoriales » visées à l'article 2. Malgré les garanties prévues aux deux derniers paragraphes de ce même article (l'interdiction d'avoir pour effet la création de camps de détention et l'obligation d'assurer la subsistance des personnes astreintes et de leur famille), la nature profondément antilibérale de cette mesure et l'ambiguïté de la formule permettant d'apprécier sa nécessité (la notion de dangerosité d'une activité) font de cette disposition la plus grave du régime de l'état d'urgence simple²³¹³. Son régime fait l'objet de modifications répétées²³¹⁴, qui, tout en enrichissant substantiellement le régime de l'assignation à résidence, ont surtout pour effet de l'aggraver.

592.2. En 1955, il suscite de nombreuses réactions du Parlement, des juges et de la doctrine, qui craignent que cette disposition soit utilisée pour construire des camps de détention. Si la loi du 3 avril précise explicitement, en son article 6, qu'« en aucun cas, l'assignation à résidence ne pourra avoir pour effet la création de camps », la réalité aurait été tout autre. Des sources concordantes font état de la création de « camps d'hébergement » dès avril 1955, en Algérie²³¹⁵. La loi du 7 août 1955 complète l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 par l'adjonction d'un alinéa prévoyant que l'assignation de résidence doit permettre à celui qui en est l'objet de résider dans une agglomération ou à proximité d'une agglomération. Si cet alinéa permet de confirmer l'interdiction théorique de la création de camps²³¹⁶, il représente aussi, selon Roland Drago, le refus implicite de l'Assemblée nationale de prendre en compte et de condamner les *abus* qui lui ont été signalés²³¹⁷.

²³¹³ Pour Roland Drago, cette disposition est « assurément la plus grave de la loi » (« L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 684).

²³¹⁴ L. n° 55-1080, 7 août 1955, relative à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie ; L. n° 2015-1501, 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 ; L. n° 2016-1767, 19 décembre 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence ; Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani*.

²³¹⁵ **LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 85-86 ; **MADIOT Y.**, *Droits de l'homme*, 2^e éd., Paris, Masson, 1991, p. 175 : « Pendant la guerre d'Algérie, 24000 personnes furent assignées à résidence dans la région d'Alger et plus de 3000 disparurent ».

²³¹⁶ **RAYBAUD J.**, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955.

²³¹⁷ **DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 684.

592.3. La loi du 20 novembre 2015 entreprend une refonte complète du régime des assignations à résidence, qui vise, selon le Gouvernement, à lui assurer une plus grande effectivité. D'une part, elle crée de nouveaux pouvoirs, périphériques à l'assignation proprement dite²³¹⁸. D'autre part et surtout, elle revoit en profondeur les critères sur lesquels les individus peuvent se voir assignés à résidence, pour permettre son application préventive face aux « terroristes potentiels »²³¹⁹. L'assignation à résidence ayant vocation à prévenir et non à punir²³²⁰, il est justifié pour le Gouvernement d'assigner des personnes dont la dangerosité n'est pas avérée²³²¹, mais pour lesquelles il existe des « raisons sérieuses » de le penser²³²². Si les juges ne s'opposent pas à la direction prise par le Gouvernement²³²³ et que certains parlementaires y voient l'occasion de « retirer de la circulation » les jeunes rentrés de Syrie²³²⁴, d'autres élus, comme d'ailleurs la doctrine²³²⁵, s'alarment d'une rédaction de nature à « insuffler dans notre droit des critères à tendance subjective »²³²⁶. Le Gouvernement, qui nuance dans un premier temps la portée effective de cette nouvelle rédaction²³²⁷, reconnaît toutefois, par la suite un usage trop « large » de l'assignation à résidence dans les premiers temps après les attentats²³²⁸.

592.4. C'est aussi posé, à de multiples reprises, la question de la durée des assignations à résidence. Pour la durée journalière, le ministre de l'intérieur relate avoir proposé, dans le projet de loi de la première prorogation de l'état d'urgence, une durée d'astreinte à résidence journalière de huit heures maximales, mais que la durée de 12 heures provient d'un amendement

²³¹⁸ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015.

²³¹⁹ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³²⁰ BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³²¹ Discussion sur l'amendement n° 9, COHEN L., CAZENEUVE B. et BAS PH., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³²² VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³²³ Le Conseil constitutionnel assure de la constitutionnalité de la nouvelle rédaction de l'article 6, qu'il estime compatible avec la liberté d'aller et venir (Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 14) et le Conseil d'État interprète d'une manière qui profite aux autorités les motifs sur lesquels peuvent être justifiées par les autorités les mesures d'assignation à résidence (CE, Sect. 11 décembre 2015, n° 394989, 394990, 394991, 394992, 394993, 395002, 395009 »).

²³²⁴ DOLIGÉ É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³²⁵ V. BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 122-126).

²³²⁶ COHEN L., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³²⁷ En réponse à cette critique, Bernard Cazeneuve explique que les personnes fichées dans le fichier des signalés pour la prévention et la radicalisation à caractère terroriste ne doivent pas toutes être assignées à résidence – au nom de la nécessité de disposer d'éléments « accusatoires » (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

²³²⁸ COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

de l'Assemblée nationale qui a été adopté²³²⁹. Pour la durée totale, le Conseil constitutionnel a recours à la technique de la réserve d'interprétation, en posant des conditions particulières pour prolonger une assignation à résidence au-delà de 12 mois²³³⁰. Ultérieurement, le Conseil d'État montrera qu'il a pris acte des réserves du juge constitutionnel, en contrôlant une prolongation d'assignation à résidence au-delà de ce délai à l'aune des conditions instaurées²³³¹.

592.5. Les lois intervenues en 2016 et en 2017 ont rendu le régime de l'assignation à résidence plus protecteur, notamment en instituant une présomption d'urgence devant le juge du référé-liberté pour les assignés à résidence²³³², en limitant à un an, prorogables pour trois mois par décision du Conseil d'État, les assignations à résidence²³³³ et en permettant une meilleure prise en compte des contraintes de la vie familiale et professionnelle des personnes assignées²³³⁴. Parmi ces évolutions, la possibilité de proroger la durée des assignations à résidence au-delà de 12 mois fait l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité, à l'aune des principes d'impartialité et du droit à exercer un recours juridictionnel effectif²³³⁵.

593. L'article 6-1 est ajouté à la loi du 3 avril 1955 par la loi du 20 novembre 2015. Il complète l'arsenal de l'état d'urgence sécuritaire en donnant au Conseil des ministres la possibilité de dissoudre par décret « les associations ou groupements de faits qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent ». Il vise notamment les groupements salafistes radicaux²³³⁶.

594. L'article 8 de la loi du 3 avril 1955 habilite le ministre de l'intérieur, le gouvernement général pour l'Algérie et le préfet de département à prononcer des fermetures provisoires de lieux de réunion et des interdictions de réunion. Ces deux prévisions, déclarées conformes à la Constitution par la première décision Ligue des droits de l'homme²³³⁷, font l'objet d'évolutions substantielles à l'occasion de la loi du 21 juillet 2016²³³⁸.

²³²⁹ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 ; Le rapporteur du Sénat souscrit lui aussi à cette durée de douze heures, insistant sur le fait qu'il revient aux autorités administratives de moduler cette durée en fonction des cas (BAS PH., Rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

²³³⁰ Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani*, cons. 17 et 19.

²³³¹ CE, (Réf. Collégial), 25 avril 2017, n° 409677, Rec.

²³³² L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

²³³³ L. n° 2016-1767, 19 décembre 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

²³³⁴ L. n° 2017-258, 28 février 2017, relative à la sécurité publique.

²³³⁵ Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani*, cons. 12.

²³³⁶ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³³⁷ Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*.

²³³⁸ L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

594.1. D'une part, cet article permet aux autorités précitées de prononcer la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature. La loi de 2016 ajoute explicitement la possibilité de prononcer la fermeture provisoire des lieux de culte « au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes ». Selon Gérard Collomb, ces fermetures provisoires ont permis d'éviter qu'un nombre important de personnes se radicalisent en écoutant « les prêches fanatiques » tenus dans certains lieux de cultes²³³⁹.

594.2. D'autre part, l'article 8 permet à ces mêmes autorités d'interdire les réunions « de nature à provoquer ou à entretenir le désordre ». Cela aurait permis, au lendemain des attentats, de s'assurer que les forces de l'ordre ne soient pas mobilisées « à autre chose qu'à la protection des Français contre le risque terroriste »²³⁴⁰, notamment du fait de mouvements sociaux. La loi du 21 juillet 2016²³⁴¹ ajoute, par une formule intéressante, la possibilité d'interdire les rassemblements de personnes sur la voie publique « dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose ».

595. L'article 8-1, créé par cette même loi du 21 juillet 2016, prévoit la possibilité pour les autorités de procéder à des contrôles d'identité, des fouilles de bagages et des visites de véhicule. Il est déclaré inconstitutionnel par la troisième décision QPC *Ligue des droits de l'Homme*, au nom de la liberté d'aller et de venir et du droit au respect de la vie privée²³⁴².

596. Enfin, le régime « normal » de l'état d'urgence prévoit deux mesures relatives à la justice, aux articles 12 et 13 de la loi du 3 avril 1955.

596.1. L'article 12 de la loi de 1955 prévoit la possibilité d'un transfert de compétence à la juridiction militaire pour se saisir de crimes et des délits qui leur sont connexes, par décret pris sur rapport du garde des sceaux et du ministre de la Défense nationale. Il est utilisé en Algérie dès le 23 avril 1955²³⁴³. Après avoir été modifié à plusieurs reprises²³⁴⁴, il tombe en

²³³⁹ COLLOMB G., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

²³⁴⁰ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²³⁴¹ L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

²³⁴² Cons. const., déc. n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 7.

²³⁴³ DRAGO R., « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 690-692.

²³⁴⁴ L. n° 55-1080, 7 août 1955, relative à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie ; L. n° 2000-516, 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

désuétude avec la disparition des juridictions militaires qu'il visait²³⁴⁵, et est finalement abrogé en novembre 2015²³⁴⁶.

596.2. L'article 13 de la loi du 3 avril 1955 prévoit des peines d'emprisonnements et d'amendes, sanctionnant le non-respect des mesures mises en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence. La loi du 20 novembre 2015 modifie les peines qu'il prévoit et précise que « l'exécution d'office, par l'autorité administrative, des mesures prescrites peut être assurée nonobstant l'existence de ces dispositions pénales »²³⁴⁷. Il est ensuite légèrement remanié par la loi du 28 février 2017²³⁴⁸.

b – Un état d'urgence « aggravé » systématiquement mobilisé

597. La troisième série de mesures permises par l'état d'urgence sécuritaire regroupe ses pouvoirs dits « aggravés »²³⁴⁹. Conformément à l'article 11 de la loi du 3 avril 1955, ces mesures doivent avoir été expressément prévues par la norme de déclaration ou de prorogation de l'état d'urgence²³⁵⁰ pour être mobilisées par les autorités habilitées, c'est-à-dire le ministre de l'intérieur, le gouverneur général pour l'Algérie et le préfet pour le département, et ce dans les seules zones où l'état d'urgence est appliqué. Son contenu est profondément remanié entre 2015 et 2017, à l'occasion de lois de prorogation²³⁵¹ et de décisions du Conseil constitutionnel²³⁵².

598. Particulièrement dérogatoires, les pouvoirs prévus à l'article 11 sont, dès la création du régime de l'état d'urgence, abondamment critiqués par la doctrine. Dès 1955, Roland Drago fait état de la grande indétermination des termes employés, qui investissent, *in abstracto*,

²³⁴⁵ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³⁴⁶ L. n° 2015-1501, 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.

²³⁴⁷ L. n° 2015-1501, 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.

²³⁴⁸ L. n° 2017-258, 28 février 2017, relative à la sécurité publique.

²³⁴⁹ Sur l'état d'urgence simple et l'état d'urgence aggravé, leur articulation complexe avec les décrets de déclaration et d'application et l'éclairage apporté par l'arrêt *Rolin* du Conseil d'État, V. BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 27-31.

²³⁵⁰ L'article 11 a été modifié par l'ordonnance du 15 avril 1960, qui a remplacé la mention à la loi de déclaration par « le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence ».

²³⁵¹ V. L. n° 2015-1501, 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, L. n° 2016-987, 21 juillet 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste ; L. n° 2017-258, 28 février 2017, relative à la sécurité publique.

²³⁵² V. Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* ; Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*.

l'autorité administrative « d'un pouvoir absolument arbitraire excluant par là même toute garantie et tout contrôle juridictionnel efficace »²³⁵³. Plus récemment, Gilles Lebreton estime que la mobilisation de l'article 11 transforme l'état d'urgence en un état d'urgence « maximum », profondément attentatoire aux libertés²³⁵⁴.

599. Les mesures principales de l'état d'urgence aggravé sont prévues à l'article 11,1^o. Il habilite les autorités administratives à mener des perquisitions de jour comme de nuit et à effectuer, à cette occasion, des saisies administratives. Bien que particulièrement attentatoire au principe d'inviolabilité du domicile, l'article 11,1^o a été plébiscité par les autorités de la déclaration²³⁵⁵ et, dans une légèrement moindre mesure, par celles de la prorogation²³⁵⁶.

599.1. À l'image des assignations à résidence, la pratique montre que les perquisitions et les saisies administratives sont perçues par l'exécutif comme des mécanismes préventifs, et non répressifs²³⁵⁷. Bernard Cazeneuve justifie ainsi qu'un certain nombre de perquisitions administratives n'ont rien permis de trouver par le fait que cela est inhérent à leur nature²³⁵⁸. Cet outil, plus efficace que le droit ordinaire pour confirmer ou pour lever un doute sur une menace²³⁵⁹, serait si essentiel à l'utilité de l'état d'urgence, que son absence serait le signe d'un état d'urgence « au rabais, en mode dégradé »²³⁶⁰.

599.2. Lors de son application, les modalités de mise en œuvre de la perquisition administrative sont précisées, par les circulaires ou par les déclarations des ministres de l'intérieur successifs. Le plus souvent, il s'agit de s'assurer le respect strict de son régime, notamment des garanties procédurales devant accompagner sa mise en œuvre²³⁶¹. Dans un même sens, le Conseil d'État précise de manière très complète les conditions d'exercice et de contrôle des perquisitions et des saisies administratives de l'article 11,1^o²³⁶². Néanmoins,

²³⁵³ V. DRAGO R., « L'état d'urgence et les libertés publiques », art. cit., p. 687.

²³⁵⁴ LEBRETON G., « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 85-86.

²³⁵⁵ Dans les faits, toutes les déclarations de l'état d'urgence sécuritaire en font mention.

²³⁵⁶ Pour que l'article 11 puisse être mobilisé par les autorités durant la période de prorogation, il faut que la loi de prorogation le mentionne explicitement. S'il a souvent été reconduit par les lois de prorogation, il n'a cependant pas toujours été mentionné (V. par ex. L. n° 2016-629, 20 mai 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence).

²³⁵⁷ Cf. *supra*, n° 456.

²³⁵⁸ Il est dans leur nature même que l'on ne sache pas si l'on va trouver quelque chose, « sinon, ce n'est pas une perquisition administrative, mais une perquisition judiciaire que l'on engage » (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016).

²³⁵⁹ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017.

²³⁶⁰ CIOTTI É., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

²³⁶¹ Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387.

²³⁶² CE, (avis), Ass., 6 juillet 2016, n° 398234, 399135, Rec., 2 à 5.

l'interprétation de son champ d'application par les autorités tend vers toujours plus de flexibilité²³⁶³ dans les limites posées par sa lettre²³⁶⁴.

599.3. Son régime est remanié à l'occasion des lois de prorogation de l'état d'urgence le mobilisant. Elles permettent l'encadrement progressif du régime des perquisitions administratives²³⁶⁵, la création d'une procédure de référé-autorisation devant le juge administratif²³⁶⁶ et obligent à privilégier, sauf nécessité opérationnelle, les perquisitions administratives de jour²³⁶⁷. Ces évolutions furent nécessaires du fait des censures opérées par le Conseil constitutionnel, qui se prononce à trois reprises sur l'article 11,1^o. Dans un premier temps, il déclare inconstitutionnelle la possibilité pour l'autorité administrative de copier toutes les données informatiques auxquelles il aura été possible d'accéder au cours de la perquisition²³⁶⁸, validant à la même occasion ses autres prévisions²³⁶⁹. Il déclare ensuite inconstitutionnel l'article 11,1^o, mais dans sa rédaction – obsolète – résultant de l'ordonnance du 15 avril 1960²³⁷⁰. Enfin, il déclare inconstitutionnelle la dernière phrase du huitième alinéa du paragraphe I de l'article 11, dans sa rédaction résultant de la loi du 21 juillet 2016, qui prévoyait la conservation des données informatiques saisies²³⁷¹. Il valide, à cette même occasion, les autres prévisions de l'article 11,1^o, dans sa nouvelle rédaction²³⁷².

600. L'article 11,2^o, bien moins marquant dans l'histoire de l'état d'urgence malgré sa grande puissance dérogatoire, a pour objet d'habiliter les autorités administratives à censurer la presse, les publications et les manifestations culturelles. Inadapté au temps présent²³⁷³, il sera finalement abrogé par la loi du 20 novembre 2015²³⁷⁴. Cette même loi, avec une grande maladresse, prévoit la lutte numérique contre l'apologie du terrorisme et la provocation à la

²³⁶³ Le ministre de l'intérieur considère ainsi que « les lieux pouvant être perquisitionnés, de jour comme de nuit, doivent être entendus au sens large : il peut s'agir de domiciles, mais aussi de véhicules » (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

²³⁶⁴ Les perquisitions administratives ne peuvent être opérées dans un lieu affecté à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes.

²³⁶⁵ L. n° 2015-1501, 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.

²³⁶⁶ L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

²³⁶⁷ L. n° 2017-258, 28 février 2017, relative à la sécurité publique.

²³⁶⁸ Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 14.

²³⁶⁹ *Id.*, cons. 12 et 13.

²³⁷⁰ Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*, cons. 8.

²³⁷¹ Cons. const., déc. n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme*, cons. 16.

²³⁷² *Id.*, cons. 13 et 21.

²³⁷³ Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions, 18 novembre 2015 ; VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²³⁷⁴ L. n° 2015-1501, 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.

commission d'actes, en lieu et place de l'ancien article 11,2°, alors que ce nouveau dispositif n'appartient pas au régime de l'état d'urgence aggravé.

§2 – Les mesures prévues par les autres états d'urgence

601. Si les états d'urgence ont vocation à s'appliquer en présence de périls de différentes natures, leurs régimes juridiques prévoient, pour les périls d'une même catégorie et sur le plan comparé, des mesures relativement homogènes. Ce facteur de convergence, plus prépondérant encore que l'ordre juridique d'appartenance des régimes est plus ténu pour les états d'urgence répondant à des catastrophes naturelles ou sanitaires (**b**), que pour ceux ayant vocation à sauvegarder l'État et son ordre public, aux mesures plus hétérogènes (**a**).

a – Des mesures sécuritaires s'inscrivant dans une filiation historique

602. Les mesures permises par le régime de l'état d'exception de l'article 116 sont nombreuses et précisément détaillées par la LOAES. Elles permettent des dérogations profondes aux garanties constitutionnelles, sous réserve, pour certaines d'entre elles, que les droits et libertés correspondants aient été suspendus²³⁷⁵.

602.1. La première série de mesures ne nécessite pas, formellement, la suspension de droits et libertés fondamentaux²³⁷⁶. Ces mesures sont la rétention administrative d'une personne susceptible de causer ultérieurement des troubles à l'ordre public²³⁷⁷, le contrôle des véhicules²³⁷⁸, le contrôle et l'expulsion des non-nationaux²³⁷⁹, la confiscation d'armes et assimilés²³⁸⁰, la suspension de l'activité des entreprises et lieux de réunion susceptibles de

²³⁷⁵ La loi autorisant la déclaration de l'état d'exception, ainsi que les éventuelles modifications ultérieures proposées par le gouvernement et validées par le Congrès des députés, doivent énumérer de manière expresse, outre les effets voulus, les droits et libertés fondamentaux suspendus parmi la liste limitative prévue à l'article 55.1, en liant spécifiquement ces derniers moyens demandés (art. 13 et 15, LOAES).

²³⁷⁶ Cela ne signifie pas pour autant que ces mesures n'affectent pas de droits et libertés fondamentaux constitutionnellement garantis. Par exemple, les mesures de rétention administrative atteignent le droit à la liberté prévu à l'article 17 de la Constitution.

²³⁷⁷ L'article 16 prévoit la possibilité de détenir pour une durée maximale de 10 jours toute personne pour laquelle il existe des soupçons fondés qu'elle causera des troubles à l'ordre public, dans le respect des droits reconnus à l'article 17.3 de la Constitution et sous réserve que le juge compétent puisse s'enquérir de la situation du détenu.

²³⁷⁸ L'article 19 prévoit la possibilité pour le gouvernement d'ordonner le contrôle de tout moyen de transport et de leurs chargements.

²³⁷⁹ L'article 24 prévoit certaines formalités de contrôle qui peuvent s'appliquer, sous l'état d'exception, aux étrangers, ainsi qu'à la possibilité, sous réserve d'une justification succincte des motifs de cette décision, de procéder à des expulsions.

²³⁸⁰ L'article 25 prévoit la possibilité pour le gouvernement de procéder à la confiscation de tous types d'armes, de munitions ou de substances explosives.

troubler l'ordre public²³⁸¹, la mise en place de mesures particulières de surveillance armée de lieux ou d'exploitations de toute nature²³⁸², la suspension des fonctionnaires²³⁸³ et, enfin, la détention provisoire de personnes suspectées d'avoir commis des actes délictuels et contraires à l'ordre public²³⁸⁴. À cette liste déjà volumineuse, s'ajoute la possibilité, si l'altération de l'ordre public provoque, ou coïncide avec une ou plusieurs des hypothèses de déclaration de l'état d'alerte prévues à l'article 4 de la loi organique, de faire usage de l'ensemble des mesures que permet ce dernier régime²³⁸⁵.

602.2. La seconde série de mesures peut être mise en œuvre uniquement si les droits et libertés fondamentaux correspondants à chaque mesure ont été suspendus. Ces mesures sont les perquisitions domiciliaires²³⁸⁶, le contrôle des communications²³⁸⁷, l'interdiction de la circulation des personnes et des véhicules, l'établissement de zones de protection et de sécurité, la restriction des voyages hors du lieu de résidence habituelle ou l'établissement de la résidence temporaire d'une personne hors de son lieu de résidence habituelle²³⁸⁸, l'interdiction et la

²³⁸¹ L'article 26 permet au gouvernement de procéder à la suspension temporaire de l'activité d'industries ou d'entreprises, ainsi que de salles de spectacles, de débits de boissons ou de tout local similaire, si leurs activités sont susceptibles de troubler l'ordre public.

²³⁸² L'article 27 prévoit la possibilité, dans le respect de la vie privée personnelle et familiale proclamée à l'article 18.1 CE, d'ordonner des mesures de surveillance et de protection des bâtiments, installations, travaux, services publics et industries ou exploitations de toute nature, notamment en instaurant des postes armés.

²³⁸³ L'article 29 prévoit la possibilité de suspendre tout fonctionnaire ou membre du personnel de l'administration ou des instituts publics dont la conduite favorise la réalisation des éléments troublant l'ordre public, en en rendant compte au juge compétent et à son supérieur hiérarchique.

²³⁸⁴ L'article 30 donne le pouvoir au juge d'ordonner la détention provisoire de toute personne ayant commis des actes contraires à l'ordre public ou à la sécurité publique et susceptible de constituer un délit, après avoir entendu le ministère public.

²³⁸⁵ Art. 28, LOAES.

²³⁸⁶ L'article 17 prévoit que si l'article 18.2 de la Constitution prévoyant l'inviolabilité du domicile est suspendu, le gouvernement peut procéder, lui-même ou par l'intermédiaire de ses agents, à des inspections et à des perquisitions domiciliaires, si cela est nécessaire pour élucider des faits présumés délictuels ou pour maintenir l'ordre public. Effectuées selon plusieurs conditions précisées par l'article, elles donnent lieu à un procès-verbal, dont une copie doit être adressée au juge compétent, en précisant les opérations effectuées, leurs motifs et leurs résultats.

²³⁸⁷ L'article 18 prévoit que si l'article 18.3 de la Constitution prévoyant le secret des communications est suspendu, et que cela s'avère nécessaire pour clarifier des faits présumés délictuels ou pour maintenir l'ordre public, le gouvernement peut contrôler – « *intervenir* » dans le texte, mais c'est ici un faux ami, qui prend ici le sens de « *dirigir, limitar o suspender el libre ejercicio de actividades o funciones* » (*Dictionnaire de la Lengua Española*) – les communications, qu'elles soient notamment postales, télégraphiques ou téléphoniques. Il en est immédiatement rendu compte par écrit au juge compétent.

²³⁸⁸ L'article 20 prévoit que si l'article 19 de la Constitution prévoyant la liberté d'aller et venir et le droit de choisir le lieu de sa résidence est suspendu, le gouvernement peut, de manière limitée sur les plans spatiaux et temporels, interdire la circulation des personnes et des véhicules, et exiger des personnes en circulation de décliner leur identité et d'indiquer leur itinéraire. Il peut aussi établir des zones de protection ou de sécurité et leurs conditions d'exploitation. Enfin, sous réserve que le maintien de la personne concernée dans une localité présente un danger pour le maintien de l'ordre public et sous réserve de lui fournir les ressources nécessaires, le gouvernement peut exiger un préavis de deux jours pour tout voyage d'une personne en dehors de son lieu ordinaire de résidence, peut

dissolution des réunions et manifestations²³⁸⁹ et, enfin, l'interdiction des grèves et moyens de pression collectifs²³⁹⁰.

603. Une comparaison de ces mesures à celles permises par l'état d'exception franquiste établit une évidente filiation généalogique entre ces deux régimes. Si l'état d'exception contemporain est sensiblement mieux rédigé, plus moderne et surtout, plus conforme aux exigences de l'État de droit que son aïeul, les mesures permises, les formules employées se répondent²³⁹¹. Une fois encore, le droit constitutionnel et organique des premiers temps de la démocratie espagnole apparaît comme un droit de compromis entre les forces politiques de l'époque, plus que comme un droit de rupture avec le franquisme²³⁹².

604. Les mesures de l'état d'exception franquiste sont appliquées par décrets-lois, parmi celles limitativement énumérées par la loi d'ordre public de 1959. Il faut distinguer, en plus de mesures spécifiques relatives aux sanctions et à la justice d'exception²³⁹³, les mesures « ordinaires » des mesures « extraordinaires ». Les premières sont prévues par les articles 28 à 31. Elles prévoient d'intenses restrictions et atteintes aux droits et libertés fondamentaux²³⁹⁴, faisant directement écho à celles de l'état d'exception contemporain, mais aussi aux dispositions les plus emblématiques de l'état d'urgence sécuritaire. Les mesures ne pouvant être autorisées que de manière « extraordinaire », prévues à l'article 32, sont, de manière très

organiser ce voyage, ou encore, peut établir la résidence temporaire d'une personne en dehors de son lieu de résidence ordinaire.

²³⁸⁹ L'article 22 prévoit que si l'article 21 de la Constitution prévoyant la liberté de réunion et de manifestation est suspendu, le gouvernement peut soumettre à autorisation préalable ou interdire les réunions et manifestations. Il peut également dissoudre lesdites réunions et manifestations. À noter que cette mesure ne s'applique pas aux réunions organiques tenues par les partis politiques, les syndicats et les associations professionnelles.

²³⁹⁰ L'article 23 prévoit que si l'article 28,2 de la Constitution sur le droit de grève et l'article 37,2 de la Constitution sur le droit des travailleurs et des dirigeants d'adopter des procédures relatives aux conflits collectifs sont suspendus, le gouvernement peut interdire les grèves et les autres moyens de pression inhérents aux conflits collectifs.

²³⁹¹ Même lorsque les prévisions diffèrent, le nouvel état d'exception paraît répondre à l'ancien. En effet, alors que l'originel prévoit des moyens de censure de la presse, le nouveau prend le temps de préciser que le contrôle des publications ne peut amener à exercer une censure préalable (article 21).

²³⁹² Cf. spéc. *supra*, n° 267.

²³⁹³ L'article 33 prévoit les conditions de sanction des fonctionnaires et assimilés pour non-exécution de ses obligations ou pour conduite favorisant la réalisation des éléments perturbateurs de l'ordre public. L'article 34 prévoit la possibilité de sanctionner tout acte contre l'ordre public par des amendes rehaussées de 50% par rapport à celles prévues dans le chapitre 2 de la loi d'ordre public de 1959. Les articles 43 et 51, enfin, prévoient les modalités, le fonctionnement et les compétences des tribunaux d'urgence, qui sont mis en place dès lors que l'état d'exception franquiste est déclaré (LOP 45/1959).

²³⁹⁴ Ces mesures sont d'intenses restrictions à la liberté de circulation, de l'interdiction de circuler aux zones de sécurité, en passant par le relogement forcé ou la rétention administrative (article 28), la censure préalable ou la suspension de l'exercice de la presse, de la radio, de la télévision et des spectacles publics s'ils peuvent contribuer à altérer l'ordre public (article 29), les perquisitions domiciliaires (article 30) et les mesures de contrôle et d'expulsion des étrangers du territoire espagnol (article 31).

surprenante, bien moins attentatoires aux droits et libertés que les précédentes²³⁹⁵. Sans grande surprise, la pratique franquiste de l'état d'exception s'est avérée très autoritaire²³⁹⁶.

605. Les mesures de l'état d'urgence sécuritaire sont, pour leur part, directement inspirées de celles de l'état de siège français. Antérieurement au vote de la loi du 3 avril 1955, le régime de l'état de siège avait déjà prévu le mécanisme des perquisitions administratives de jour et de nuit, les interdictions de circulation, les interdictions de réunion et la saisie d'armes et de munitions²³⁹⁷, mais aussi la possibilité, pour les tribunaux militaires, de continuer de connaître après la fin de l'état de siège des crimes et délits dont la poursuite leur avait été déferée²³⁹⁸, celle-là même qui existait dans le régime de l'état d'urgence jusqu'à novembre 2015. Mais comparativement à l'état d'urgence sécuritaire, l'état de siège a peu évolué²³⁹⁹. Ses mesures n'ont fait l'objet que de légères modifications, visant à clarifier certains points peu clairs²⁴⁰⁰ et, de manière plus anecdotique, à en moderniser la terminologie²⁴⁰¹.

606. L'analyse du régime de l'état de siège espagnol révèle, quant à elle, d'importantes différences comparatives avec son homologue français qui permettent, indirectement, de mieux comprendre la culture juridique qui irrigue les états d'urgence de ces deux États. D'une part, ils

²³⁹⁵ Il s'agit de la révocation totale ou partielle des permis de détentions d'armes, des mesures visant à éviter l'utilisation des transports publics et des moyens de communication pour provoquer ou maintenir une altération de l'ordre public, de surveillance et de protection de tous types d'édifices ou exploitations, de mise en place de postes armés, d'élaboration de tous types de règles permettant d'assurer l'approvisionnement des marchés, la liberté du commerce, le fonctionnement des services publics et des centres de production et de travail, pouvant amener à réquisitionner les services des employés, ainsi que la mobilisation ou la réquisition de tous types de ressources et de lieux de productions situés dans le périmètre où l'état d'exception est déclaré.

²³⁹⁶ En particulier, les applications concrètes de ce dispositif par les décrets-lois du gouvernement ont toujours impliqué la suspension d'un nombre important de droits et libertés et de larges auto-habilitations à exercer les pouvoirs de l'état d'exception. En 1962, il suspend les articles 12, 13, 14, 15, 16 et 18 du *Fuero de los Españoles*, en même temps qu'il met en œuvre tous les pouvoirs prévus dans le cadre de l'état d'exception (Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales, BOE, núm. 108, de 5 de mayo de 1962, p. 5989). En 1969 et en 1975, il suspend les articles 14, 15, 16 et 18 du *Fuero de los Españoles* (Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, BOE, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175 ; Decreto-ley 4/1975, de 25 de abril, por el que se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, BOE, núm. 100, de 26 de abril de 1975, p. 8870). En 1970, il suspend « seulement » les articles 14, 15, 16 et 18 du *Fuero de los Españoles* (Decreto-ley 14/1970, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de excepción en la provincia de Guipúzcoa, BOE, núm. 291, de 5 de diciembre de 1970, p. 19830 y 19831).

²³⁹⁷ Art. L. 2121-7, C. défense (anciennement, Art. 9, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège).

²³⁹⁸ Art. L. 2121-6, C. défense (anciennement, Art. 13, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège).

²³⁹⁹ Ce faible nombre de modifications est à attribuer principalement à l'absence de déclaration de l'état de siège en France depuis la Seconde Guerre mondiale.

²⁴⁰⁰ Par exemple, l'ancien article 7 comportait une véritable ambiguïté sur la nature automatique ou non de ce transfert, qui fut dissipé par l'article L. 2121-2. Celui-ci dispose qu'il s'agit d'un transfert automatique, « aussitôt l'état de siège décrété », des compétences de maintien de l'ordre et de police de l'autorité civile à l'autorité militaire, et que les pouvoirs que les autorités civiles continuent d'exercer sont ceux étrangers à ces deux domaines.

²⁴⁰¹ À titre d'exemple, l'article L. 2121-7, qui se substitue à l'article 9, remplace « repris de justice » par « personne ayant fait l'objet d'une condamnation devenue définitive pour crime ou délit ».

s'opposent sur la manière dont sont consacrés les pouvoirs qu'ils permettent dans leurs régimes. Alors que l'état de siège français dispose de mesures propres, largement inspirées de celles de l'état d'urgence, l'état de siège espagnol permet, à titre principal, de mettre en œuvre l'ensemble des mesures prévues par les deux autres dispositions de l'article 116²⁴⁰² et permet, de ce fait, un corpus plus étendu – mais moins spécifique – de mesures. D'autre part, les modalités du transfert de compétence opéré au bénéfice de l'autorité militaire diffèrent profondément. L'autorité militaire espagnole a, sous l'empire de l'état de siège, un champ d'action plus large²⁴⁰³.

b – Des mesures spécifiques aux catastrophes naturelles et sanitaires

607. Les mesures de l'état d'urgence sanitaire – directement inspirées de leurs homologues les plus modernes dans l'état d'urgence sécuritaire²⁴⁰⁴ – sont prévues par la loi du 23 mars 2020²⁴⁰⁵ et ont été, sur habilitation de cette même loi, adaptées par le Gouvernement aux collectivités d'outre-mer. Après avoir été modifiées à plusieurs reprises au détour de lois de prorogation²⁴⁰⁶, puis substantiellement retranscrites dans les régimes transitoires du 9 juillet 2020²⁴⁰⁷ et du 31 mai 2021²⁴⁰⁸, ces mesures ont été abrogées par la loi du 30 juillet 2022²⁴⁰⁹,

²⁴⁰² Par une logique similaire à celle de l'état d'exception, la mise en œuvre de l'état de siège ouvre la possibilité de prendre toutes les mesures prévues par les régimes des deux autres régimes de l'article 116.

²⁴⁰³ En France, l'article L. 2121-3 prévoit que la déclaration de l'état de siège a pour conséquence immédiate de transférer automatiquement à l'autorité militaire les pouvoirs de l'autorité civile relevant du maintien de l'ordre et de la police, celle-ci continuant d'exercer les pouvoirs dont elle n'est pas dessaisie. En Espagne, les pouvoirs exceptionnels de l'état de siège sont assumés par le gouvernement (art. 33, LOAES), qui dirige la politique militaire et de défense de la Nation. Sous sa direction et selon certaines garanties, l'autorité militaire prendra les mesures nécessaires (art. 34, LOAES). La loi organique précise que les autorités civiles continuent d'exercer les pouvoirs qui n'ont pas été conférés à l'autorité militaire conformément à la présente loi (art. 36, LOAES).

²⁴⁰⁴ Si Édouard Philippe, alors Premier ministre, insiste vivement en mars 2020 sur la nécessité de distinguer soigneusement ses mesures de celles de l'état d'urgence sécuritaire (PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020), l'inspiration n'en est pas moins flagrante (V. **DEROSIER J.-PH.**, « L'état d'urgence sanitaire : nos libertés en danger ? », art. cit.).

²⁴⁰⁵ L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

²⁴⁰⁶ Cf. *supra*, n° 284.

²⁴⁰⁷ Parmi les mesures transitoires permises du 11 juillet au 30 octobre 2020, le Premier ministre peut limiter la circulation des personnes et des véhicules, fermer des établissements recevant du public, limiter les rassemblements sur la voie publique, imposer un test virologique aux personnes en provenance ou à destination des outre-mer et ordonner leur placement en quarantaine (art. 1, L. n° 2020-856, 9 juillet 2020, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire).

²⁴⁰⁸ Le régime de sortie de l'état d'urgence confère au Premier ministre, comme le précédent, la possibilité de mobiliser certaines des mesures les plus emblématiques de l'état d'urgence sanitaire, comme interdire la circulation des personnes et véhicules, ordonner la fermeture d'établissement et réglementer les rassemblements de personnes (art. 1, L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire).

²⁴⁰⁹ Art. 1, L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

sans pour autant que le Gouvernement ne se retrouve privé de toute ressource juridique pour agir²⁴¹⁰.

608. Sous l'état d'urgence sanitaire, le Premier ministre est compétent pour prendre par décret, sur rapport du ministre chargé de la santé et dans les seules circonscriptions territoriales où ce régime d'exception est en vigueur, les mesures énumérées à l'article L. 3131-15 du code de santé publique.

608.1. Une première série de mesures réglementaires, au cœur de l'arsenal prévu par le régime de l'état d'urgence sanitaire, a pour objet de limiter l'évolution et les conséquences de la crise sanitaire en limitant les déplacements et les contacts entre individus. Y figurent les restrictions ou interdictions de circulation des personnes et des véhicules (1^o), le confinement à domicile (2^o), la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées (3^o), le placement et le maintien en isolement des personnes affectées (4^o), la fermeture provisoire d'établissements recevant du public et de lieux de réunion (5^o), ainsi que la limitation ou l'interdiction des réunions et des rassemblements sur la voie publique (6^o). Si le Premier ministre dispose, en pratique, d'une grande liberté d'action dans leur mise en œuvre²⁴¹¹, le Conseil d'État s'assure de la bonne conciliation entre les finalités poursuivies et les droits et libertés fondamentaux, comme en témoignent ses prises de position sur les limitations du nombre de personnes pouvant assister aux offices religieux²⁴¹².

608.2. L'article L. 3131-15 habilite aussi le Premier ministre à prendre des mesures qui affectent, à titre principal, les acteurs et le marché des produits de santé. Il peut ordonner la réquisition de biens, de services ou de personnes (7^o), prendre des mesures de contrôle

²⁴¹⁰ En plus des mesures transitoires que prévoit cette loi (cf. *supra*, n° 563) et le décret l'appliquant (D. n° 2022-1097, 30 juillet 2022, relatif aux mesures de veille et de sécurité sanitaire maintenues en matière de lutte contre la covid-19), Le gouvernement et son administration disposent toujours de pouvoirs de police générale et de police spéciale en matière de crise sanitaire. En particulier, le ministre de la santé peut toujours faire usage du puissant article L. 3131-1 du code de la santé.

²⁴¹¹ Il peut, à titre, illustratif, prévoir en détail des règles de distanciation physique devant être observées en tout lieu, imposer et déterminer les règles relatives au port du masque ou limiter les possibilités de rassemblement (V. D. n° 2020-1262, 16 octobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire).

²⁴¹² Le décret du Premier ministre, en date du 29 octobre 2020, limite à 30 personnes le nombre maximum de personnes pouvant assister simultanément aux offices religieux (D. n° 2020-1310, 29 octobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire modifié par l'article 1 du décret n° 2020-1454 du 27 novembre 2020). Un mois plus tard, le Conseil d'État rend une ordonnance de référé, dans lequel il enjoint au Premier ministre de modifier, sous 3 jours, les règles encadrant les rassemblements de réunion dans les lieux de culte (CE (ord.), Ord., 29 novembre 2020, n° 446930, 446941, 446968, 446975). Il s'exécute, par le décret du 2 décembre 2020 (D. n° 2020-1505, 2 décembre 2020, modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire).

temporaire des prix de certains produits (8°) et, « en tant que de besoin », prendre des mesures permettant de mettre à la disposition des patients des médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire (9°) ou encore, toute autre mesure réglementaire visant à limiter la liberté d'entreprendre dans le but de mettre fin à la catastrophe sanitaire (10°).

609. Le ministre de la santé joue le second rôle principal de l'état d'urgence sanitaire. L'article L. 3131-16 lui confère le double rôle d'autorité de l'application individuelle des mesures prises par le Premier ministre dans le cadre de l'article L. 3131-15, et d'autorité sanitaire par défaut, pouvant prendre par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception de celles dévolues au Premier ministre. Néanmoins, avant et après la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, il est bien l'autorité principale de la protection de l'État et de ses citoyens contre les menaces sanitaires, par les puissantes habilitations que lui confère l'article L. 3131-1 du code de la santé publique²⁴¹³.

610. L'article L. 3131-17 permet au représentant de l'État dans le département de prendre, s'il y est habilité par le Premier ministre ou par le ministre de la santé, dans le cadre de l'exercice de leurs propres pouvoirs, toutes les mesures générales ou individuelles d'application des dispositions de l'état d'urgence sanitaire. Le II de ce même article, créé par l'article 5 de la loi du 11 mai 2020²⁴¹⁴, prévoit les conditions sous lesquels le représentant de l'État dans le département peut prendre des mesures individuelles de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement. Il limite également le champ des mesures de l'article L. 3131-15 pour lesquelles le Premier ministre et le ministre chargé de la santé peuvent habilitier le représentant de l'État dans le département. Cette délégation de pouvoir est mise en œuvre lors des applications de l'état d'urgence sanitaire, par exemple, par le Premier ministre, habilitant le préfet de département à rendre le port du masque obligatoire sur son territoire, dans les cas où il n'est pas prescrit par le décret et en dehors des locaux d'habitation²⁴¹⁵.

610.1. Le régime de l'état d'urgence sanitaire prévoit également des mesures plus spécifiques. D'une part, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire permet l'application de l'article L. 3131-9-1 du code de la santé publique, qui prévoit les modalités de collecte des

²⁴¹³ À noter cependant que s'il était proche d'une « clause générale » dans sa version originelle, cet article a été profondément rationalisé par la loi du 31 mai 2021 (art. 6, L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire).

²⁴¹⁴ L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

²⁴¹⁵ D. n° 2020-1262, 16 octobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

données personnelles en cas de catastrophe sanitaire²⁴¹⁶. D'autre part, sur le plan pénal, l'article L. 3136-1 prévoit les peines pour non-respect des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire²⁴¹⁷ et des pouvoirs exceptionnels du ministre chargé de la santé²⁴¹⁸, ainsi que la liste étendue des agents pouvant constater les contraventions dans ce cadre. Il prévoit aussi que l'application de sanctions pénales ne fait pas obstacle à l'exécution d'office, par l'autorité administrative, des mesures prévues à ces mêmes articles. L'article L. 3136-2, créé ultérieurement²⁴¹⁹, organise quant à lui l'applicabilité de l'article 121-3 du code pénal – sur les délits non intentionnels – aux décideurs et employeurs chargés d'exécuter les mesures de l'état d'urgence sanitaire.

611. En Espagne, les pouvoirs conférés par l'état d'alerte sont prévus par la LOAES. Ils se structurent autour de deux séries de mesures : celles prévues à l'article 11, qui peuvent être mobilisées dans toutes les hypothèses de déclaration et celles prévues à l'article 12, qui sont propres à certaines de ces hypothèses.

612. L'article 11 de la loi organique dispose que le décret de déclaration, ou bien les décrets pris durant sa mise en œuvre, peuvent accorder aux autorités, dans toutes les hypothèses de déclaration prévues à l'article 4, le pouvoir de : a) limiter la liberté de circulation des véhicules et des personnes ; b) réquisitionner des biens ou des services obligatoires ; c) réquisitionner des lieux de production de toute nature, à l'exception des domiciles privés ; d) limiter ou rationner l'usage de produits ou de services de première nécessité ; et e) donner les ordres nécessaires pour assurer l'approvisionnement des marchés et le fonctionnement des services et centres de production concernés par l'hypothèse d'un manque de produit de première nécessité, au sens de l'article 4 de la même loi organique. Ces mesures transversales, notamment celles prévues aux a) et b), ont été amplement utilisées lors crise du coronavirus²⁴²⁰. Elles ont, à cette occasion, généré un contentieux nourri devant les tribunaux supérieurs des

²⁴¹⁶ Depuis l'intervention de la loi du 9 juillet 2020, la durée de conservation de certaines données personnelles peut être prorogée, sous certaines conditions (V. L. n° 2020-856, 9 juillet 2020, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire).

²⁴¹⁷ Art. L. 3131-15 à L. 3131-17, CSP.

²⁴¹⁸ Art. L. 3131-1, CSP.

²⁴¹⁹ L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

²⁴²⁰ Par exemple, le décret-royal du 25 octobre 2020 fait référence à l'article 11 a) et b) de la loi organique n° 4/1981, avant de poser des limitations à la liberté de circulation des personnes la nuit, limiter l'entrée et la sortie du territoire des communautés autonomes et des villes dotées du statut d'autonomie, limiter les possibilités de regroupement d'individus dans l'espace public et privé, et enfin, autoriser les communautés et les villes autonomes à imposer, dans certaines situations, l'exécution de services personnels obligatoires dans le cadre de leurs systèmes de santé et d'aide socio-sanitaire (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020).

Communautés autonomes et le Tribunal suprême qui n'est pas sans rappeler, lorsqu'il porte sur le « passeport covid »²⁴²¹ ou sur le nombre de personnes pouvant assister aux offices religieux²⁴²², celui des référés devant le Conseil d'État français.

613. Sur le fondement de l'article 12, le décret de déclaration, ou bien les décrets successifs dictés durant sa mise en œuvre peuvent, en outre, prendre des mesures spécifiques à certaines hypothèses de déclaration. Le premier alinéa prévoit que dans l'hypothèse d'une catastrophe naturelle ou d'une crise sanitaire, l'autorité compétente peut adopter elle-même, en plus des mesures prévues aux articles précédents, celles prévues par les règles de lutte contre les maladies infectieuses, de protection de l'environnement, de protection de l'eau et les incendies de forêt. Le second alinéa prévoit que dans les cas de paralysie des services publics ou de manque de produits de première nécessité, le gouvernement peut consentir à l'intervention des entreprises ou services, ainsi qu'à la mobilisation de leur personnel, afin d'assurer leur fonctionnement, selon le règlement en vigueur en matière de mobilisation. Si ces pouvoirs particuliers sont mobilisés lors de la crise des contrôleurs aériens²⁴²³, ils ne le sont étrangement pas lors des applications sanitaires de cet état d'urgence, qui pourtant répondaient aux hypothèses visées par les deux alinéas de l'article 12²⁴²⁴.

614. Le Congrès des députés joue à l'évidence un rôle clé dans l'activation et dans l'interprétation des mesures qui pourront être prises par les autorités de l'application²⁴²⁵. Par ses résolutions, il a par exemple fait le choix d'accroître considérablement le rôle dévolu aux autorités locales dans l'application des mesures à finalité sanitaire de l'état d'alerte. Elles renforcent, en particulier, le rôle joué par les communautés et les villes dotées du statut d'autonomie dans la modulation de l'intensité locale des mesures, qu'il s'agisse d'en accroître ou d'en limiter la portée. Ces revalorisations progressives de l'échelon local sont ensuite

²⁴²¹ V. not. STS 719/2021, de 24 de mayo de 2021 ; STS 788/2021, de 3 de junio de 2021 ; STS 1103/2021, de 18 de agosto de 2021 ; STS 1112/2021, de 14 de septiembre de 2021.

²⁴²² V. not. ATS 886/2021, de 4 de febrero de 2021 ; ATS 1822/2021, de 18 de febrero de 2021 ; ATS 2629/2020, de 27 de mayo de 2020.

²⁴²³ En vertu des articles 9, paragraphe 1, et 12, paragraphe 2, de la loi organique 4/1981, tous les contrôleurs aériens au service d'AENA sont considérés comme du personnel militaire et traités comme tel, c'est-à-dire, soumis aux ordres directs des autorités désignées dans le présent décret-royal et aux lois pénales et disciplinaires militaires (Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, BOE, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223).

²⁴²⁴ Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, artículo 1 : « *Al amparo de lo dispuesto en el artículo cuarto, apartados b) y d), de la LOAES (...)* ».

²⁴²⁵ Cf. *supra*, n° 581.

méticuleusement retranscrites dans les décrets-royaux pris par le Gouvernement²⁴²⁶. Revers de cette place privilégiée, c'est bien le Congrès des députés qui doit, en toute logique, assumer la responsabilité de la méconnaissance du cadre constitutionnel de l'état d'alerte en raison de la suspension de fait de certains droits et libertés fondamentaux qu'ont engendré sa mobilisation et sa mise en œuvre pendant la crise sanitaire²⁴²⁷.

615. Conclusion du chapitre. À l'image des conditions substantielles de sa mise en œuvre, l'état d'urgence souffre de n'être canalisé que par de bien fragiles barrières formelles et procédurales. Les dispositifs étudiés peuvent pour certains être déclarés sur l'ensemble du territoire par la volonté du seul exécutif et prorogés pour des durées cumulées pouvant atteindre plusieurs années. Si l'analyse a révélé des progrès notables dans l'adaptation des effets des états d'urgence dans le temps et dans l'espace, que permet une pratique aujourd'hui expérimentée de ces dispositifs, force est de constater que certaines des garanties les plus essentielles des états d'urgence s'avèrent en effet peu effectives : la distinction entre déclaration et application de l'état d'urgence sécuritaire, la limitation à une seule prorogation de sa mise en œuvre initiale ou la prohibition de toute suspension des droits et libertés constitutionnellement garantis sous le régime de l'état d'alerte. Enfin, si dans toute leur variété les mesures prévues par les régimes étudiés permettent de répondre efficacement aux périls contemporains, la création française de l'état d'urgence sanitaire et la précision des instructions données à l'exécutif par le Congrès des députés espagnols révèlent avec insistance l'importance d'en circonscrire textuellement les champs respectifs d'application.

616. Conclusion du titre. Les questionnements suscités par les applications récentes des états d'urgence ont suscité, plus encore que par le passé, des débats dépassant le seul monde des juristes. Par une lecture croisée et sectorielle des discours juridiques en constituant la réalité, il a été possible de confronter les régimes juridiques des états d'urgence, caractérisés par leur texture ouverte et leur géométrie variable, avec les pratiques interprétatives toujours

²⁴²⁶ V. spéc. Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020 ; Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, BOE, Núm. 291 de 4 de noviembre de 2020.

²⁴²⁷ Cf. *infra*, n° 696.

renouvelées qui naissent lors de leurs applications. L'antinomie entre état d'urgence et risque terroriste, l'entrechoquement de nécessités inconciliables, l'ambiguïté du texte sur la possibilité d'une seconde prorogation de l'état d'urgence et, plus généralement, le cadre formel, procédural et matériel de la mise en œuvre des états d'urgence comptent parmi les enjeux brûlants qui, pris comme objets d'étude, représentent autant d'accès directs à la compréhension des rapports de force, du fonctionnement de l'interprétation juridique et des rouages du jeu institutionnel. Avant même que leur analyse sous un prisme plus théorique constitue un point d'entrée pertinent pour se prononcer sur la nature exacte du mécanisme interprétatif en droit, les constats opérés dans ce titre indiquent que s'il est une marge d'interprétation salutaire dans l'appréciation de la nature du péril, de sa gravité et de la certitude de sa réalisation, il en est aussi une autre, favorisée par les insuffisances objectives du texte et par les interprétations constructives de l'exécutif, qui s'acoquine sournoisement avec le détournement de pouvoir.

TITRE II – LE PRISME DE LA THÉORIE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE

617. La description des pratiques interprétatives des autorités d'application et de contrôle des états d'urgence n'est pas, dans cette étude, une fin en soi. Ses tentatives d'en saisir les modalités, les enjeux, les récurrences ou les travers visent à alimenter un plus haut niveau d'abstraction : celui du métadiscours sur le droit et plus exactement, de la théorie de l'interprétation juridique. Réciproquement, la compréhension de ces comportements de fait implique d'adopter des présupposés théoriques et de faire appel, au moins ponctuellement, à la grille de lecture qu'ils offrent. Ce dernier titre s'inscrit pleinement dans une telle dialectique.

618. Les observations empiriques de cette étude en attestent à d'innombrables reprises : les interprètes des états d'urgence n'agissent pas de manière isolée. Ils sont pris dans un réseau de faits juridiques et extrajuridiques qui interdit de les considérer comme seuls maîtres de leurs choix interprétatifs. Les « contraintes » qui pèsent sur l'agir des interprètes ne peuvent être réduites à celles exprimées par l'énoncé juridique, pas plus qu'aux éléments que l'acteur juridique livre en pâture lorsqu'il justifie ses décisions. Si l'analyse des contraintes représente assurément un défi pour la science du droit, une entreprise scientifique ambitionnant d'offrir un tableau complet de la pratique interprétative de l'application des états d'urgence, de comprendre le sens des décisions et de répondre à la question du degré de liberté des interprètes authentiques se doit nécessairement de s'y confronter. En montrant la concurrence des intérêts et des interprètes qui, en tâche de fond de toute interprétation authentique, influe sur le sens de la décision prise, la théorie des contraintes interprétatives permet d'apprécier sous un jour nouveau les données empiriques de cette étude et, en particulier, celles relatives au contrôle politique et juridictionnel de l'état d'urgence (**Chapitre 1**).

619. C'est finalement l'ensemble des constats empiriques de cette étude qui permettent, à leur tour, d'apporter à la théorie de l'interprétation juridique. Si les pratiques interprétatives réelles se laissent entrevoir par l'analyse, elles ne s'expliquent par les théories dominantes de l'interprétation juridique qu'au prix de constructions fictionnelles et déformantes. Pour sortir de ces apories théorico-pratiques, cette étude propose une théorie amendée de l'interprétation juridique qui, extraite autant qu'elle le peut des idéaux aveuglants de la pureté théorique et d'une pensée de système paralysante pour la compréhension de l'agir interprétatif, se fonde sur les comportements réels des autorités d'application et de contrôle des états d'urgence. En lien

direct avec la réalité qu'elle permet de penser, cet enrichissement de la théorie de l'interprétation entend doter la science du droit qui s'en réclame d'outils novateurs, à haut potentiel descriptif et explicatif. C'est pourquoi la présente étude formule, ultimement, une série de propositions relatives aux méthodes et à la portée effective de l'appareil scientifique ayant vocation à concrétiser ses apports théoriques (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I – LA CONCURRENCE DES INTÉRÊTS ET DES INTERPRÈTES

« On ne joue pas aux échecs avec un bon cœur ».

CHAMFORT, *Maximes et Pensées*.

620. En creux de la pratique interprétative et des légitimations formelles de celle-ci, que les développements précédents se donnaient pour objectif de caractériser, il reste à expliquer pourquoi, au sein des cadres interprétatifs ouverts par les énoncés des états d'urgence, les significations qui sont devenues contraignantes l'ont été. La compréhension de la situation effective de l'interprète, pris au milieu d'une multiplicité de contraintes, constitue la clé pour comprendre les interprétations retenues. Le processus interprétatif est en effet enserré dans un réseau de contraintes qui, faisant peser un coût interne ou externe sur les différentes significations possibles de l'énoncé, influe directement sur le choix juridique qu'il effectue. Il s'agit dès lors, dans le respect du cadre théorique et épistémologique de cette étude, d'identifier les composantes, de reconstruire l'articulation et de questionner le poids respectif des différentes contraintes juridiques de l'interprétation authentique des états d'urgence, à l'aune de la *summa divisio* entre les contraintes interprétatives et les contraintes de l'interprète (SECTION I). Pour que les secondes parviennent à canaliser les premières, encore faut-il que la concurrence entre les interprètes puisse s'exercer librement ; ou, autrement dit, que le contrôle soit effectif. Engagés dans un jeu de pouvoir complexe et spécifique aux situations de crise, pris en étau entre les impératifs contradictoires d'assurer la sauvegarde du droit en laissant à l'exécutif la latitude d'action nécessaire à la sauvegarde de l'État, le Parlement et le juge peinent à trouver leur place. Ni description systématique des possibilités de contrôle, ni inventaire des décisions de contrôle, cette analyse vise, en dernière lecture, à apprécier la liberté interprétative des acteurs de l'application des états d'urgence à travers l'effectivité de ses limites (SECTION II).

SECTION I – LES CONTRAINTES DE L’INTERPRÉTATION DES ÉTATS D’URGENCE

621. Interroger la liberté des interprètes des états d’urgence amène à apprécier, en négatif, les limites auxquelles leur action interprétative répond, c’est-à-dire, les facteurs qui contraignent les décisions opérées. Pour cela, le réflexe positiviste est de se tourner vers les motivations et, plus largement, les justifications données par les acteurs juridiques. Pour autant, ces dernières montrent une capacité limitée à expliquer les comportements effectifs des interprètes. Du fait de leur nature performative et des nombreuses incohérences argumentatives qu’elle provoque, les justifications ne renseignent qu’indirectement sur les intérêts poursuivis (A). En s’appuyant sur l’analyse et la mise en relation des matériaux disponibles, avec l’attitude sceptique que leur double volonté de légitimation de l’agir de crise et de mystification des motifs impose, cette étude entend caractériser au plus près du réel les contraintes qui pèsent sur l’interprétation des états d’urgence et expliquer pourquoi, contrairement à ce que l’imaginaire normativisme suggère, l’énoncé juridique n’est pas la contrainte prépondérante de l’interprétation authentique (B).

A – DES CONTRAINTES JURIDIQUES LIMITANTES ET OCCULTÉES

622. Les régimes d’exception confèrent aux autorités habilitées un pouvoir d’appréciation étendu. Pour autant, l’interprète authentique n’exerce pas librement sa volonté. Plus encore que dans d’autres champs du droit public, le processus d’interprétation juridique des régimes d’exception s’inscrit dans un réseau de contraintes faisant peser un coût important sur les différentes potentialités interprétatives de l’énoncé (§1). Ces contraintes relèvent avant tout du for intérieur de l’interprète, qui est maître de les exprimer, de les taire ou de les repenser lorsqu’il justifie de la conformité de son choix au regard des impératifs du droit. Construction artificielle à visée de légitimation, les justifications qui accompagnent les interprétations authentiques ne sauraient, de ce fait, offrir une voie directe d’accès à leur compréhension (§2).

§1 – Une liberté interprétative contrainte

623. L’oxymore d’une « liberté contrainte » prend sens dès lors que l’on admet simultanément que l’interprète authentique du régime d’exception dispose, du fait de la nature essentiellement téléologique de cet objet, d’une grande liberté interprétative et que, dans les

faits, le choix d'une signification plutôt que d'une autre est déterminé par l'ensemble des considérations pesant sur les épaules de l'interprète (a). Pour rendre compte de ces facteurs qui influent sur l'interprétation juridique, il convient, en dépit des nombreux obstacles que posent sa définition et sa caractérisation, de recourir à la notion de « contrainte » (b).

a – Un processus interprétatif enserré dans un réseau de contraintes

624. L'interprétation authentique d'un régime d'exception n'est pas « évidente », et ce au double sens d'apparaître naturellement à la conscience et d'être aisée. En effet, le modèle juridique du régime d'exception génère des « cas difficiles » de l'interprétation²⁴²⁸, dans lesquels, d'une part, l'ambiguïté des énoncés permet une pluralité d'interprétations et brouille la distinction entre interprétation conforme et non conforme et, d'autre part, l'importance des enjeux pèse de manière prépondérante sur le choix opéré.

624.1. La fonction des régimes d'exception est de conférer une certaine liberté interprétative aux interprètes à des fins d'efficacité, de rapidité et d'adaptabilité aux faits nouveaux. Or la poursuite de cet objectif, qui se traduit par une lettre particulièrement lâche et un recours massif aux notions indéterminées, empêche une interprétation linéaire ou univoque de ces dispositifs. Même en se voulant fidèle au texte, les interprétations authentiques des énoncés des régimes d'exception ne pourraient être pleinement prévisibles. Elles ne sauraient être objectivées comme pourrait l'être un excès de vitesse constaté par radar automatique. L'appréciation du caractère « urgent » ou « imminent » auxquels les énoncés des états d'urgence renvoient nécessite de l'interprète qu'il fasse appel à sa propre lecture de la vitesse d'écoulement du temps²⁴²⁹, qu'il opère un jugement de valeur – en partie subjectif malgré les prévisions du droit²⁴³⁰ – sur les intérêts menacés²⁴³¹ et qu'il apprécie de nombreux éléments de

²⁴²⁸ Cf. *infra*, n° 728.

²⁴²⁹ L'urgence relève du *tempus* et non du *chronos*. L'appréciation de la pression temporelle inhérente à une situation dépend donc avant tout de la subjectivité de celui qui s'y livre (V. KLEIN É., « Chronos et tempus », in KLEIN É., SPIRO M. (dir.), *Le Temps et sa flèche*, *op. cit.*, p. 14-41).

²⁴³⁰ Dans le cadre national ou communautaire, l'appréciation des intérêts menacés par un péril peut acquérir une certaine objectivité juridique lorsque ces intérêts sont précisément identifiés dans le droit. Toutefois, reste encore à interpréter la nature et la portée de ces intérêts, ce qui implique évidemment de considérer des données sociologiques, politiques, historiques, culturelles ou anthropologiques (MRAOUAHI S., « La notion juridique d'urgence... », art. cit., p. 38) ; Si la balance opérée par l'interprète entre les intérêts en présence repose sur des éléments objectifs, elle impose toutefois un jugement de valeur (FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 533).

²⁴³¹ FRISCH M., cité par WALTER F., *Catastrophes...*, *op. cit.*, p. 16 : « Des catastrophes, seul l'homme peut y être confronté, dès le moment qu'il les expérimente. La Nature, elle, ne connaît pas de catastrophes » ; Il n'est jamais urgent de faire quelque chose en soi, mais seulement en vue d'un but (TUSSEAU GU., « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 141 et s.).

fait²⁴³². Il arrive à ce titre que les interprètes des états d'urgence reconnaissent explicitement la multiplicité des facteurs décisionnels, sinon le « clair-obscur » de l'équation aux nombreux intérêts divergents qu'ils doivent résoudre²⁴³³.

624.2. La décision sur l'exceptionnel répond à des enjeux majeurs et produit des effets particulièrement intenses, qui dissuadent l'interprète d'adopter une posture exclusivement juridique en recherchant l'interprétation la plus juste de l'énoncé. Les interprétations authentiques des régimes d'exception sont jugées par l'histoire. Elles impactent directement des millions de vies, remettent en question les principes les plus fondamentaux de l'État de droit et de la démocratie et, surtout, font peser le poids immense de la sauvegarde de l'État sur un nombre très réduit d'interprètes. À côté de ces enjeux majeurs, celui de respecter le sens des mots paraît dérisoire.

625. Toute l'ambiguïté de l'interprétation d'un régime d'exception réside dans cette tension entre la liberté juridique formelle de l'interprète, que le droit peine à guider dans le choix d'une interprétation, et les facteurs de fait qui déterminent son choix et lui ôte, en grande partie, la liberté interprétative qui est juridiquement la sienne. Comme le résume Thi Hong Nguyen à propos de la théorie réaliste continentale :

« La liberté de l'interprète authentique n'est pas synonyme de pouvoir arbitraire ou de liberté sans limite. Elle n'est qu'une liberté juridique résultant du système juridique. Elle ne signifie pas que la décision des juges suprêmes échappe à tout déterminisme. Bien au contraire, l'acte d'interprétation est enserré dans un réseau de contraintes »²⁴³⁴.

626. Partant de là, les interprètes authentiques ne sont pas « libres » au sens philosophique d'une absence de tout déterminisme²⁴³⁵, et ce même dans l'éventualité où ils seraient les interprètes de dernier ressort d'un énoncé. Leurs décisions sont les produits d'une volonté, mais d'une volonté enserrée dans le déterminisme de rapports politiques, de l'intérêt public et des intérêts propres au décideur, ou encore des conséquences juridiques, politiques et sociales des différentes options qui s'offrent à eux. C'est-à-dire, dans un « réseau de contraintes ». La liberté formelle importante de l'interprète ne mène donc pas, contrairement à ce que l'on pourrait

²⁴³² En témoigne, par exemple, le recours à la technique du faisceau d'indices par les juges, qui est de nature à indiquer la présence d'un cas complexe à trancher (V. WACHSMANN P., « qualification », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1277 et s.).

²⁴³³ Cf. *supra*, n° 346 et s.

²⁴³⁴ NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, op. cit., p. 231.

²⁴³⁵ Cf. spéc. *infra*, n° 792.

penser, à une insécurité juridique majeure et à un comportement imprévisible des acteurs du droit : il ne fait pas ce qu'il veut²⁴³⁶. Son action dépend d'une appréciation de la fin poursuivie, mais aussi d'une appréciation de la situation juridique et factuelle de l'interprétation. Pour comprendre pleinement la portée de cette assertion, il est impératif de définir et de caractériser la notion de « contrainte ».

b – La contrainte comme coût interne ou externe au choix d'une signification

627. Une approche pertinente de la contrainte en droit passe par l'analogie du jeu d'échecs²⁴³⁷. Le premier joueur menace de faire mat en un coup. Une seule réponse permet de l'éviter. Formellement, le second joueur est libre, sous réserve de respecter les règles du jeu, de jouer le coup qu'il souhaite. Pour autant, s'il poursuit la finalité de gagner la partie et qu'il a correctement analysé la situation, il est « contraint » de jouer ce coup salvateur. Dit autrement, il peut agir différemment, mais le « jeu » – par opposition aux « règles » – l'incite à agir d'une certaine façon à un moment donné : « si l'acteur poursuit telle fin alors il est contraint d'adopter tel procédé pour y parvenir »²⁴³⁸.

628. La contrainte en droit n'est pas fondamentalement différente. En 1962, le général de Gaulle souhaitait modifier la Constitution en évitant de passer par la procédure qu'elle prévoit à l'article 89. Pour mener à bien cet objectif, il n'était pas libre du moyen : il devait interpréter de manière « constructive » l'article 11 de la Constitution. De la même manière que pour le jeu d'échecs, l'interprète juridique dispose d'une liberté formelle importante, mais d'une liberté de fait très limitée s'il poursuit une fin déterminée. Il est ainsi possible de définir la contrainte dans le champ du droit comme « une situation de fait dans laquelle un acteur juridique est conduit à

²⁴³⁶ **JOUANJAN O.**, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011/2, 2011, p. 27-48, p. 29 : « [Les interprètes authentiques] ne font pas n'importe quoi dans un système juridique donné. La théorie des contraintes explique que, malgré la complète liberté de l'interprétation juridique que reconnaît la théorie réaliste, le champ des possibles pratiques reste limité et qu'un système juridique donné s'en tient, malgré tout, à des limites relativement raisonnables ».

²⁴³⁷ Nous reprenons ici, avec des libertés, l'exemple que Michel Troper développe dans plusieurs de ses ouvrages (**TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 9 ; **TROPER M.**, **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in **TROPER M.**, **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, **GRZEGORCZYK C.** (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 1-7).

²⁴³⁸ *Id.*, p. 21 ; De même, pour Jacques Meunier : « si l'acteur veut atteindre ses objectifs, il doit se comporter de la manière qu'imposent les ressources dont il dispose et les obstacles prévisibles » (« Contraintes et stratégies en droit constitutionnel », *art. cit.*, p. 189).

adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »²⁴³⁹.

629. Affirmer qu'un interprète authentique est « contraint » d'adopter un procédé laisse planer une ambiguïté sur la force contraignante qui s'exerce sur lui. En réalité, la notion de contrainte renvoie à une réalité sémantique recouvrant les champs des notions concurrentes de « coût » et « d'impossibilité ».

629.1. Ici aussi, l'analogie du jeu d'échecs permet aisément de le comprendre. Soit les trois coups potentiels suivants : le premier coup a pour effet de provoquer l'affaiblissement de la structure de pions du joueur, le second coup, de donner la reine à l'adversaire et le troisième coup, de mettre le roi du joueur en échec. La contrainte qui s'applique aux deux premiers coups s'apparente à un simple « coût » : il s'agit de mouvements valables si, selon le joueur, ils lui permettent d'obtenir ultérieurement un avantage plus grand ou si tous les autres coups lui paraissent générer des coûts plus élevés. Au contraire, la contrainte qui s'applique au troisième coup relève de « l'impossibilité » : il est, conformément aux règles du jeu d'échecs, illégal.

629.2. Entre le coût dérisoire et l'impossibilité, il existerait ainsi une gradation plus ou moins continue, une « force » variable de la contrainte. Toutefois, celle-ci peut difficilement être objectivée. L'appréciation du coût que représente une contrainte est une opération essentiellement relative et subjective. Il n'y a pas de contrainte sans intérêt protégé et la gradation entre les contraintes dépend de la lecture que chaque interprète fait de la situation dans laquelle il est placé, des effets probables de chaque choix et de l'anticipation qu'il fait du comportement des autres acteurs avec lesquels il est en interaction²⁴⁴⁰.

630. Pour éviter les contresens et les conclusions contradictoires, il est en outre essentiel de distinguer les contraintes relatives au texte interprété de celles relatives à l'interprète, tout comme d'apprécier leurs places respectives.

630.1. Les « contraintes interprétatives » peuvent être définies comme l'ensemble des contraintes qui influent directement sur le champ des interprétations acceptables, en ce qu'elles constituent soit des « canons » d'interprétation, soit des contraintes inhérentes au texte interprété. À l'opposé, les « contraintes de l'interprète » peuvent être définies comme l'ensemble des contraintes qui pèsent sur les épaules de l'interprète. Elles peuvent être externes,

²⁴³⁹ TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », art. cit., p. 1.

²⁴⁴⁰ JOUANJAN O., « La théorie des contraintes juridiques... », art. cit., p. 32 : « Dans l'exemple métaphorique proposé, la contrainte au fond n'existe que pour le bon joueur, car le mauvais joueur ne voit pas le coup qui le sauverait. Il ne ressent donc aucune contrainte. Il n'y a de contrainte que ressentie par un sujet ».

à l'image des rapports de pouvoir et des circonstances factuelles dans lesquelles il est placé, ou internes, c'est-à-dire relatives aux intérêts particuliers poursuivis par l'agent et à son idéologie²⁴⁴¹.

630.2. Alors que dans la logique kelsénienne, ces deux catégories de contraintes ne peuvent intervenir que successivement²⁴⁴², la grille de lecture de cette étude, imprégnée d'une logique plus « guastinienne », conçoit la simultanéité de leurs interventions²⁴⁴³. L'acteur juridique a, dans cette perspective, tout intérêt à privilégier une interprétation à la fois acceptable au regard du texte et au regard des intérêts qu'il poursuit. À défaut, il lui faudra sacrifier celle de ces dimensions à laquelle il attribue le coût le plus acceptable. L'exemple de la mise en œuvre de l'article 16, que Michel Troper utilise pour rendre compte de la concurrence entre les interprétations, peut tout aussi bien servir à illustrer cette tension entre les contraintes interprétatives et les contraintes de l'interprète :

« Le Président de la République peut bien interpréter telle ou telle circonstance comme justifiant la mise en œuvre des pouvoirs de crise, cette interprétation peut elle-même être interprétée par le Parlement comme constitutive du crime de haute trahison. Si le premier prend sa décision en considérant la possible décision du second, l'interprétation authentique est une activité exercée en commun et son produit est le résultat d'un rapport de forces entre autorités compétentes »²⁴⁴⁴.

631. Cette première caractérisation des contraintes – qui ne sont, à ce stade, pas encore « juridiques »²⁴⁴⁵ – préfigure de l'influence majeure qu'elles ont sur la liberté effective des interprètes authentiques du droit, mais aussi de la difficulté pour la science du droit de s'en saisir. Il faut, au préalable, qu'elle parvienne à passer outre les justifications données par les interprètes eux-mêmes.

²⁴⁴¹ Cf. *infra*, n° 783 et s.

²⁴⁴² Pour Kelsen, ces deux types de contraintes agissent successivement. Dans le premier temps, l'interprète opère en son for intérieur une interprétation scientifique de l'énoncé au moyen des « contraintes interprétatives », c'est-à-dire de la lettre du texte et des méthodes d'interprétation. Puis, dans le second temps, il choisit une signification par un acte de volonté, selon des considérations juridiques et extrajuridiques qui correspondent aux « contraintes de l'interprète ».

²⁴⁴³ À la fois acte de connaissance et acte de volonté, l'interprétation authentique ne consiste pas, chez Riccardo Guastini, à choisir parmi des significations préidentifiées, mais à attribuer à l'énoncé une signification qui se situe soit à l'intérieur du cadre interprétatif, soit à l'extérieur (cf. *infra*, n° 741 et s.).

²⁴⁴⁴ TROPER M., « Interprétation », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 843 et s.

²⁴⁴⁵ La notion de « contrainte juridique » sera discutée ultérieurement (cf. *infra*, n° 789 et s.).

§2 – Une contrainte interprétative dissimulée

632. La motivation ou, plus largement, la justification est un mécanisme juridique essentiel à l'acceptabilité des actes juridiques et au fonctionnement institutionnel. Si les interprétations authentiques relatives aux états d'urgence sont, quantitativement, de plus en plus justifiées, les limites flagrantes de l'exercice en termes de sincérité et d'objectivité (a) empêchent de tenir cette reconstitution des motifs comme un véritable témoignage de l'interprète sur les contraintes qui entourent sa décision (b).

a – La justification comme processus de légitimation de l'agir de crise

633. Du latin *movere* (« mettre en mouvement »), la notion de motivation renvoie aux forces incitant à agir²⁴⁴⁶. En droit, demander à une autorité décisionnelle de motiver sa décision, c'est lui demander d'objectiver et d'extérioriser les motifs de son action²⁴⁴⁷, sous une forme déterminée par les règles de droit, qui dépend directement du type d'acte considéré, de l'autorité émettrice²⁴⁴⁸, de l'époque, des usages et, bien entendu, de l'ordre juridique considéré.

634. L'idée qu'un acte juridique doit être précédé d'une motivation remonte à l'antiquité²⁴⁴⁹. Elle se justifie traditionnellement par plusieurs considérations, essentielles au bon fonctionnement juridique et politique de l'État : améliorer les qualités structurales et substantielles du texte, en favoriser l'application et asseoir l'autorité de la décision, en suscitant l'adhésion des personnes à qui elle s'adresse et, ainsi, lui conférer une certaine légitimité²⁴⁵⁰. À l'ère de l'État de droit, la motivation permet surtout de s'assurer que l'autorité qui agit a pris sa décision sur des motifs conformes au droit positif. Au-delà de ces objectifs généraux, la motivation revêt des finalités particulières en fonction de la nature des actes. Par exemple, en France, le règlement appelle avant tout à une motivation de nature formelle²⁴⁵¹, alors que la

²⁴⁴⁶ CAUDAL S., « Rapport introductif », in CAUDAL S. (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2013, 304 p., p. 3.

²⁴⁴⁷ ZENATI-CASTAING F., « La signification, en droit, de la motivation », in *id.*, p. 25.

²⁴⁴⁸ Il faut à ce titre faire état du contraste entre les jugements – dans lesquels la motivation se distingue assez nettement du dispositif – des actes non juridictionnels, pour lesquels une très grande variété de situations se rencontre : la motivation se trouve tantôt dans l'acte lui-même, plus ou moins séparé du reste du texte, tantôt dans un document différencié et matériellement disjoint.

²⁴⁴⁹ PHILIP-GAY M., « La motivation des lois », in CAUDAL S. (dir.), *La motivation en droit public*, op. cit., p. 161.

²⁴⁵⁰ ZENATI-CASTAING F., « La signification, en droit, de la motivation », art. cit., p. 46.

²⁴⁵¹ L'administration doit avant tout démontrer qu'elle dispose de la compétence pour réglementer et que l'acte qu'elle prend a une base légale.

motivation du projet de loi – qui est indétachable de ce dernier²⁴⁵² – revêt une forme plus rhétorique²⁴⁵³ et poursuit des finalités de plus en plus riches²⁴⁵⁴.

635. Si le droit contemporain donne une place prépondérante à la motivation, qui se retrouve même dans le texte constitutionnel²⁴⁵⁵, l'obligation de motivation des actes juridiques n'est ni systématique ni uniforme²⁴⁵⁶. Cette variabilité de l'obligation formelle de motiver juridiquement les décisions est partiellement compensée par l'omniprésence contemporaine de la « justification ». En effet, les motivations juridiques ne recouvrent pas l'ensemble de la réalité des processus mobilisés par les acteurs juridiques pour – prétendument – expliciter les motifs de leur action et, ainsi, démontrer qu'ils ont agi conformément au droit. La notion plus large de « justification » recouvre l'ensemble des éléments de compréhension, d'éclairage ou de motivation exprimés par les acteurs juridiques au soutien des actes juridiques qu'ils prennent. Elles peuvent être exprimées lors de l'exposé des motifs, mais aussi à l'occasion du débat parlementaire, d'un discours télévisuel, d'une conférence de presse ou d'un communiqué.

636. L'analyse empirique des justifications apportées aux interprétations des états d'urgence permet de mettre en exergue des caractères spécifiques aux différentes catégories de justifications, selon leur objet. Il convient de distinguer les justifications relatives à la situation factuelle, les justifications relatives à l'état du droit positif et les justifications relatives à la mise en relation des situations juridiques et factuelles.

636.1. Les justifications mobilisent largement le contexte factuel dans lequel s'inscrit le recours, la prorogation ou la mise en œuvre d'un état d'urgence. D'une part, en suggérant par le biais de procédés rhétoriques de dissimulation que la situation de fait appelle à une réponse univoque ne faisant pas intervenir leur volonté propre²⁴⁵⁷, les gouvernants parviennent simultanément à augmenter l'acceptabilité des décisions prises et à limiter le besoin de recourir

²⁴⁵² Cons. const., déc. n° 2005-33 RÉF, 7 avril 2005, de *Villiers et Peltier*, cons. 6.

²⁴⁵³ ZENATI-CASTAING F., « La signification, en droit, de la motivation », art. cit., p. 42-43.

²⁴⁵⁴ À l'origine, la motivation des projets de loi a seulement vocation à convaincre les parlementaires d'adopter le texte et, accessoirement, à éclairer les interprétations ultérieures. En effet, traditionnellement, la loi constitue un commandement. Les motifs des lois ne sont donnés que pour interpréter les lois et donc mieux les respecter, non pas pour les justifier. Dans le droit contemporain, notamment du fait du développement du contrôle de constitutionnalité, la motivation a acquis pour principale fonction de démontrer l'utilité, la légitimité et l'opportunité du texte (V. *id.*, spéc. p. 31).

²⁴⁵⁵ V. CAUDAL S., « Rapport introductif », art. cit., p. 5.

²⁴⁵⁶ Cf. *infra*, n° 639.

²⁴⁵⁷ Pour se conformer à la fiction d'un état d'urgence parfaitement compatible avec l'État de droit, dans laquelle les dirigeants ne font qu'appliquer le droit et poursuivre l'intérêt général, les justifications entretiennent le mythe de l'évidence en présentant les décisions comme des réactions désintéressées et lucides face au réel. Elles sont ponctuées de références techniques, de chiffres et de données factuelles (cf. *supra*, n° 346 et s.).

à de véritables arguments juridiques, au profit de déclarations jouant sur le registre émotionnel²⁴⁵⁸. D'autre part, les justifications font un usage judicieux des spécificités de chaque situation qui, présentées sur un ton sensationnaliste et introduites dans des raisonnements hautement fallacieux, sont toujours de nature à renforcer la légitimité du choix des acteurs juridiques²⁴⁵⁹.

636.2. Les justifications s'attellent, c'est un truisme de le relever, à démontrer que les décisions prises sont conformes aux prévisions du droit positif²⁴⁶⁰. Aussi naturelle et fondée soit-elle, cette pratique s'avère problématique lorsque, comme c'est souvent le cas, elle se limite à souligner la juridicité des mécanismes utilisés sans démontrer, simultanément, la nécessité et la proportionnalité des moyens employés²⁴⁶¹, ou qu'elle s'attelle à dissimuler des abus ou des détournements de pouvoir²⁴⁶². L'utilisation discursive du droit positif va aussi, bien souvent, au-delà d'une simple démonstration de conformité. Certaines justifications érigent le droit positif en rempart à l'exercice de toute liberté interprétative, par sa qualité rédactionnelle²⁴⁶³ ou par la contrainte que représente la jurisprudence²⁴⁶⁴. D'autres justifications inversent la situation, en faisant des décisions prises les moyens de la sauvegarde ou de la réalisation du droit²⁴⁶⁵, à travers la distinction fantasmée entre « état d'exception » et « état d'urgence »²⁴⁶⁶.

²⁴⁵⁸ En témoigne, en France, l'utilisation du vocable de « guerre » à la fois dans la lutte contre le terrorisme et dans celle contre le coronavirus (cf. *supra*, n° 360 et s.).

²⁴⁵⁹ Parmi de nombreux exemples, l'incertitude sur l'avenir est utilisée pour justifier la prorogation des états d'urgence (cf. *supra*, n° 376 et n° 454 et s.), alors que leurs énoncés imposent une réalité actuelle et temporellement contenue du péril et s'oppose, par conséquent, à une logique préventive dans leurs mises en œuvre (cf. *supra*, n° 450 et s.). La permanence de la menace, qui devrait selon le dispositif exclure toute reconduction, devient un argument en faveur de la prorogation (cf. *supra*, n° 458 et s.). L'exceptionnalité de la situation de fait justifierait, par un parallogisme, l'exceptionnalité des mesures (cf. *supra*, n° 507). Enfin, chaque crise est présentée comme « la plus grave », ce qui, sur le plan de la logique élémentaire, est impossible (cf. *supra*, n° 471).

²⁴⁶⁰ La justification est en effet mieux perçue lorsqu'elle tire son suc de l'observation d'une règle préalable (V. **TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Introduction », art. cit., p. 1-7).

²⁴⁶¹ La conformité au droit n'est que l'un des deux critères nécessaires à la légitimité des décisions prises, le second étant la poursuite de l'intérêt général. Ce dernier critère est même le plus important : il peut être justifié de déroger aux prévisions du droit devant une situation de nécessité absolue, mais non d'agir contre l'intérêt général (cf. *supra*, n° 83 et s.).

²⁴⁶² Le gouvernement ne reconnaît que rarement avoir commis des écarts. Le plus souvent, il s'affaire à qualifier les accusations qui lui sont opposées de contre-vérités ou d'allégations (cf. not. *supra*, n° 584 et s.).

²⁴⁶³ L'exécutif fait, à ce titre, l'apologie de la rédaction de l'état d'urgence sanitaire, présentée comme plus contraignante et moins dérogatoire que celle de l'état d'urgence sécuritaire (V. par ex. PHILIPPE É., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020).

²⁴⁶⁴ Le Gouvernement français insiste sur le fait que la nouvelle rédaction de l'interdiction de séjour répond « point par point » aux critiques du Conseil constitutionnel (cf. *supra*, n° 590.3); La durée de prorogation choisie se justifie par la « jurisprudence » des durées antérieures de prorogations (cf. not. *supra*, n° 564 et s.).

²⁴⁶⁵ User des moyens conférés par l'état d'urgence, ce n'est pas mettre en danger le droit, c'est au contraire dresser devant lui un « bouclier protecteur » (cf. *supra*, n° 388).

²⁴⁶⁶ L'état d'urgence est présenté comme parfaitement compatible avec l'État de droit, à l'inverse de l'état d'exception (cf. *id.*).

636.3. Les justifications insistent sur la nécessité factuelle et juridique de l'action menée. Premièrement, elles mobilisent, avec des variations selon l'ordre juridique considéré²⁴⁶⁷, le constat de l'insuffisance des moyens de droit ordinaire. La condition d'*ultima ratio* est présentée opportunément comme une raison décisive pour renforcer le droit positif, tout comme elle peut être volontairement occultée une fois le droit renforcé²⁴⁶⁸. Deuxièmement, tout particulièrement en France, elles font appel aux applications précédentes de l'état d'urgence pour légitimer les choix présents. Par des raisonnements fallacieux, ou *a minima* incohérents entre eux, les bilans, qu'ils soient positifs ou négatifs, ne sont jamais de nature à faire obstacle à la prorogation de l'état d'urgence²⁴⁶⁹. De même, sont saluées alternativement la prudence, ou la précipitation des pouvoirs publics à faire usage des mesures de l'état d'urgence²⁴⁷⁰. Troisièmement, les justifications données reconfigurent au gré des besoins la nature des liens unissant la sécurité et la liberté²⁴⁷¹, l'urgence de la situation et l'urgence de légiférer sur celle-ci²⁴⁷² ou la flexibilité de l'action et l'espacement des prorogations²⁴⁷³.

637. Souvent proches des arguments doctrinaux en faveur d'une légitimation du modèle du régime d'exception²⁴⁷⁴, les différentes justifications avancées ont en commun une tendance à déformer la réalité notionnelle ou positive pour servir les fins des acteurs juridiques, des contradictions fréquentes entre les arguments avancés, ainsi qu'un choix opportuniste des arguments considérés en fonction des situations. Elles rendent compte d'une réalité partielle et partielle, à portée plus performative que descriptive, en poursuivant, sous leur visée apparente de légitimation de la décision, l'objectif d'en dissimuler les véritables motivations.

²⁴⁶⁷ Le caractère explicite ou non de cette obligation dans le droit positif a un impact direct sur le fait que cette démonstration se fasse librement dans le cadre de la justification, ou qu'elle relève directement de la motivation des actes, comme le montrent les exemples français et espagnols (cf. *supra*, n° 510).

²⁴⁶⁸ Cf. *id.*

²⁴⁶⁹ Un bilan positif est interprété comme une preuve significative de l'efficacité de l'état, alors qu'un bilan négatif justifie le maintien de l'état d'urgence – sans lequel le bilan aurait été bien pire – et amène les acteurs juridiques à relativiser l'importance des chiffres (cf. *supra*, n° 512).

²⁴⁷⁰ Cf. *id.*

²⁴⁷¹ Cf. *supra*, n° 391.

²⁴⁷² Cf. *supra*, n° 318.

²⁴⁷³ Cf. *supra*, n° 559 et s.

²⁴⁷⁴ Les impératifs prophylactiques, légicentriques, légalistes et relativistes (cf. *supra*, n° 98) se retrouvent tous dans les justifications étudiées.

b – La justification comme processus de mystification des motifs

638. Même non motivée, une décision a toujours des « motifs »²⁴⁷⁵. Ils sont les raisons de droit ou de fait qui conduisent à prendre une décision et à en déterminer le sens. Les motifs se distinguent donc de la motivation juridique, qui est une expression formelle et déformante des motifs relevant du for intérieur de l'interprète. Les motifs formalisés ne se confondant pas avec ceux qui ont conduit à la décision, toute la tension d'une entreprise scientifique de description des contraintes juridiques réside dans la possibilité de reconstruire, sur une base empirique fiable, les motifs réels de la décision. Il convient donc d'interroger l'intérêt et la faisabilité scientifique d'une exploitation scientifique des justifications pour révéler les motifs de l'interprète, au double prisme des résultats empiriques de leur étude et de la théorie du droit.

639. Le manque de systématisme de la production des justifications constitue un obstacle matériel difficilement dépassable à la reconstruction des motifs des interprétations. Pour autant, certaines des caractéristiques des discours justificatifs, mises en exergue par leur étude empirique, suggèrent l'intérêt scientifique de cet objet.

639.1. L'ampleur matérielle des justifications dépend du contexte comparé et politique de l'interprétation authentique. D'abord, l'ampleur des motivations juridiques susceptibles de les traduire les motifs est très variable en fonction des spécificités de chaque système juridique et du type de décision. En témoignent les différences substantielles de motivation entre les actes administratifs de l'état d'urgence sécuritaire²⁴⁷⁶ et ceux de l'état d'alerte²⁴⁷⁷, entre les décrets de déclaration de l'état d'urgence sanitaire²⁴⁷⁸ et ceux en prononçant la cessation²⁴⁷⁹ ou encore, entre les décisions juridictionnelles françaises et celles d'autres cultures juridiques²⁴⁸⁰. Ensuite,

²⁴⁷⁵ CAUDAL S., « Rapport introductif », art. cit., p. 3.

²⁴⁷⁶ Le système français montre une certaine frilosité à la motivation des actes administratifs, qui se voit démultipliée pour les actes pris dans le cadre des états d'exception. Ainsi, les mesures prises par le Président de la République dans le cadre de l'application de l'article 16 ne sont passées sous l'obligation de joindre un exposé des motifs lorsqu'elles sont de nature législative (PHILIP-GAY M., « La motivation des lois », art. cit., p. 166) et, dans le cas de l'état d'urgence sécuritaire, les formules employées relèvent souvent plus de la « clause de style » que de la véritable motivation, comme le relèvent les juridictions de l'ordre judiciaire (V. par ex. l'arrêt rendu le 28 avril 2016 par la Cour d'appel de Riom, confrontée à la formule : « Considérant la nécessité d'employer les moyens juridiques rendus possibles par la déclaration de l'état d'urgence pour prévenir cette menace »).

²⁴⁷⁷ Les décrets-royaux de déclaration et de prorogation de l'état d'alerte contiennent systématiquement plusieurs pages de justifications (cf. *supra*, n° 478).

²⁴⁷⁸ Les décrets déclarant l'état d'urgence sanitaire dans les territoires d'outre-mer sont motivés sur un schéma identique, de manière brève et ciblée sur les dernières données épidémiologiques disponibles (D. n° 2021-990, 28 juillet 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République).

²⁴⁷⁹ Le décret mettant fin à l'état d'urgence sanitaire en Guyane et à Mayotte ne comporte aucun exposé des motifs (D. n° 2022-303, 2 mars 2022, mettant fin à l'état d'urgence sanitaire en Guyane et à Mayotte).

²⁴⁸⁰ La forme de présentation des motifs particulièrement brève et affirmative que les décisions juridictionnelles françaises tendent à adopter, qui peut légitimement surprendre les juristes étrangers, pourrait s'expliquer pour le

elle est directement affectée par la recherche d'autorité de l'organe qui se prononce²⁴⁸¹, qui peut être stratégiquement amené à pratiquer « *l'imperatoria brevitatis* »²⁴⁸². Enfin, elle est particulièrement dépendante de la conjoncture politique et du besoin de convaincre les contre-pouvoirs²⁴⁸³. La possibilité pour le chercheur de reconstruire les motifs des décisions sur la base des justifications est donc dépendante de facteurs intrinsèques au système juridique et à l'interprète authentique lui-même.

639.2. L'intérêt scientifique des justifications est fonction de plusieurs de leurs caractéristiques. Certaines compliquent substantiellement leur exploitation, à l'image du caractère générique ou faussement spécifique des justifications avancées confère un caractère artificiel aux assertions des acteurs du droit²⁴⁸⁴, qui commande au chercheur de les appréhender avec scepticisme, ou de l'inconstance des justifications avancées, qui empêche de les tenir comme des moyens fiables d'accéder à l'univers intellectuel des acteurs, c'est-à-dire aux préceptes qui guident leur choix d'une signification contraignante²⁴⁸⁵. D'autres, en revanche, suscitent l'intérêt scientifique, à l'image de l'autonomie partielle des justifications par rapport aux énoncés interprétés²⁴⁸⁶, qui suggère que l'exercice de justification, producteur de sens

Conseil constitutionnel, du moins avant l'introduction de la QPC, par une volonté de « pas figer la portée de principes constitutionnels à l'occasion de chaque décision » (**RIBES D.**, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », art. cit.).

²⁴⁸¹ La justification est perçue comme une contrainte imposée à celui qui n'est pas pleinement souverain. Elle aurait même, pour Napoléon Bonaparte, l'effet redoutable de nuire à l'autorité des actes juridiques qu'elle prend pour objet (V. **ZENATI-CASTAING F.**, « La signification, en droit, de la motivation », art. cit., p. 31 ; **CAUDAL S.**, « Rapport introductif », art. cit., p. 9).

²⁴⁸² Sur ce concept, se référer à **DELANLSSAYS T.**, *La motivation des décisions...*, *op. cit.*

²⁴⁸³ En particulier, l'ampleur des exposés des motifs des décrets de déclaration et des projets de loi de prorogation est directement corrélée à la bienveillance parlementaire envers l'action de l'exécutif. Lorsque les parlementaires sont acquis à l'action de l'exécutif, les exposés des motifs se raccourcissent (projet de loi, 18 novembre 2015, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions) ; et vice-versa (projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017).

²⁴⁸⁴ Les acteurs juridiques s'attèlent à exploiter les spécificités de chaque situation de fait et de droit pour construire leurs discours justificatifs. Il faut cependant constater le large substrat d'arguments communs aux situations de péril sanitaire et sécuritaire, ainsi que l'emploi systématique – et très artificiel – d'adjectifs dithyrambiques faisant de chaque situation de crise un péril d'une intensité jamais vue auparavant (cf. *supra*, n° 471).

²⁴⁸⁵ Si les arguments apportés au soutien des décisions prises paraissent fondés lorsqu'ils sont pris individuellement, leur mise en perspective révèle bien souvent leur caractère construit et opportun. D'une décision à l'autre, les conceptions adoptées de certains concepts indéterminés, comme celui de nécessité, sont opportunément remaniées en vue de renforcer le bien-fondé de la décision prise (cf. *supra*, n° 493 et s.).

²⁴⁸⁶ Les éléments sur lesquels les justifications insistent le plus ne correspondent que très imparfaitement à leur importance respective dans les énoncés juridiques interprétés. Ainsi, la « granularité territoriale » des mesures de l'état d'alerte est peu développée dans les textes, mais centrale dans les justifications données par les acteurs juridiques (cf. *infra*, n° 544 et s.). Au contraire, les notions de nécessité et de gravité, regrettamment discrètes dans les énoncés des états d'urgence français, ont été enrichies et étendues l'atteinte portée au droit et aux atteintes symboliques à la nation et occupent, aujourd'hui, une place importante dans les discours justificatifs (cf. *supra*, n° 463-493 et s. et n° 493 et s.).

juridique, révèle, si ce n'est directement les motifs des décisions, au moins les évolutions juridiques nécessaires à leur expression.

640. L'analyse critique des principales assertions théoriques sur les justifications juridiques confirme que les justifications apportées aux interprétations ne peuvent être confondues avec les motifs, sans que cela relève nécessairement d'une intention maligne. Si ce double constat est relativement consensuel, les conséquences théoriques qu'il implique font ouvertement débat au sein des théoriciens positivistes.

640.1. Justifier une décision, ce n'est pas révéler de manière transparente son for intérieur ou le cheminement exact qui a mené à une décision. Il s'agit d'une construction rhétorique, performative et postérieure à la réflexion²⁴⁸⁷, prise en considération de ce qui peut et de ce qui doit être dit dans un système juridique et dans un contexte donné²⁴⁸⁸. Son but est de légitimer la décision prise et d'assurer une réception positive de la décision par les contre-pouvoirs politiques ou juridictionnels. Toutefois, cette occultation de certains des motifs de la décision est compatible avec leur acceptabilité juridique²⁴⁸⁹, sinon nécessaire²⁴⁹⁰ ou même, inévitable²⁴⁹¹.

640.2. Selon la grille de lecture proposée par les théories sceptiques de l'interprétation, l'artificialité des justifications juridiques impose de renoncer à analyser les justifications. En effet, si la finalité de ces dispositifs est d'obtenir un effet légitimant, en dissimulant les raisons réelles ayant guidé le processus décisionnel, il est inenvisageable d'en faire usage pour connaître les contraintes juridiques réelles de l'interprétation²⁴⁹². Si elle a le mérite d'être cohérente avec le scepticisme qu'elle revendique, l'approche tropérienne tue dans l'œuf l'intérêt pratique d'une Théorie des contraintes juridiques. Elle est, à ce titre, vivement critiquée par Olivier Jouanjan :

²⁴⁸⁷ V. en ce sens **PERELMAN C.** et **L. OLBRECHTS-TYTECA L.**, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Université de Bruxelles, 1992, p. 53 et s.

²⁴⁸⁸ **BONNET B.**, « Débat », **CAUDAL S.** (dir.), *La motivation en droit public*, *op. cit.*, p. 148.

²⁴⁸⁹ D'un point de vue strictement juridique, les motifs réels de l'autorité agissante peuvent rester secrets sans que cela entache la légalité ou l'acceptabilité de la décision si, bien entendu, elle est justifiée conformément aux exigences des textes.

²⁴⁹⁰ Si tous les motifs étaient exposés, les décisions apparaîtraient comme inacceptables : « nous aurions souvent honte de nos plus belles actions, si le monde voyait tous les motifs qui les produisent » (**LA ROCHEFOUCAULD**, *Maximes*, cité par **SEILLER B.**, « Rapport de synthèse », in **CAUDAL S.** (dir.), *La motivation en droit public*, *op. cit.*, p. 292).

²⁴⁹¹ Même animé d'une volonté totale de transparence, l'interprète authentique sera it bien en peine de connaître et objectiver l'ensemble des raisons qui motivent son action.

²⁴⁹² **JOUANJAN O.**, « La théorie des contraintes juridiques... », art. cit., p. 48.

« Il faut s'intéresser à la motivation de l'acte parce que ce ne sont pas les motifs intimes et cachés de l'auteur de l'acte qui importent, ce n'est pas son « acte de volonté », mais les motifs formulés, textualisés, la justification écrite qui circulent et entrent dans la discussion. (...) C'est avec ces motifs écrits que travaillent et doivent travailler les juristes. Cette texture du droit n'est pas un ornement, une parure du système juridique, elle en est la substance même. C'est pourquoi une théorie qui l'évacue hors de son champ de vision se condamne à ne pouvoir, d'aucune manière, rendre compte de ce qui se passe effectivement dans un « système » juridique qui n'est pas un système de « normes », mais un système dynamique de normativisation, c'est-à-dire de travail de textes »²⁴⁹³.

640.3. Sans chercher à minimiser la distinction entre les motifs exprimés dans les justifications et les motifs qui relèvent du for intérieur de l'interprète²⁴⁹⁴, la théorie mixte et plus pragmatique de Riccardo Guastini invite le chercheur à s'intéresser aux motivations juridiques. Aussi trompeuses soient-elles sur les motifs réels de l'action, elles en représentent pourtant la seule traduction susceptible de faire l'objet d'une analyse empirique ou logique, c'est-à-dire d'être exploitée par la science du droit²⁴⁹⁵.

641. Finalement, si les justifications sont assurément un miroir déformant des motifs, qui en occulte certains et en crée d'autres de toutes pièces, il s'agit d'un des principaux outils à disposition des chercheurs pour espérer reconstruire le réseau de contraintes juridiques dans lequel s'inscrit l'interprétation authentique. Leur exploitation scientifique est donc souhaitable, à condition d'adopter une posture sceptique, acceptant de questionner la cohérence, d'apprécier la logique et le cas échéant, de remettre en cause les arguments juridiques livrés par les acteurs juridiques, ainsi que d'apprécier leur valeur respective de vérité, en privilégiant, au cas par cas, les justifications formelles ou informelles²⁴⁹⁶.

²⁴⁹³ **JOUANJAN O.**, « La théorie des contraintes juridiques... », art. cit., p. 48. Il ajoute : « Telle est la raison pour laquelle la théorie "réaliste" de l'interprétation, même amendée par la "théorie" des contraintes juridiques, ne saurait nous convaincre de sa pertinence : elle reste, au regard de l'effectivité du travail juridique, profondément irréaliste ».

²⁴⁹⁴ **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 209 : « [Le procédé d'interprétation] peut être appréhendé à la fois en tant que procédé intellectuel qui se déroule dans l'esprit de l'interprète, et en tant que discours, à savoir le discours "public" par lequel l'interprète donne des arguments à l'appui de l'interprétation choisie ».

²⁴⁹⁵ *Ibid.*

²⁴⁹⁶ Par exemple, pour rechercher les motifs derrière une loi, le débat parlementaire peut être plus pertinent que son exposé des motifs. Plus spontané, il confine moins à l'exercice de style et rend plus directement compte du contexte juridique, politique et idéal du texte.

B – DES CONTRAINTES JURIDIQUES À L’ARTICULATION COMPLEXE

642. Lues à l’aune d’une théorie des contraintes juridiques, les observations empiriques de cette étude offrent deux clés de lecture déterminantes dans la compréhension de l’articulation et de la hiérarchie des différents types de contraintes auxquels répondent les interprétations authentiques des états d’urgence. D’une part, elles révèlent que les énoncés juridiques n’exercent qu’un effet limité sur l’interprétation. Si leurs lacunes favorisent les interprétations constructives, leur bonne rédaction ne leur oppose pas un obstacle infranchissable (§1). D’autre part, elles montrent l’importance première des contraintes relatives au système juridique, à commencer par celles inhérentes au jeu concurrentiel entre les interprètes authentiques pour imposer des significations et en contenir d’autres (§2).

§1 – Des contraintes interprétatives surmontables

643. Les régimes des états d’urgence accusent pour certains d’ambiguïtés et de lacunes dépassant de loin l’indétermination textuelle consubstantielle au modèle du régime d’exception. Ces failles sont directement exploitées par les interprètes de l’application, pour augmenter leur liberté interprétative et, parfois, pour aller à l’encontre de l’esprit du texte, ce qui en souligne l’importance intrinsèque (a). Si le texte constitue bien un frein à la liberté interprétative, il ne l’empêche cependant pas tout à fait. Il faut donc se garder d’expliquer les pratiques interprétatives observées par les seules insuffisances des énoncés (b).

a – Une liberté interprétative nourrie des insuffisances de l’énoncé

644. Le droit écrit, en tant que production empirique et fondamentalement humaine, est incapable d’épuiser les multiples matérialisations possibles des termes qu’il emploie²⁴⁹⁷. Il ne peut s’extraire complètement du caractère par essence vague du langage, de la polysémie des mots et du caractère évolutif de leur dénotation²⁴⁹⁸. Même si l’acceptabilité des décisions prises sur son fondement est conditionnée à l’illusion de non-choix qu’il procure²⁴⁹⁹, la part d’indétermination inhérente à toute prévision juridique n’empêche pas, dans les faits, l’énoncé

²⁴⁹⁷ PICARD É., « Le droit comparé est-il du droit ? », *Droit & Philosophie*, n° 1, 2009, en ligne.

²⁴⁹⁸ Cf. *supra*, n° 202 et s.

²⁴⁹⁹ Cf. *supra*, n° 346 et s.

de jouer son rôle. Il est même des champs du droit – le droit d’exception en est l’exemple le plus topique²⁵⁰⁰ – où elle est indispensable à l’utilité pratique du droit.

645. Conscients de cette réalité, les législateurs français et espagnols ont conféré aux interprètes, à travers le texte des états d’urgence, une marge interprétative salvatrice. Toutefois, cette volonté ne suffit pas à expliquer l’ensemble des imprécisions, des incohérences et des lacunes qu’accuse la lettre de ces dispositifs. Certaines de ces « insuffisances problématiques » mènent à des pratiques interprétatives susceptibles de résulter en des interprétations desservant la finalité poursuivie par ces dispositifs.

645.1. Premièrement, les états d’urgence français accusent d’un manque de rigueur notionnelle et définitionnelle, que ne connaissent que peu leurs homologues espagnols. L’absence de définition, d’analogie et d’exemples empêche toute caractérisation *a priori* des périls conditionnant leur déclaration²⁵⁰¹, sans que le recours à de nombreux superlatifs ne puisse y pallier²⁵⁰². Cette indétermination, au moins partiellement délibérée²⁵⁰³, concerne aussi les mesures permises par les états d’urgence²⁵⁰⁴. Elle n’est pas, contrairement au modèle espagnol, contrebalancée par la prévision de garde-fous proportionnels à l’intensité de la marge d’interprétation conférée²⁵⁰⁵ et adaptés à la puissance dérogatoire des états d’urgence²⁵⁰⁶.

645.2. Deuxièmement, l’arsenal français souffre d’un manque chronique de cohérence, contrastant directement avec la systématisme des dispositifs espagnols²⁵⁰⁷. Réparti entre la loi et la Constitution, sans que cela ne réponde à une logique explicite ou soit corrigé

²⁵⁰⁰ Il serait dangereux d’enfermer la qualification juridique des situations de crise dans un champ immuable et nécessairement limité par la perception présente des périls qui pourraient survenir (cf. *supra*, n° 94 et s.).

²⁵⁰¹ Cf. *supra*, n° 426 et s.

²⁵⁰² Cf. *supra*, n° 467.

²⁵⁰³ Il faut, à ce titre, noter la tournure positive du texte de 1955, selon lequel l’état d’urgence « peut être déclaré » et non, sur le modèle de l’état de siège français, « ne peut être déclaré » (cf. not. *supra*, n° 475), tout comme le choix du constituant de 1958 de doter le Président de la République de la clause générale de l’article 16, qui contraste grandement avec le rejet catégorique d’un régime d’exception non contenu par les textes du constituant espagnol de 1978 (cf. *supra*, n° 307).

²⁵⁰⁴ Cf. *supra*, n° 586 et s.

²⁵⁰⁵ Alors que la Constitution de 1978 encadre les moyens intenses qu’elle confère par des garanties proportionnellement contraignantes, l’arsenal d’exception français surprend : dans une certaine mesure, plus les pouvoirs conférés sont importants, plus l’exécutif est autonome dans leur mobilisation (cf. *supra*, n° 527 et s. et n° 553 et s.).

²⁵⁰⁶ Il faut tout particulièrement faire mention de la place subsidiaire conférée par les textes français au Parlement dans la déclaration et dans le contrôle des états d’urgence (cf. *supra*, n° 520), de l’absence d’énumération explicite des droits qui sont suspendus par la déclaration d’un état d’urgence (cf. *supra*, n° 580), de l’absence de véritable rempart textuel à la modification de la Constitution lors de la mise en œuvre d’un état d’urgence (cf. *supra*, n° 579) ou des possibilités juridiques pour l’exécutif de proroger seul l’état d’urgence sécuritaire (cf. *supra*, n° 534).

²⁵⁰⁷ Les états d’urgence espagnols sont tous prévus à l’article 116 de la Constitution, sont ordonnés de manière cohérente et sont dénués de redondances (cf. *supra*, n° 292).

par les dispositifs les plus récents²⁵⁰⁸, il comporte des redondances entre les dispositifs qui le composent²⁵⁰⁹, de nature à créer concurrence juridique génératrice d'insécurité juridique²⁵¹⁰, tout en réunissant par ailleurs, au sein d'un seul régime, des hypothèses factuelles qui n'ont que trop peu en commun²⁵¹¹. Cet état de fait s'explique par les conditions de genèse des régimes d'exception français qui, à l'inverse des dispositifs espagnols, qui n'ont jamais été pensés dans le calme des périodes sans crise et qui, une fois en vigueur, ont été systématiquement révisés, le plus souvent dans le sens de l'aggravation des pouvoirs qu'ils confèrent et de la modération des garde-fous qu'ils prévoient²⁵¹².

645.3. Enfin, troisièmement, les états d'urgence français – et plus rarement, espagnols²⁵¹³ – accusent de lacunes rédactionnelles inquiétantes pour des dispositifs aussi attentatoires aux garanties fondamentales et incontestablement problématiques par l'objectivité des problèmes qu'elles posent au regard de la sécurité juridique. Ces lacunes s'immiscent dans l'articulation formelle de l'énoncé de l'état d'urgence sécuritaire²⁵¹⁴, dans l'énonciation des hypothèses factuelles permettant la mobilisation de l'état d'urgence sanitaire²⁵¹⁵ ou dans les possibilités de faire un usage simultané des états d'urgence sanitaires et sécuritaires sur un même territoire²⁵¹⁶.

646. Par abstention fautive, maladresse ou volonté délibérée, ces insuffisances rédactionnelles permettent à l'interprète d'aller au-delà de ce qu'exige le délicat exercice de concilier les nécessités de prémunir l'État contre la crise et le droit contre l'action de l'État. Elles favorisent, en pratique, des interprétations extensives, abusives ou détournées des états d'urgence, aux conséquences tangibles et observables.

646.1. L'imprécision des notions mobilisées par les énoncés pour caractériser les hypothèses factuelles ouvre la voie, par leur emploi désordonné, hétérogène et discrétionnaire,

²⁵⁰⁸ La tendance globale à la constitutionnalisation du droit d'exception est un échec partiel en France, échec renforcé par le choix de créer un état d'urgence sanitaire au lieu d'employer le dispositif modifié de 1955 (cf. *supra*, n° 271 et s. et 292 et s.).

²⁵⁰⁹ Cf. *supra*, n° 297.

²⁵¹⁰ Cf. *supra*, n° 407.

²⁵¹¹ C'est en particulier le cas de l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955 (cf. *supra*, n° 441).

²⁵¹² Cf. *supra*, n° 269 et s.

²⁵¹³ La principale lacune objective des états d'urgence espagnols réside dans l'absence de prévision textuelle de la possibilité d'une fin anticipée de l'état d'alerte, alors qu'elle est prévue pour l'état d'exception (cf. *supra*, n° 542).

²⁵¹⁴ Par exemple, l'article 11, II de l'état d'urgence sécuritaire, qui succède à l'article 11,2, appartient sur le fond au régime de droit commun de l'état d'urgence. Il est donc très critiquable de l'avoir placé dans l'article 11, identifié traditionnellement comme le fondement textuel de l'état d'urgence « aggravé » (cf. *supra*, n° 589).

²⁵¹⁵ La structure d'énonciation des hypothèses factuelles de l'état d'urgence sanitaire est mal copiée sur celle de l'état d'urgence sécuritaire, ce qui en impacte directement le sens (cf. *supra*, n° 442).

²⁵¹⁶ Cf. *supra*, n° 528.

à une qualification des faits aussi discrétionnaire que peu juridique. En mobilisant, pêle-mêle, les sens communs et les sens juridiques de ces mots, pour motiver en opportunité la décision prise, les interprètes de l'application parviennent à subsumer sous les hypothèses factuelles des situations de fait aux caractères opposés à la vocation originelle des dispositifs²⁵¹⁷ et à justifier d'un emploi prophylactique de l'état d'urgence²⁵¹⁸.

646.2. Les brèches procédurales sont presque systématiquement exploitées par les interprètes authentiques et permettent, en dépit des conditions premières d'acceptabilité des états d'urgence, d'accroître la concentration des pouvoirs inhérents à leur mobilisation²⁵¹⁹, comme la pérennisation problématique de leur application dans le temps²⁵²⁰.

646.3. Les insuffisances sus-évoquées, couplées à la prévision juridique fragile du contrôle, limitent substantiellement la possibilité pour les contre-pouvoirs parlementaires et juridictionnels de rappeler à l'ordre l'interprète de l'application. Mise devant l'impossible de placer avec certitude la frontière entre l'interprétation conforme et l'interprétation non conforme de conditions de fond sujettes à la mouvance²⁵²¹ et de conditions de forme n'interdisant pas explicitement des usages contraires à l'esprit du texte²⁵²², la portée effective du contrôle est, comme le redoutait déjà la doctrine de 1955²⁵²³, sérieusement amoindrie²⁵²⁴.

647. Au vu de ces observations, il apparaît que, conformément au bon sens, les imprécisions, les incohérences et les autres lacunes dont peut accuser la lettre des énoncés sont autant de brèches dans lesquelles les interprètes authentiques peuvent s'engouffrer pour exercer, avec une certaine impunité, un pouvoir interprétatif constructif guidé par la seule opportunité.

²⁵¹⁷ Cf. not. *supra*, n° 432 et s.

²⁵¹⁸ Cf. *supra*, n° 452.1 et s.

²⁵¹⁹ Par exemple, la mention par l'état d'urgence sécuritaire de la « loi » plutôt que du « Parlement » a permis juridiquement, pendant la guerre d'Algérie, une déclaration et des prorogations à la seule appréciation de l'exécutif (cf. *supra*, n° 534).

²⁵²⁰ L'absence de limites claires au nombre et à la durée des prorogations a permis, d'une façon tout à fait contraire à l'idée essentielle de la nécessaire limitation temporelle des états d'urgence, des applications continues de plusieurs années de ces régimes (cf. *supra*, n° 552.543 et s.).

²⁵²¹ L'interprétation acceptable d'une disposition dépend directement du contexte historique et politique dans lequel s'inscrit une interprétation donnée. Le bouleversement contemporain du rapport au temps (société de l'urgence), à la sécurité et au risque (risques assurantiels, risque globalisé et principe de précaution) a, en ce sens, modifié profondément la compréhension de termes comme « urgent » ou « péril » (cf. *supra*, n° 365 et s.).

²⁵²² Les prorogations à répétition des états d'urgence en sont un exemple topique (cf. *supra*, n° 552 et s.).

²⁵²³ C'est, dès le vote de la loi sur l'état d'urgence, la crainte exprimée par Roland Drago dans un article resté célèbre (cf. *supra*, n° 598).

²⁵²⁴ Cf. *infra*, n° 659 et s.

b – Un énoncé insuffisant pour contraindre la liberté interprétative

648. Si les insuffisances de l'énoncé ouvrent la voie aux abus, ses qualités rédactionnelles sont, corollairement, de nature à dissuader les excès interprétatifs. Le pouvoir dissuasif de l'énoncé juridique s'observe aussi bien à travers les effets qu'il produit sur l'interprétation authentique que, par un changement de perspective, au vu de l'attitude des autorités publiques vis-à-vis de la modification du droit positif.

648.1. Un énoncé complet et rédigé avec méticulosité a de nombreuses vertus. D'une part, il limite la possibilité d'invoquer les lacunes des prévisions juridiques pour agir en dehors de l'empire du droit²⁵²⁵ et régule les interprétations constructives à hauteur des motivations juridiques qu'il impose²⁵²⁶. D'autre part, il oblige l'acteur juridique à s'interroger par avance sur le risque d'invalidation associé à la signification qu'il souhaite retenir de l'énoncé²⁵²⁷ et donne un fondement à la critique, contraignante ou non, de la décision retenue²⁵²⁸.

648.2. Le poids de la lettre de l'énoncé sur l'agir interprétatif est confirmé par l'observation des modifications qui naissent de la pratique des énoncés. D'une part, lorsqu'un régime d'exception ou l'une de ses prévisions tombe en désuétude, il finit presque systématiquement par être abrogé²⁵²⁹. D'autre part, lorsqu'un énoncé texte fait directement obstacle à la volonté des autorités de crise, les décideurs vont fréquemment chercher à le supprimer ou à le modifier pour agir conformément au droit²⁵³⁰. Par le comportement normatif qu'ils montrent en modifiant le droit positif qu'il n'est pas concevable de conserver, ou celui qu'il est trop difficile de contourner, les acteurs juridiques témoignent directement de sa force contraignante.

²⁵²⁵ Pour Pedro Cruz Villalón, l'inscription dans le droit des états d'exception empêche de violer la Constitution au nom de prétendues lacunes constitutionnelles (cf. *supra*, n° 577). Cette idée, fondamentale dans la justification du modèle de l'état d'exception, irrigue les pensées françaises et espagnoles du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle (cf. *supra*, n° 243 et s.).

²⁵²⁶ En faisant peser sur l'interprète l'obligation explicite de justifier ses décisions d'exception au regard de la nécessité et la proportionnalité des mesures, le droit positif conduit l'exécutif à justifier son action en droit et en fait, et parfois, par de véritables bilans coûts-avantages (cf. spéc. *supra*, n° 478).

²⁵²⁷ Par exemple, l'impossibilité explicite de suspendre les droits et libertés via l'état d'alerte a fait courir à l'action des autorités publiques un risque d'inconstitutionnalité, qui s'est ensuite matérialisé à travers la décision du Tribunal constitutionnel (cf. *infra*, n° 696).

²⁵²⁸ La rigueur rédactionnelle de l'énoncé est le fondement même de l'agir des autorités de contrôle. Comment en effet, sur le plan logique, dénoncer un abus si le droit ne prescrit pas le comportement à adopter ?

²⁵²⁹ Cf. *supra*, n° 596 et n° 600.

²⁵³⁰ En témoignent le transfère du pouvoir de déclaration de l'état d'urgence sécuritaire au Conseil des ministres par l'ordonnance du 15 avril 1960 (cf. *supra*, n° 522) ou l'évolution des dispositions prévoyant les assignations à résidence visant à leur conférer un caractère pleinement préventif (cf. *supra*, n° 592).

649. La qualité rédactionnelle du droit limite les possibilités de comportements interprétatifs inadéquats, mais ne les empêche pas. D'une part, il n'est pas nécessaire de souscrire à une théorie extrême de l'interprétation pour admettre que les textes n'ont de portée contraignante que s'ils sont susceptibles d'être opposés à l'interprète authentique par une autorité qui lui est extérieure. D'autre part et surtout, la pratique effective des états d'urgence est ponctuée d'interprétations qui, profitant d'une lacune de l'énoncé ou, sans s'embarrasser d'une telle recherche, allant frontalement contre sa lettre, imposent des significations constructives, abusives ou détournées.

649.1. Alors même que l'énoncé exige avec clarté un comportement, il arrive que l'interprétation authentique comporte une anomalie formelle²⁵³¹, ou de manière bien plus problématique, outrepassé sciemment les limites explicites qu'il érige²⁵³², retourne la précision de l'énoncé contre elle-même jusqu'à la mettre en contradiction avec l'objectif qu'elle poursuit²⁵³³ ou contourne un dispositif juridique jugé trop contraignant pour lui substituer opportunément un autre régime d'exception²⁵³⁴.

649.2. Dans des cas moins extrêmes, mais aussi beaucoup plus fréquents, l'ambiguïté excusable – ou consubstantielle au principe des régimes d'exception – de l'énoncé est exploitée par l'interprète authentique pour légitimer des interprétations constructives, poussant le texte dans ses retranchements et allant, parfois, à l'encontre de sa logique intrinsèque. En ayant une lecture extensive des situations de fait pouvant justifier la déclaration du régime²⁵³⁵, de l'étendue spatiale qu'elle doit revêtir²⁵³⁶, de la durée de l'application²⁵³⁷ et des modalités de mise en œuvre de ses mesures²⁵³⁸, l'interprétation authentique est à la fois capable d'atteindre

²⁵³¹ Il convient de citer les arrêtés outre-mer ne faisant pas une référence précise aux articles activés, les incohérences dans le maniement des catégories de mesures de l'état d'urgence simple et aggravé ou encore, l'application de l'article 11 alors qu'il n'a pas été régulièrement activé (cf. *supra*, n° 521 et s. et n° 587 et s.).

²⁵³² En témoigne l'utilisation de l'état d'alerte pour procéder, *de facto*, à des suspensions de droits et libertés constitutionnellement garantis, notamment avec un confinement quasi absolu de la population pendant plusieurs mois (cf. *supra*, n° 287), comme de l'état d'urgence sécuritaire pour créer des camps en Algérie, malgré la prohibition explicite prévue à l'article 6 (cf. *supra*, n° 592).

²⁵³³ C'est ainsi que, paradoxalement, l'utilisation détournée de l'état d'alerte lors de la crise des contrôleurs aériens a été facilitée la richesse rédactionnelle des hypothèses de sa déclaration (cf. *supra*, n° 427 et s.).

²⁵³⁴ Aux différentes déclarations de l'état d'alerte, les autorités espagnoles auraient dû substituer, au vu de l'ampleur dérogatoire des mesures qui ont été prises, les déclarations de l'un des deux autres dispositifs de l'article 116 de la Constitution (cf. *supra*, n° 436 et s.).

²⁵³⁵ Cf. *supra*, n° 434 et s.

²⁵³⁶ Cf. *supra*, n° 547543 et s.

²⁵³⁷ Cf. *supra*, n° 559 et s.

²⁵³⁸ Par exemple, l'interprétation extensive par le ministre de l'intérieur des lieux pouvant être perquisitionnés dans le cadre de l'état d'urgence sécuritaire pose question, notamment au regard du principe d'interprétation stricte de l'exception (cf. *supra*, n° 586 et s.).

les garanties les plus fondamentales de l'énoncé, rendant inopérants certains des garde-fous essentiels qu'il prévoit²⁵³⁹, que de permettre des innovations pratiques renforçant ces mêmes garanties²⁵⁴⁰.

650. Il convient donc, en dernière analyse, de relativiser substantiellement l'intensité du lien de causalité qui unit la lettre de l'énoncé à son interprétation, en soulignant son absence d'autonomie et la possibilité pour l'interprète authentique de le dépasser. La qualité des prévisions des énoncés des états d'urgence favorise, mais n'assure pas le respect de la lettre du texte par les interprètes authentiques, ce qui explique la portée pratique limitée de la différence qualitative entre les prévisions françaises et espagnoles. Parce qu'il peut être tordu, élargi, retourné contre lui-même, contourné ou simplement outrepassé par les autorités d'application, l'énoncé n'est qu'un élément parmi d'autres du réseau de contraintes enserrant l'interprétation d'application, qui n'a pour force contraignante que celle que les autres interprètes du système juridique lui confèrent.

§2 – Des contraintes de l'interprète déterminantes

651. Au-delà des seules considérations juridiques, l'agir interprétatif est déterminé par un réseau de contraintes politiques, communicationnelles ou idéologiques, qui, lorsqu'elles exercent une force sans commune mesure avec l'énoncé juridique, peuvent amener l'interprète à élire une signification en contradiction avec les prévisions du droit positif. Toutefois, si le système juridique fonctionne, c'est-à-dire, que le jeu institutionnel et les autres contraintes systémiques assurent leur rôle modérateur, l'interprète n'est pas en mesure d'abandonner complètement sa décision à de telles considérations **(b)**.

a – Des contraintes extrajuridiques contradictoires avec les impératifs du système juridique

652. Comme le remarquent les observateurs attentifs, le droit se change peu à peu en un espace de communication politique²⁵⁴¹. Les interprètes anticipent activement les retombées

²⁵³⁹ Il faut ici faire état de la neutralisation, en pratique, de la différence originelle entre déclaration et application des états d'urgence français (cf. *supra*, n° 548 et s.), de l'extension déraisonnable de la condition de nécessité (cf. *supra*, n° 493 et s.) ou du choix d'écarter temporairement l'hypothèse de caducité prévue à l'article 4 de l'état d'urgence sécuritaire en vue d'élections à venir (cf. *supra*, n° **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**).

²⁵⁴⁰ Par des interprétations constructives du texte, la pratique de l'état d'alerte a renforcé l'effectivité de l'idée de granularité territoriale (cf. *supra*, n° 551). Dans un même sens, la pratique de l'état d'urgence sécuritaire a consacré la possibilité pour l'exécutif de mettre fin, en opportunité et de manière anticipée, à l'état d'urgence sécuritaire (cf. *supra*, n° 542).

²⁵⁴¹ Cf. *supra*, n° 359 et s. et 402 et s.

communicationnelles de leurs décisions, parfois au détriment d'impératifs véritablement juridiques²⁵⁴² et emploient les états d'urgence comme des « boîtes à outils », au service d'intérêts bien plus larges que ceux prévus par les énoncés. S'il ne peut en soi être reproché aux autorités publiques d'utiliser le droit pour faire de la politique²⁵⁴³, d'autant que, plus que tout autre dispositif juridique, les régimes d'exception sont justifiés par les finalités matérielles qu'ils poursuivent²⁵⁴⁴, certaines des considérations poursuivies par les interprètes peuvent entrer en contradiction directe avec les impératifs du système juridique. Les contraintes extrajuridiques posent dès lors le risque paroxystique que l'intérêt particulier, le calcul politique ou l'opportunisme communicationnel l'emportent sur la rationalité juridique²⁵⁴⁵ et que, *in fine*, le pouvoir agisse en contradiction avec sa raison d'être²⁵⁴⁶.

653. Il convient, dès lors, d'interroger les considérations extrajuridiques pesant sur la décision – et non émanant de la volonté²⁵⁴⁷ – des interprètes authentiques, à l'aune du rapport complexe qui les unit aux impératifs intrinsèques du système juridique. Il s'agit, autrement dit, de comprendre les facteurs déterminants pour lesquels l'interprète authentique choisit, dans une situation donnée, de faire primer une catégorie de contrainte sur une autre.

653.1. Dans une première série d'hypothèses, l'interprète authentique attribue à l'énoncé, pour des raisons d'opportunité, une des significations potentielles du cadre des actes juridiques interprétés. La création conjoncturelle du régime de l'état d'urgence sécuritaire²⁵⁴⁸, la tentative avortée de lui conférer une valeur constitutionnelle²⁵⁴⁹, le choix de lui substituer un

²⁵⁴² Les parlementaires n'hésitent pas à critiquer les nécessités communicationnelles et symboliques poursuivies par le gouvernement. Ils craignent la gouvernance d'opinion, le populisme de crise et la perte de l'objectif opérationnel des états d'urgence au profit de la communication (cf. *supra*, n° 501493 et s.).

²⁵⁴³ **PLANTEY A.**, « Débat », art. cit., p. 250 : « le métier de l'homme politique est d'utiliser le droit pour faire de la politique » ; Cf. *supra*, n° 354 et s.

²⁵⁴⁴ En répondant à un tel enjeu factuel, l'interprétation authentique est conforme à la raison d'être du dispositif, ainsi qu'à des principes plus généraux reconnus par l'ordre juridique, comme la sauvegarde de l'État ou la protection de la santé publique (cf. *infra*, n° 750 et s.).

²⁵⁴⁵ V. **WEIL E.**, « Philosophie politique », Vrin, 1996, p. 148-153, in **OZER A.**, *L'État*, *op. cit.*, p. 94.

²⁵⁴⁶ **BURDEAU G.**, « La règle de droit et le pouvoir », in **BURDEAU G.**, *Écrits de droit constitutionnel...*, *op. cit.*, p. 68.

²⁵⁴⁷ Les contraintes extrajuridiques ne doivent pas être assimilées à la volonté de l'interprète. Soumis à la polarisation collective de crise et au contexte politique particulièrement sensible de la crise, les décideurs sont parfois contraints par le jeu politique de choisir des interprétations qu'ils ne souhaitent pas dans l'absolu. Ainsi, l'exécutif peut être tout à fait conscient de l'inutilité et de la dangerosité de maintenir l'état d'urgence, mais choisir tout de même d'en proposer la prorogation, de peur des conséquences politiques désastreuses de la survenue d'un nouvel attentat (cf. *supra*, n° 403).

²⁵⁴⁸ L'état d'urgence, créé de toutes pièces dans le contexte de la guerre d'Algérie, a pour principale raison d'être d'éviter de connoter la guerre en recourant au dispositif de l'état de siège (cf. *supra*, n° 173 et s.).

²⁵⁴⁹ Le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation permet, stratégiquement, de soustraire l'état d'urgence sécuritaire au contrôle de constitutionnalité et de montrer le volontarisme gouvernemental (cf. *supra*, n° 283 et n° 407).

régime transitoire reprenant ses principales dispositions²⁵⁵⁰, la création intéressée d'un état d'urgence sanitaire temporaire²⁵⁵¹ ou le choix espagnol de ne pas mobiliser l'article 116 face aux attentats terroristes²⁵⁵² constituent des réponses certes irriguées de considérations conséquentialistes, politiques et communicationnelles, mais valides au regard des possibilités conférées par le droit, au même titre que les autres alternatives juridiques qui s'offraient aux autorités d'application.

653.2. Dans une seconde série d'hypothèses, l'interprète authentique choisit de faire primer les contraintes extrajuridiques sur les prescriptions du système juridique. Lorsqu'il substitue à un régime d'exception adapté à la situation de fait un autre dispositif prévu pour des situations de fait différentes²⁵⁵³ ou lorsqu'il proroge un état d'urgence à l'efficacité objectivement déclinante²⁵⁵⁴ pour œuvrer à la réaffirmation symbolique de l'autorité de l'État²⁵⁵⁵, l'interprète reconnaît, plus ou moins explicitement, choisir une signification à attribuer à l'énoncé au regard de considérations extérieures au droit.

654. Cette tentative de rendre compte de l'articulation entre les contraintes extrajuridiques et les contraintes inhérentes aux prescriptions du système juridique à travers l'analyse du sens de la décision, de sa conformité à la lettre de l'énoncé et des contraintes extrajuridiques observables qui pèsent sur l'interprétation authentique révèle les potentialités, comme les limites de l'exercice²⁵⁵⁶.

654.1. Une telle approche est impuissante à reconstruire la hiérarchie précise des considérations juridiques ou extrajuridiques qui a scellé le sens de l'interprétation, tout comme elle empêche de discriminer entre les cas où l'interprète a réussi à concilier ces deux catégories d'impératifs, et ceux où il s'est résolu à assurer la primauté du droit, au détriment des intérêts extrajuridiques qu'il poursuivait. Sa capacité à prouver l'existence d'un impératif extrajuridique est intrinsèquement limitée par les choix interprétatifs et justificatifs de l'interprète authentique.

654.2. Elle permet en revanche de déterminer, dans les autres cas, la catégorie d'appartenance des contraintes qui ont présidé à l'élection d'une signification, tout comme elle

²⁵⁵⁰ Les régimes transitoires permettent de sortir formellement de l'état d'urgence, sans avoir pour autant de conséquences négatives majeures sur la capacité d'agir de l'administration (cf. *supra*, n° 411 et s.).

²⁵⁵¹ Cf. *supra*, n° 274.

²⁵⁵² Ce choix ne s'explique pas par une incapacité juridique d'agir, mais par l'histoire du XX^e siècle et par le rapport symbolique aux dispositifs d'exception en Espagne (cf. spéc. *supra*, n° 266).

²⁵⁵³ Cf. *supra*, n° 427 et s.

²⁵⁵⁴ Cf. *supra*, n° 511493 et s.

²⁵⁵⁵ C'est particulièrement le cas de la pratique franquiste de l'état d'exception (cf. *supra*, n° 255).

²⁵⁵⁶ Sur le cadre théorique, méthodologique et épistémologique de l'étude des contraintes juridiques, cf. *infra*, n° 782 et s.

invalide les assertions doctrinales ou théoriques conférant à l'une ou l'autre de ces catégories de contrainte une portée absolue sur le choix de l'interprète. Surtout, et c'est peut-être là sa vocation la plus intéressante, l'étude des contraintes, enrichie d'une analyse de la concurrence entre les interprètes, se voit en mesure d'expliquer pourquoi, le plus souvent, l'énoncé juridique emporte le conflit qui l'oppose aux impératifs extrajuridiques.

b – Des contraintes systémiques indispensables à l'effectivité de la règle de droit

655. Rien n'est plus préjudiciable à la souveraineté d'un organe que son interaction forcée avec d'autres acteurs aux intérêts distincts²⁵⁵⁷. À l'image d'un marché financier non faussé²⁵⁵⁸, la catallaxie²⁵⁵⁹ générée par l'inévitable interaction entre une multiplicité d'acteurs aux intérêts divergents constitue le principal rempart pour prémunir la société de la discrétionnarité, de l'abus et de l'intérêt d'un seul. Dans la lignée des développements fondateurs de Montesquieu sur le jeu, seul à même de modérer le pouvoir, de la faculté de statuer et de la faculté d'empêcher²⁵⁶⁰, la doctrine s'accorde sur l'importance de la concurrence des pouvoirs pour générer l'équilibre politique²⁵⁶¹.

656. En imposant aux interprètes authentiques d'agir conformément à l'image sociale que véhicule leur fonction, et ce pour conserver la légitimité de leur pouvoir²⁵⁶², tout en menaçant à chaque instant de remettre en question leur position, le système concurrentiel d'interaction systémique entre les acteurs juridiques génère des contraintes politico-juridiques majeures²⁵⁶³, limitant la liberté interprétative de chacun de ses acteurs. L'interprète de l'état d'urgence étant toujours dans l'obligation de composer avec d'autres instances décisionnelles²⁵⁶⁴, dans des rapports de force politique déjà bien documentés, il se voit donc, en théorie, limité par le jeu

²⁵⁵⁷ Machiavel met en garde le Prince contre les gouvernements insubordonnés, qui poursuivent des intérêts distincts des siens (*Le Prince, op. cit.*, p. 108).

²⁵⁵⁸ Comme pour un marché financier, si les acteurs juridiques poursuivent un intérêt commun, le marché concurrentiel est faussé et la contrainte systémique perd son caractère limitant.

²⁵⁵⁹ C'est-à-dire « l'ordre dont la spécificité est d'être engendré spontanément par l'ajustement mutuel des initiatives particulières » (**OZER A.**, *L'État, op. cit.*, p. 43).

²⁵⁶⁰ **MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI.

²⁵⁶¹ Le pouvoir s'arrête là où commence le contre-pouvoir (**HOURQUEBIE F.**, « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 94) ; Les faiblesses de l'argumentation des uns font le pouvoir des autres (**TUSSEAU GU.**, « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 144) ; Il faut multiplier les acteurs de l'urgence, tout en fragmentant le pouvoir et ses détenteurs (**FRIER P.-L.**, *L'Urgence, op. cit.*, p. 538).

²⁵⁶² **MILLARD É.**, « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 150 et s.

²⁵⁶³ V. par ex. **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 12-13.

²⁵⁶⁴ *Ibid.*

politico-juridique²⁵⁶⁵ et donc, dissuadé de donner pleine portée aux contraintes extrajuridiques qui pèsent sur son interprétation.

657. Ce constat est confirmé par une approche plus empirique. D'une part, l'analyse dévoile la conscience aiguë qu'à l'exécutif des capacités dont les autres pouvoirs sont dotés pour limiter, sinon pour empêcher son action. Cela peut le pousser à adopter des stratégies d'évitement, comme c'est classiquement le cas en France²⁵⁶⁶. Dans l'Espagne contemporaine, le constat s'inverse et témoigne d'un rapport renouvelé au juge. Dans les actes de déclaration ou de prorogation les plus récents de l'état d'alerte, le Gouvernement fait en effet des références directes aux décisions du Tribunal constitutionnel pour démontrer, à titre préventif, le respect du principe de proportionnalité²⁵⁶⁷. D'autre part, elle montre que des contraintes systémiques fortes sont associées à une motivation plus rigoureuse et plus riche²⁵⁶⁸, de nature à obliger les interprètes de l'application à attribuer à l'énoncé une signification interprétative suffisamment cohérente avec la lettre du droit pour convaincre les autres acteurs juridiques de son bien-fondé. Ainsi, les contraintes systémiques participent à la cohérence et la prévisibilité du droit en limitant la liste des significations interprétatives éligibles à celles ayant, au moment où il faut statuer, un coût systémique acceptable²⁵⁶⁹.

658. Il serait toutefois aussi inexact que dangereux d'en déduire que, par sa seule existence, la contrainte systémique protège le système juridique de tout abus interprétatif. Fluctuant au gré des rapports de force et d'éventuelles coalitions de fait entre les acteurs juridiques, l'intensité de la contrainte systémique ne suffit pas toujours à empêcher l'interprète de s'affranchir de la lettre ou de la finalité de l'énoncé juridique. De même, si en théorie, le Parlement français

²⁵⁶⁵ Sur le jeu politico-juridique en général, V. **DRAGO G.**, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », art. cit., p. 339-340 ; **HAMON F., TROPER M.**, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 71 ; **TUSSEAU GU.**, « L'urgence en droit constitutionnel », art. cit., p. 146.

²⁵⁶⁶ L'exécutif français, qui insiste souvent sur sa volonté de tirer « toutes les conséquences » des décisions prises par les hautes juridictions, n'hésite pas à appeler les parlementaires de s'abstenir de toute saisine du Conseil constitutionnel lorsqu'il sait douteuse la constitutionnalité d'une loi sur l'état d'urgence. Juste avant la promulgation de la loi du 20 novembre 2015, le Premier ministre a exhorté les parlementaires à ne pas saisir le Conseil constitutionnel pour permettre la mise en œuvre immédiate de la loi : « Il est toujours risqué de saisir le Conseil constitutionnel ». Le Gouvernement redoutant la remise en cause des dispositions de l'état d'urgence par QPC, il se vit conseiller par le rapporteur du Sénat et par Guillaume Amel de désamorcer un éventuel contrôle QPC en usant du contrôle a priori (V. JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

²⁵⁶⁷ V. par ex. Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

²⁵⁶⁸ Assez logiquement, le gouvernement adapte la motivation juridique de ses décisions en fonction du soutien dont il profite au Parlement (cf. *supra*, n° 639).

²⁵⁶⁹ Sur ce mécanisme, V. **MILLARD É.**, « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 150 et s.

constitué en Haute-Cour peut destituer le président de la République en qualifiant en dernier ressort de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » le détournement d'un régime d'exception²⁵⁷⁰, faut-il encore qu'il en ait la volonté politique. Ainsi, même la mise en jeu directe de la responsabilité politique ou pénale des gouvernants²⁵⁷¹, qui constitue la garantie ultime pour préserver les intérêts de l'État et de ses citoyens, en cas d'échec du jeu politico-juridique ordinaire, face aux excès des pouvoirs de crise, dépend des possibilités conférées par la lettre du droit²⁵⁷² et des rapports de pouvoirs réels à un moment donné²⁵⁷³. C'est là tout l'enjeu de l'effectivité du contrôle des états d'urgence.

²⁵⁷⁰ Lors des débats constitutifs, M. Dejean se demandait si toute fausse application ou toute fausse interprétation de l'article 16 pouvait conduire à inculper le Président de Haute trahison (propos rapportés par **SAVIGNAC J.-C.**, « Les fonctions du Président de la République », in **MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L.** (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958, op. cit.*, p. 176) ; À cela, Michel Troper répond aujourd'hui que les interprétations du Président de la République de la signification des expressions « menace grave et immédiate » ou « interruption dans le fonctionnement régulier des pouvoirs publics » sont « si bien [des] décisions qu'elles peuvent être considérées par le Parlement comme constituant une Haute trahison » (**TROPER M.**, *Le droit et la nécessité, op. cit.*, p. 106 et 162).

²⁵⁷¹ Par exemple, en France, l'article 4 de la Constitution de 1958 prévoit la possibilité de destituer le Président de la République. Depuis la reconnaissance de la juridiction de la Cour pénale internationale sur le territoire français, l'immunité présidentielle s'incline aussi devant cette juridiction internationale, si le Président en venait à commettre des actes qualifiés de crimes contre l'Humanité (V. par ex. **SÉGUR PH.**, *La Ve République, op. cit.*, p. 120).

²⁵⁷² Par exemple, la modification substantielle de la procédure de destitution française par la révision constitutionnelle du 27 février 2007, qui a remplacé l'expression « Haute trahison » de l'article 68 par celle de « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat » a, par de nouveaux délais procéduraux extrêmement brefs, rendu sa mobilisation encore plus difficile (V. **HAMON F., TROPER M.**, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 548).

²⁵⁷³ **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 13 : « La réalité de la répartition des compétences peut être discutée à l'épreuve des circonstances ou des rapports de force en présence. Dans un régime où priment un fonctionnement présidentiel et le fait majoritaire (...) L'expression et les chances de succès d'avis discordants deviennent fortement improbables, en particulier sur des questions de sécurité ».

SECTION II – LA FORCE CONTRAIGNANTE DU CONTRÔLE DES ÉTATS D'URGENCE

659. Dans la conception contemporaine des pouvoirs d'exception, le décideur n'est plus ce « dictateur » de la République romaine, réputé agir selon sa seule vertu, de manière impartiale et désintéressée. Il est admis que son action, pour être légitime, doit se faire au moyen du droit et être encadrée de près par un contrôle effectif et vigilant du bien-fondé de l'utilisation des pouvoirs de crise²⁵⁷⁴. Ce nouveau paradigme repose sur deux contrepouvoirs essentiels : le Parlement et le juge. Cependant, le contrôle des états d'urgence entre, par sa nature même, en opposition avec l'ineffable logique d'effectivité de ces dispositifs. L'illégitimité du contrôle en période de crise est intériorisée par les contrepouvoirs, qui adoptent des stratégies de *self-restraint*. Elle se traduit en outre, par des manœuvres de contournement des contrôles parlementaires et juridictionnels. Ces limites intrinsèques se manifestent avec une particulière vigueur pour le contrôle parlementaire qui reste, aujourd'hui, incapable d'exercer une véritable contrainte politico-juridique sur l'exécutif de crise. (A). Si le contrôle juridictionnel a longtemps souffert d'une même insuffisance, la richesse de ses évolutions les plus récentes incite, outre de se saisir pleinement de ce sujet maintenant central de l'état d'urgence²⁵⁷⁵, à porter un constat moins tranché sur son effectivité. La pratique renouvelée de la question prioritaire de constitutionnalité, les référés-libertés les plus récents du Conseil d'État ou le volontarisme sans précédent du Tribunal constitutionnel espagnol annoncent la fin de l'impunité juridictionnelle de l'agir de crise (B).

A – UN CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DIRECTEMENT AFFECTÉ PAR LES LIMITES DU CONTRÔLE DE CRISE

660. Pris en étau entre des intérêts multiples et souvent inconciliables, limités par la consécration textuelle du contrôle, saisis par le climat d'unité nationale et tourmentés par le questionnement autour de leur légitimité, les contrepouvoirs institutionnels et juridictionnels pâtissent des phénomènes politico-juridiques propres aux crises (§1). Le Parlement, en particulier, peine à trouver sa place. Son suivi scrupuleux de l'agir gouvernemental, même

²⁵⁷⁴ FEREJOHN J., PASQUINO P., « The law of the exception... », art. cit., p. 219-220.

²⁵⁷⁵ V. en ce sens DISANT M., « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », art. cit.

lorsqu'il met en exergue des excès, est dénué de conséquences au moment même où le Parlement dispose, à travers le vote de la prorogation et de modifications mêmes du régime de l'état d'urgence, d'un rôle véritablement contraignant (§2).

§1 – Un contrôle de crise pris en étau entre des impératifs inconciliables

661. Le contexte juridique, politique et idéal des atteintes à la sauvegarde de l'État et de ses intérêts est hautement préjudiciable à l'exercice effectif du contrôle. Le devoir d'opposition et de contrôle qui incombe au Parlement est limité, dans les faits, par le risque d'entraîner, par une rupture paralysante de confiance, une crise politique (a). Les missions de contrôle qui incombent au juge sont, de manière non moins préoccupante, grevées par son illégitimité présumée pour s'opposer à la volonté de l'exécutif (b).

a – L'ambivalence historique et idéale du contrôle parlementaire

662. Le contrôle parlementaire de l'action de l'exécutif est un élément indispensable à tout système démocratique²⁵⁷⁶. Premièrement, il est dans la logique de la démocratie et de la séparation des pouvoirs que les restrictions majeures à la liberté permises par les états d'urgence soient approuvées par les citoyens, à travers leurs représentants légitimes et élus²⁵⁷⁷. Deuxièmement, les pouvoirs de crise, déjà dangereux lorsqu'ils sont utilisés avec prudence, portent le risque majeur que les autorités habilitées invoquent une nécessité fictive pour bafouer les principes fondamentaux sur lesquels se fonde l'État²⁵⁷⁸. En choisissant d'autoriser ou non la prorogation d'un état d'urgence, de surcroît dans les conditions qu'il détermine, l'activité parlementaire est seule à même de compenser la perte, partielle ou totale, d'une séparation classique des pouvoirs lors de l'application des états d'urgence.

663. Toutefois, la portée et l'intensité que le contrôle parlementaire doit revêtir font débat. Si certains appellent à un contrôle parlementaire renforcé, à la hauteur de l'exceptionnalité de

²⁵⁷⁶ TORRES GUTIÉRREZ A., « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 495-497.

²⁵⁷⁷ Pour le Président du gouvernement espagnol, il serait contraire à la Constitution et aux principes de la démocratie espagnole de confiner des hommes et des femmes libres sans que les citoyens approuvent eux-mêmes ce choix à travers leurs représentants (SÁNCHEZ PÉREZ-CASTEJÓN P., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16).

²⁵⁷⁸ V. par ex. LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », art. cit., p. 72.

la crise²⁵⁷⁹, d'autres, comme le professeur Alejandro Torres Gutiérrez, plaident plus raisonnablement pour un contrôle parlementaire suffisant au regard de l'anormalité des circonstances de crise²⁵⁸⁰. Ne pas conférer au Parlement un pouvoir maximal de contrôle répond en effet à des impératifs de même importance que ceux qui établissent la nécessité théorique du contrôle parlementaire. Un excès de Parlement allant à l'encontre de la logique de célérité, d'efficacité et de concentration des pouvoirs de ces dispositifs, son éviction – nécessairement partielle – est inhérente à la logique de l'état d'exception.

664. Indépendamment de leur bonne volonté, la portée du contrôle que peuvent exercer les parlementaires se voit fondamentalement dépendante d'une construction historique, institutionnelle et juridique de la capacité parlementaire de s'opposer à l'exécutif de crise, que tout oppose dans les deux systèmes juridiques étudiés.

664.1. L'esprit de la V^e République est opposé à l'idée d'un Parlement omnipotent, contrôlant pleinement l'action de l'exécutif. Les rédacteurs de 1958, marqués par le souvenir encore vif du spectre des républiques précédentes, en particulier des déboires du parlementarisme de la IV^e République, sont attachés le rationaliser, à plus forte raison encore qu'en 1946. Pour que le parlement ne soit plus tenté de « diriger »²⁵⁸¹, de « sortir de son rôle »²⁵⁸² et ainsi d'écraser l'action gouvernementale sous la trop grande puissance de son contrôle²⁵⁸³, en témoigne l'échec des Gouvernements successifs face à la guerre d'Algérie et à l'Indochine, ils imposent le mécanisme des sessions ordinaires et extraordinaires, compliquent la mise en jeu de la responsabilité des gouvernants par la motion de censure et font le choix symbolique de supprimer toute référence à l'expression « contrôle parlementaire » dans le texte définitif²⁵⁸⁴. Cet affaiblissement général du contrôle parlementaire se double de garanties supplémentaires empêchant l'immixtion du Parlement dans la mise en œuvre et dans le contrôle des régimes d'exception, qui trouve son illustration la plus marquante dans l'application

²⁵⁷⁹ Cette position se retrouve aussi bien en doctrine (V. par ex. **ORENES RUIZ J. C.**, « Capítulo 28. Estado de alarma... », art. cit., p. 548) que dans le discours des acteurs juridiques (V. par ex. **LAGARDE J.-C.**, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

²⁵⁸⁰ **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 495-497.

²⁵⁸¹ **DEBRÉ M.**, Discours de Ligué, 17 août 1958.

²⁵⁸² **GAULLE (DE) CH.**, Discours de Bayeux, préc.

²⁵⁸³ Les rédacteurs de 1958 s'attachent à « éviter que le nouveau Parlement retrouve des pouvoirs qui lui permettent de diriger l'action gouvernementale par des mécanismes de contrôle trop puissants du même type que ceux utilisés sous la IV^e République » (**BÉCANE J.-C.**, « Le contrôle parlementaire », in **MAUS D.**, **FAVOREU L.**, **PARODI J.-L.** (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 406).

²⁵⁸⁴ V. **BÉCANE J.-C.**, « Le contrôle parlementaire », art. cit., p. 406.

simultanée de l'article 16 et de l'état d'urgence sécuritaire pendant la guerre d'Algérie²⁵⁸⁵. Ainsi, dès les premiers temps de la V^e République, le Parlement a été mis en situation d'impuissance pour empêcher le chef de l'état de proroger à sa guise l'état d'urgence, comme de déroger à sa guise au droit ordinaire²⁵⁸⁶. Si, ces dernières années, la prévision juridique du contrôle parlementaire a été substantiellement renforcée²⁵⁸⁷ et que la tendance serait, selon certains députés de l'opposition, à la « reparablementarisation » de la vie politique²⁵⁸⁸, son effectivité reste conditionnée à ce que « la majorité veille » et que « l'opposition puisse »²⁵⁸⁹.

664.2. Dans une logique tout à fait contraire à celle de la V^e République, la Constitution espagnole de 1978 place les *Cortes Generales* au cœur de la mise en œuvre des régimes d'exception de l'article 116. Conformément à la doctrine constitutionnelle du « bicaméralisme imparfait, asymétrique ou atténué »²⁵⁹⁰, le contrôle de l'action gouvernementale, prévu à l'article 66.2 de la Constitution, est généralement – il faut par exemple excepter la mise en œuvre de l'article 155 de la Constitution, dont le contrôle est explicitement confié au Sénat – attribué à la chambre basse pour les actes et les contrôles relatifs aux états de crise²⁵⁹¹. S'il contrôle seul l'action du gouvernement, au détriment d'un Sénat presque évincé, les facultés intenses et détaillées, ainsi que les nombreux garde-fous au bénéfice de son pouvoir que lui octroie l'article 116, assurent au Congrès des députés des facultés de contrôle bien supérieures aux deux chambres parlementaires françaises réunies. Récemment, le Tribunal constitutionnel a d'ailleurs vigoureusement réaffirmé l'importance constitutionnelle du contrôle politique qu'il exerce sur les mesures prises par le Gouvernement en application

²⁵⁸⁵ Le bien nommé « cocktail explosif » (BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 81) des régimes d'exception pendant la guerre d'Algérie marque le point d'orgue de la relégation du Parlement au second plan, qui permet à l'exécutif de s'affranchir des garanties matérielles et procédurales les plus élémentaires. En 1961, le Général de Gaulle déclare en effet coup sur coup l'état d'urgence aggravé (D. n° 61-395, 22 avril 1961, portant déclaration de l'état d'urgence) et l'article 16 (décision du 23 avril 1961 portant application de l'article 16), avant de s'auto-habiller, par le mécanisme des ordonnances de l'article 16, à proroger lui-même l'état d'urgence (décision du 24 avril 1961 relative à la durée de l'état d'urgence), et ce, avant même la réunion de plein droit du Parlement. Une fois réuni, ce dernier est considéré par l'exécutif comme ne devant pas interférer avec son action. Dans un message du 25 avril 1961, le général de Gaulle considère en effet que le parlement ne voit pas son activité modifiée lors de la déclaration de l'article 16, « pour autant qu'il ne s'agisse pas de mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16 ».

²⁵⁸⁶ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *id.*, p. 86.

²⁵⁸⁷ V. PONTHEAU M. C., « Les droits de l'opposition en France. Penser une opposition présidentielle », *Pouvoirs*, n° 106, janvier 2004, p. 101-114, p. 110).

²⁵⁸⁸ GARRIDO R., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

²⁵⁸⁹ Selon l'expression de PEZANT J.-L., « Parlementarisme rationalisé et système majoritaire », in *Mélanges Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 477, cité par *ibid.*

²⁵⁹⁰ « *bicameralismo imperfecto, asimétrico o atenuado* ».

²⁵⁹¹ V. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS A., NAVARRO MEJÍA I., « La actuación de las cortes generales... », art. cit., p. 260 ; ORENES RUIZ J. C., « Capítulo 28. Estado de alarma... », art. cit., p. 548.

des dispositifs de crise de l'article 116²⁵⁹². Le Congrès des députés est donc, juridiquement parlant, en mesure de s'opposer efficacement à la volonté de l'exécutif.

665. L'idée d'un contrôle parlementaire étendu est par ailleurs problématique au regard de la double casquette du Parlement dans la mise en œuvre de ces dispositifs. La prorogation de l'état d'urgence s'apparente en effet, plus ou moins selon qu'il s'agisse ou non de la première, à la fois à un contrôle de l'exécutif et à une décision d'application.

665.1. Les états d'urgence – du moins, dans leur version contemporaine²⁵⁹³ – prévoient l'intervention du Parlement pour, avant l'expiration du délai de la déclaration, décider ou non de la prorogation. En intervenant quelques jours après l'exécutif pour déterminer par la discussion en commission parlementaire spéciale, par le débat et par le vote si – et le cas échéant, sous quelles conditions – l'état d'urgence déclaré peut perdurer, le Parlement vient sanctionner la pertinence de la déclaration et des premières mesures prises²⁵⁹⁴. Pour autant, il est inexact de limiter ce processus parlementaire à un acte de contrôle. À la fois "juge et parti", le Parlement décide sur l'exceptionnel, au même titre que le gouvernement décidant de recourir à un état d'urgence²⁵⁹⁵ et à la manière d'un organe d'application concurrent à ce dernier. En faisant du Parlement un organe fondamental de l'application des états d'urgence (ce qui est cohérent dans une optique démocratique), le système juridique empêche ainsi paradoxalement de le considérer comme une autorité de contrôle à part entière.

²⁵⁹² Dans sa décision du 5 octobre 2021, le Tribunal constitutionnel commence par rappeler avec force que la déclaration de l'état d'alerte ne saurait en aucun cas interrompre le fonctionnement des pouvoirs constitutionnels de l'État (il fait ici référence à l'article 116.5 de la Constitution), et en particulier, du Congrès des députés. La décision du 19 mars 2020 de suspendre le décompte des délais contraignants des initiatives parlementaires depuis l'entrée en vigueur du décret-royal du 14 mars 2020 est dès lors inconstitutionnelle. Même temporaire, cette suspension prononcée par le bureau du Congrès viole le droit à la participation politique du Congrès des députés, qui est le seul organe constitutionnellement habilité à l'importante mission d'assurer le « contrôle politique » des actes du Gouvernement pendant les régimes d'exception de l'article 116 (STC 168/2021, de 5 de octobre de 2021, BOE núm. 268, de 9 de novembre de 2021. spéc. FJ 3 et 4).

²⁵⁹³ Il en va différemment de la version originelle de certains d'entre eux. Par exemple, le régime de l'état d'urgence sécuritaire de 1955 fait du Parlement l'autorité par défaut de la déclaration. Il en est de même pour plusieurs régimes d'exception ne relevant pas de la catégorie des états d'urgence, comme l'état de siège de l'article 116, faisant du Congrès des députés l'autorité de la déclaration et même, dans une certaine mesure, de l'état de siège français – exception faite de plusieurs de ses hypothèses originelles de déclaration –, comme celle par le Président de la République (arts. 2 et 3, L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège) ou celle par le gouverneur d'une colonie ou par le commandement militaire (arts. 4 et 5, L. 9 août 1849, sur l'état de siège).

²⁵⁹⁴ Malgré l'existence d'une veille parlementaire, il s'agit bien du seul moyen à disposition du Parlement pour contrôler, de manière contraignante, les mesures prises pendant le délai initial de mise en œuvre. Il s'assure, à cette occasion, que l'administration a bien fait un usage strictement nécessaire et proportionné des pouvoirs qu'elle s'est autoattribués.

²⁵⁹⁵ À cette occasion, il apprécie en effet la réunion des conditions de fond de l'état d'urgence au moment où il se prononce, choisit la temporalité et les autres modalités de la prorogation et amende le projet gouvernemental.

665.2. Si elles sont exercées selon les mêmes modalités, les prorogations ultérieures diffèrent de la prorogation initiale par une dimension de contrôle plus réduite. La première prorogation vient remplacer – si ce c’est se substituer juridiquement à²⁵⁹⁶ – l’acte de déclaration. De ce fait, les prorogations ultérieures ne consistent pas en un nouveau contrôle de l’acte de déclaration, mais plutôt en un contrôle indirect de la mobilisation des mesures de l’état d’urgence par l’administration sur la période écoulée depuis la dernière prorogation²⁵⁹⁷. Par ailleurs, en votant la prorogation, le Parlement épuise sa compétence et perd tout contrôle contraignant sur l’action de l’exécutif avant le terme de la prorogation en cours. L’exécutif étant le seul organe habilité à mettre fin à l’état d’urgence pendant ce délai²⁵⁹⁸, c’est lui qui doit être tenu pour l’autorité de contrôle de la prorogation.

666. Finalement, si le contrôle parlementaire effectif de la mobilisation des états d’urgence est essentiel pour assurer l’acceptabilité de la mise en œuvre de ces régimes d’exception, il doit tout aussi nécessairement garder une certaine retenue pour permettre à l’action de crise d’atteindre ses objectifs. Trouver un juste équilibre entre contrôle et latitude d’action implique, en ce sens, un arbitrage particulièrement délicat. Pour les plus optimistes, il est à la portée d’un État démocratique²⁵⁹⁹.

b – Des obstacles similaires affectant l’office du juge

667. Deuxième composante essentielle du contrôle de l’exécutif de crise, le contrôle juridictionnel remplit lui aussi plusieurs fonctions essentielles à la sécurisation juridique de la mise en œuvre des états d’urgence. Le juge contribue, par sa jurisprudence, à accroître la prévisibilité des décisions de crise, à affiner le cadre juridique d’exercice des états d’urgence et

²⁵⁹⁶ C’est en tout cas, selon la jurisprudence du Conseil d’État, ce qui se produit avec la première prorogation de l’état d’urgence sécuritaire (cf. *supra*, n° 537).

²⁵⁹⁷ Si ce n’est un autocontrôle de la dernière prorogation en date votée par le Parlement.

²⁵⁹⁸ Le Parlement ne peut mettre fin à l’état d’urgence, même s’il estime la durée de prorogation restante injustifiée au vu de l’évolution de la situation. Il a lui-même justifié ce choix à plusieurs reprises, notamment à l’occasion du rejet d’un amendement sénatorial visant à conférer une telle compétence au Parlement pour l’état d’urgence sécuritaire, au motif de l’incertitude qu’une telle possibilité ferait peser sur l’action de l’exécutif et sur la plus grande capacité de ce dernier à juger en temps réel de l’opportunité du maintien de l’état d’urgence (V. FAVIER F. et BAS PH., rapporteur, amendement n° 8, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 ; SÉNAT, rapport n° 84, 16 novembre 2005). Le gouvernement reste ainsi le seul organe habilité à mettre fin à l’état d’urgence sécuritaire « si la situation le permet » (V. par ex. L. n° 55-1080 du 7 août 1955 relative à la prolongation de l’état d’urgence en Algérie, ainsi que la nouvelle formule depuis la L. n° 2005-1425 du 18 novembre 2005 prorogeant l’application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955).

²⁵⁹⁹ V. par ex. POPPER K., « La société ouverte et ses ennemis », t. I, trad. J. Bernard J. et P. Monod, Seuil, 1979, p. 89-98, in OZER A., *L’État, op. cit.*, p. 165.

à construire une conciliation toujours plus fine entre l'impératif de protection de l'État et le respect des droits et libertés garantis par le système juridique. Par sa seule existence, le contrôle juridictionnel joue aussi un rôle préventif²⁶⁰⁰ et légitimant²⁶⁰¹ pour les décisions des autorités d'application.

668. Alors même que la vulnérabilité particulière de l'ordre juridique et le risque d'une dérive autoritaire du pouvoir paraissent appeler à un renforcement de leurs capacités de contrôle, la portée réelle que doit revêtir le contrôle juridictionnel est, à l'image de celle du contrôle parlementaire, sujette à débat.

669. Pour les auteurs particulièrement sensibles à la thématique de la protection des droits et libertés fondamentaux, le juge doit assurer un contrôle maximal des actes de l'état d'urgence²⁶⁰². Certains poussent cette logique dans un absolu qui rend le contrôle irréalisable en pratique. C'est ainsi que pour Dominique Rousseau, l'état d'urgence sécuritaire et sa logique, fondamentalement opposée à celle de l'État de droit, rendrait impossible tout contrôle digne de ce nom des mesures prises sous son empire²⁶⁰³. Si le souhait d'un contrôle intransigeant de l'action des pouvoirs publics de crise est compréhensible, la posture alarmiste qui l'accompagne est infondée : le contrôle, dont la nature ne change pas sous l'état d'urgence²⁶⁰⁴, conserve sous son empire une certaine effectivité²⁶⁰⁵. Ce souhait s'oppose à un autre, plus pragmatique, voulant que les juges soient, dans les contextes de crise, les « gardiens de la tolérance acceptable

²⁶⁰⁰ Même dans l'hypothèse où il serait inefficace, le contrôle de constitutionnalité peut avoir un effet préventif sur le comportement des autorités (V. ROUSSEAU D., « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit.).

²⁶⁰¹ L'illusion que les autorités de l'application sont sous contrôle, que leur action n'est pas susceptible d'être abusive du fait d'un contrôle scrupuleux de leur agir est déjà de nature à diminuer la crispation sociale inhérente à l'usage des états d'urgence, comme à leur conférer de la légitimité. Comme l'énonce si justement Machiavel, « si vous désarmez vos sujets, vous les offensez en leur marquant de la défiance à l'égard de leur fidélité ou de leur courage : ce qui ne manquera point de vous attirer de la haine » (*Le prince, op. cit.*, p. 98).

²⁶⁰² En temps de crise, le contrôle devrait être maximal, en passant « au crible des exigences de la nécessité et de la proportionnalité toutes les mesures considérées » (BASILIEN-GAINCHE M.-L., « État d'urgence et lutte contre le terrorisme. La mécanique de l'entropie », JDA, Dossier n° 1 (« L'état d'urgence »), 2016, en ligne).

²⁶⁰³ ROUSSEAU D., « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit. : « Un contrôle est-il possible au moment de l'application de l'état d'urgence ? Par définition, c'est une mission impossible puisque, précisément, l'instauration de l'état d'urgence a pour objet de permettre ce que l'État de droit interdit (...) les bases du contrôle changent : alors qu'en temps ordinaire elles permettent au juge de sanctionner des atteintes graves à tel ou tel droit fondamental, en temps d'état d'urgence elles lui permettent de les déclarer justifiées par les circonstances exceptionnelles. Maintenu en théorie, le contrôle devient inopérant en pratique ».

²⁶⁰⁴ Il est exact que l'état d'urgence bouleverse les règles habituelles de conciliation entre les droits et libertés, tout comme il affaiblit partiellement les garanties qui entourent l'exercice des pouvoirs administratifs de l'État pour surmonter la crise. Pourtant, une telle assertion est trompeuse. Le principe du contrôle ne change pas. Il consiste, comme en temps ordinaire – et souvent par les moyens ordinaires du contrôle – à concilier les principes de droit entre eux, en les appréciant au regard de la situation de fait.

²⁶⁰⁵ Cf. *infra*, n° 683 et s.

du risque »²⁶⁰⁶. Dans cette perspective, les juridictions ont moins pour fonction de remettre les pouvoirs dans leurs limites légales que dans leurs limites légitimes²⁶⁰⁷.

670. Même revue à la baisse, l'ambition à laquelle peut prétendre le contrôle juridictionnel de l'exécutif de crise doit, de surcroît, composer avec une série de facteurs politico-juridiques qui en limitent grandement la portée effective. La première, qui est la plus importante, réside dans la mise en cause presque systématique de la légitimité du contrôle juridictionnel des états d'urgence à travers le prisme de la critique générale du « gouvernement des juges ».

671. Selon cette notion largement employée par la doctrine et, plus encore, par les acteurs politiques, la démocratie est mise en péril par l'omnipotence de juges non élus²⁶⁰⁸ qui, outrepassant la seule technicité juridique du contrôle et dans les cas extrêmes, s'abstenant d'appuyer leur décision sur des fondements juridiques²⁶⁰⁹, tentent d'interférer dans les choix politiques opérés par les représentants.

671.1. La critique du gouvernement des juges est intimement liée, en France, à l'émancipation progressive du Conseil constitutionnel. Dans l'esprit des principaux instigateurs du texte de 1958, cet organe n'a pas vocation à devenir une véritable cour constitutionnelle²⁶¹⁰. Il n'est qu'un « auxiliaire de l'exécutif »²⁶¹¹. Pourtant, conformément aux prévisions de certains membres du Conseil d'État²⁶¹², le Conseil constitutionnel, qui redoute un exécutif trop autoritaire après le départ du général de Gaulle²⁶¹³, s'émancipe progressivement dès les années 1970²⁶¹⁴. La doctrine salue l'évolution de cet organe²⁶¹⁵, qui est aujourd'hui un véritable gardien de la Constitution kelsenien, capable de s'opposer frontalement à l'action de la majorité,

²⁶⁰⁶ HOURQUEBIE F., « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 97.

²⁶⁰⁷ V. KLIBI S., « Droit constitutionnel d'exception et risque », art. cit., p. 115.

²⁶⁰⁸ V. HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 150.

²⁶⁰⁹ RIVEIRO J., cité par JACQUOT-BARRAULT S., « La constitution de la V^e République. Quelques remarques sur les risques pour les libertés publiques », in MABAKA P. M. (dir.), *Constitution et risque(s)*, op. cit., p. 353 : « Le gouvernement des juges est caractérisé lorsque la décision prise n'est pas appuyée sur un texte identifiable ».

²⁶¹⁰ V. PHILIP L., « Le Conseil constitutionnel », in MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 467-468.

²⁶¹¹ LE POURHIET A.-M., « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 102, juillet 2015, p. 277-286, p. 278.

²⁶¹² Pour certains membres du Conseil d'État ayant participé à l'élaboration de la Constitution, le Conseil constitutionnel serait amené à devenir un organe suprême dont les décisions, de nature politique, seraient des actes de gouvernement (V. PHILIP L., « Le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 471.)

²⁶¹³ PALEWSKI J., *Mémoires*, cité par HAMON L., « Débat », in MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 506.

²⁶¹⁴ Les étapes clés de cette émancipation sont la décision *Liberté d'association* de 1971 et l'élargissement de la saisine à 60 députés ou 60 sénateurs en 1974.

²⁶¹⁵ Certains auteurs y voient même le « parachèvement de la démocratie libérale » (V. par ex. BAUMERT R., « La République de Weimar : l'autre laboratoire du « modèle européen » de justice constitutionnelle ? », in HERRERA C. M. (dir.), *La Constitution de Weimar...*, op. cit., p. 93).

participant par son contrôle *a priori* à la balance des pouvoirs dans les régimes parlementaires majoritaires ou semi-présidentiels et jouant un rôle majeur pour l'affirmation des droits et libertés constitutionnellement garantis. Elle a toutefois eu pour effet simultané d'agiter le spectre du gouvernement des juges.

671.2. Cette critique se fait tout particulièrement entendre dans les périodes de crise²⁶¹⁶, moments dans lesquels, pour laisser toute latitude aux autorités d'application, le « juge-oracle »²⁶¹⁷, cet « empêcheur de gouverner en rond »²⁶¹⁸, aurait le devoir de s'effacer. Si cette conviction s'appuie, dans une forme extrême, sur une conception fallacieuse de l'office du juge²⁶¹⁹, force est de constater que le contrôle hautement politique que doit opérer le juge dans de telles circonstances peut supposer une capacité d'analyse factuelle qui dépasse ses prérogatives légitimes²⁶²⁰.

671.3. Loin de rester lettre morte, cette opposition à un office étendu du juge en période de crise se traduit, en pratique, par la portée non contraignante du contrôle du juge constitutionnel sur l'article 16²⁶²¹ ou par le danger institutionnel majeur que courut le Conseil d'État lorsqu'en 1962, il s'opposa courageusement à l'exécutif par son célèbre arrêt *Canal*²⁶²². Elle a aussi, plus sournoisement, été intériorisée par les juges eux-mêmes, jusqu'à un récent

²⁶¹⁶ V. **HOURQUEBIE F.**, « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 108.

²⁶¹⁷ **DISANT M.**, « Le(s) risque(s) générés par l'interprétation de la constitution », in **MABAKA P. M.** (dir.), *Constitution et risque(s)*, op. cit., p. 298.

²⁶¹⁸ **HOURQUEBIE F.**, « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 96.

²⁶¹⁹ Limiter le juge au rôle de « bouche de la loi », incapable d'apprécier le contexte factuel et les enjeux de ses décisions, c'est mésestimer son rôle. Comme l'explique Jean-Marc Sauvé, le Conseil d'État n'a, par exemple, « jamais considéré qu'il était tenu de s'en tenir à une appréciation purement juridique (...) il apprécie l'opportunité administrative du texte, s'assure qu'il se fondera dans l'environnement juridique et recommande parfois que des dispositions lacunaires soient complétées. Il prend aussi en compte l'efficacité des moyens pour la mise en œuvre des textes » (« Le Conseil d'État et l'écriture de la loi », in **SÉNAT** (dir.), *L'écriture de la loi*, op. cit.).

²⁶²⁰ Ces interprétations répondent directement à une finalité politique – laisser ou ne pas laisser faire – et sont, en cela, d'une « violence extrême » (**BÉCHILLON (DE) D.**, « Débats », in **MELIN-SOUCRAMANIEN F.** (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 88).

²⁶²¹ Si l'article 16 prévoit la possibilité d'un contrôle par le Conseil constitutionnel, celui-ci n'est pas contraignant. En outre, il n'est public que lors de l'avis initial. Les avis rendus par la suite sur les mesures prises dans le cadre de cet article peuvent rester secrets, leur publication n'étant imposée ni par le texte constitutionnel ni par la loi organique relative au Conseil constitutionnel. La lettre de l'article laisse donc pleine latitude au Président de la République pour interpréter la constitution, conformément au modèle schmittien (V. **SAINT-BONNET F.**, *L'État d'exception*, op. cit., p. 74).

²⁶²² Par l'arrêt *Canal* (CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n° 58502, Rec.), le Conseil d'État annula l'ordonnance présidentielle instituant un tribunal d'exception pour juger les rebelles s'opposant à l'indépendance algérienne. Pour son courage, il manqua de peu d'être supprimé par le Général de Gaulle et fut sauvé *in extremis* par l'intervention de Michel Debré. Si le Conseil d'État a réussi à se sortir des sacs et ressacs révolutionnaires, et qu'il a survécu à de nombreuses situations de crises, son opposition de front au général de Gaulle en 1962 a presque causé sa disparition. Cela abonde dans le sens de l'assertion selon laquelle « les grands conflits entre juridictions et gouvernement et autres pouvoirs publics n'ont pas tourné en faveur des premières » (**PHILIP L.**, « Le Conseil constitutionnel », art. cit., p. 478).

regain d'audace²⁶²³. Évitant autant que possible la confrontation directe avec l'exécutif²⁶²⁴ en déclinant leur compétence, en estimant les recours irrecevables ou en opérant un contrôle plus symbolique qu'effectif en rendant des décisions de conformité pour faciliter l'action de l'exécutif²⁶²⁵, ils se montrent traditionnellement prudents dans l'exercice de leur contrôle²⁶²⁶. Si l'autolimitation du juge²⁶²⁷ est plutôt à son honneur en temps ordinaire, celle qu'il montre lors des crises peut être très problématique pour l'effectivité des droits et libertés fondamentaux²⁶²⁸.

672. La prévision du contrôle dans le droit positif est source de nombreux maux de son exercice lors des crises. Par exemple, dès lors qu'il est prévu pour intervenir *a posteriori*, les mesures urgentes ont produit la majorité de leurs effets et le raisonnement tenu par le juge accuse nécessairement d'un certain retard²⁶²⁹. De même, les juges n'intervenant que lorsqu'ils sont saisis, l'exercice de leur contrôle est directement dépendant des procédures qui le fondent et, surtout, de la bonne volonté des autres acteurs du droit²⁶³⁰. Les critiques relatives à son illégitimité présumée, qui le poussent souvent à limiter lui-même la portée de son office, participent toutefois elles aussi à limiter la portée du contrôle du juge. Par exemple, le juge est souvent appelé par le droit positif à se prononcer avec célérité²⁶³¹. Celui-ci adaptant logiquement la portée de son contrôle au temps dont il dispose pour se prononcer²⁶³², la portée

²⁶²³ Cf. not. *infra*, n° 696.

²⁶²⁴ SAINT-BONNET F., « Le bien, le mieux et l'ennemi du bien », in CAMBY J.-P., FRAISSE P., GICQUEL J. (dir.), *La révision de 2008 : une nouvelle Constitution ?*, LGDJ-Lextenso éditions, 2011, 461 p., p. 70.

²⁶²⁵ LESIEUR F., « Terrorisme, Constitution et risque », art. cit., p. 71.

²⁶²⁶ HOURQUEBIE F., « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 101-102.

²⁶²⁷ Sur le *self-restraint* du juge constitutionnel français, V. not. RIBES D., « Le réalisme du Conseil constitutionnel », art. cit.

²⁶²⁸ V. TERNEYRE PH., « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité », *Droit constitutionnel et droits de l'homme*, PUAM, Coll. Droit public positif, Paris, 1987, p. 192 ; DYZENHAUS D., « L'état d'exception », in TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, T. II, *Distribution des pouvoirs*, p. 739.

²⁶²⁹ Même si les juges sont tenus au principe d'actualité, selon lequel si l'imminence du péril ou le péril a disparu au moment du contrôle, l'exécution des moyens d'urgence n'est plus justifiée et doit cesser, et qu'ils ne peuvent rester insensibles aux éléments connus depuis la décision, qu'ils peuvent employer comme des indices supplémentaires, l'action des pouvoirs publics doit être appréciée au moment où ont été adoptées les mesures, en reconstruisant le processus de réflexion et de formation de la volonté des pouvoirs publics et en prenant en compte l'ensemble des facteurs qui ont influencé ce processus (V. ÁLVAREZ GARCÍA V., *El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 273-276 ; FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 93).

²⁶³⁰ Le contrôle de constitutionnalité est ainsi dépendant du hasard des contentieux pour le contrôle QPC, comme de la bonne volonté des autorités politiques pour le contrôle *a priori*, avec les conséquences majeures que cela a pu avoir sur l'impunité constitutionnelle du régime de l'état d'urgence avant 2015 (cf. *infra*, n° 685 et s.).

²⁶³¹ Par définition, le contrôle des états d'urgence intervient dans un contexte dans lequel l'efficacité du contrôle juridictionnel suppose, paradoxalement, sa rapidité. C'est la problématique déjà évoquée de « l'optimum éconómico » (cf. *supra*, n° 323).

²⁶³² Lorsque le Conseil d'État examine les textes qui lui sont soumis, il apprécie leur qualité rédactionnelle, leur régularité juridique et leur opportunité administrative en tenant compte du degré d'urgence dont il dispose pour se

de son contrôle ne peut qu'en pâtir. Néanmoins, il fait parfois preuve d'un zèle que les textes n'imposent nullement, en rendant certaines de ses décisions bien avant l'expiration du délai dont il dispose pour se prononcer²⁶³³.

673. Le contrôle juridictionnel des états d'urgence connaît cependant, depuis quelques années et dans son ensemble, des évolutions salutaires qui lui permettent de s'affranchir – au moins partiellement – des limites consubstantielles à son exercice lors des périodes de crise, qu'elles soient procédurales, matérielles ou encore, culturelles. Sans préjuger des développements plus spécifiques à venir sur les contrôles du régime, de la mobilisation et de la mise en œuvre des mesures de l'état d'urgence, il convient, dès maintenant, de relativiser la portée réelle de l'ambivalence du contrôle du juge. Sa « marginalisation » n'est en fait, comme le formule le professeur Mathieu Disant, « ni inéluctable, ni vérifiée »²⁶³⁴.

§2 – Un contrôle parlementaire à l'effectivité limitée

674. Lorsqu'il lui revient de voter la prorogation de l'état d'urgence, le Parlement ne parvient pas à opposer une véritable contrainte systémique à la volonté de l'exécutif de crise. Le contraste entre la vivacité des débats parlementaires et la complaisance du vote est, à ce titre, saisissant **(a)**. De manière tout aussi problématique, les mécanismes de veille qu'il déploie pour contrôler l'application des états d'urgence ont, en dépit de leur exercice sérieux, une effectivité pratique limitée. L'exécutif rend compte de son action au Parlement, sans avoir de raison de le craindre **(b)**.

a – Le Parlement, auxiliaire discipliné de la mobilisation des états d'urgence

675. Les états d'urgence contemporains ont en commun de conférer aux élus de la Nation la lourde tâche de statuer, après le délai court de la déclaration et, ensuite, aux échéances temporelles qu'ils décident eux-mêmes, sur l'opportunité de maintenir ces dispositifs de crise en vigueur et, le cas échéant, de décider à quelles conditions et sous quelles modalités ils pourront perdurer. La portée utile de ce contre-pouvoir essentiel dépend, d'une part, de la

prononcer (SAUVÉ J.-M., « Le Conseil d'État et l'écriture de la loi », art. cit.) ; Dans sa jurisprudence en effet, plus grande est l'imminence du péril, plus la marge d'erreur admissible dans la décision des autorités d'application est augmentée (V. spéc. CE, 31 octobre 1924, *Cotte*, RDP, 1924, p. 597).

²⁶³³ En témoigne la vitesse avec laquelle le Conseil constitutionnel a contrôlé la loi du 3 avril 1955 modifiée par la loi du 20 novembre 2015 (11 jours), alors même que la procédure de l'article 61 de la Constitution n'a pas été engagée (Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*).

²⁶³⁴ DISANT M., « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », art. cit.

fréquence à laquelle se tiennent les votes des prorogations et, d'autre part, de la propension des parlementaires à s'affranchir, lors du vote, de la volonté de l'exécutif.

676. Décider d'une durée de prorogation contenue a pour vertu d'obliger le gouvernement à assumer sur une base régulière sa politique devant le Parlement, au risque de se voir refuser une nouvelle prorogation. Comme le rappellent souvent les parlementaires, ces rendez-vous aux temporalités rapprochées sont nécessaires à l'effectivité du contrôle parlementaire et sont, de ce fait, porteurs d'indéniables bienfaits démocratiques²⁶³⁵. L'exécutif, sans toutefois remettre frontalement en cause l'importance du contrôle, lui oppose, avec le soutien ponctuel de rapporteurs des assemblées, le besoin d'assurer la flexibilité et la sérénité de son action²⁶³⁶. À la lecture des débats, les parlementaires ne semblent pas très réceptifs à ce lien de cause à effet, aussi incertain que peu illustré par le gouvernement²⁶³⁷, comme à d'autres arguments plus douteux, tirés du caractère discrétionnaire du choix d'une date de prorogation²⁶³⁸ ou de l'absence de conséquences de l'espacement des prorogations sur l'effectivité du contrôle²⁶³⁹. Ils n'hésitent pas à qualifier de symptomatiques d'une « doctrine antiparlementaire » les réticences qu'ils prêtent au Gouvernement à l'idée de devoir, pour mobiliser certaines mesures dérogatoires de la crise sanitaire, obtenir l'accord de la représentation nationale²⁶⁴⁰. Si, à de rares occasions, qui concernent d'ailleurs surtout les régimes de sortie des états d'urgence, le Parlement resserre les plages temporelles souhaitées par le Gouvernement²⁶⁴¹, il favorise le plus

²⁶³⁵ Les parlementaires se sentent bafoués lorsqu'ils sont écartés du processus décisionnel de l'état d'urgence (V. KARAMANLI M., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020). Ils insistent sur la nécessité de doter les prorogations de la temporalité la plus courte possible (V. KURIK A., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020), en particulier lors des crises les plus évolutives, comme une pandémie de coronavirus durant laquelle la situation peut drastiquement changer en seulement 12 jours (V. LAURENT P., JO, déb. parl., Sénat, Séance du 19 mars 2020).

²⁶³⁶ Cf. spéc. *supra*, n° 583.

²⁶³⁷ Selon la majorité des parlementaires, réunir le Parlement n'est pas un obstacle pour l'action gouvernementale (V. par ex. LAURENT P., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020). Ce serait même le contraire : adapter le débat public à l'évolution factuelle impliquerait justement de revenir souvent devant le Parlement (SCHELLENBERGER R., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

²⁶³⁸ À la remarque du ministre de la santé, qui reconnaît que le choix d'une date pour la fin de la prorogation est « forcément arbitraire », les députés rétorquent qu'il s'agit là d'une raison supplémentaire pour renforcer le rôle joué par les parlementaires (VÉRAN O. et LAGARDE J.-C., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

²⁶³⁹ V. PHILIPPE E., JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020.

²⁶⁴⁰ V. not. GARRIDO R., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

²⁶⁴¹ Alors que le Gouvernement souhaitait étendre l'application du régime prévu par la loi du 31 mai 2021 jusqu'au 31 décembre 2021, les parlementaires s'accordèrent sur la date – plus raisonnable – du 15 novembre 2021 (art. 1, L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire). Plus récemment, la clause de revoyure relative à certaines mesures transitoires de gestion de la crise sanitaire a été fixée au 31 janvier 2023, plutôt qu'au 31 mars comme l'avait envisagé le Gouvernement (L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19).

souvent l'efficacité supposée d'une temporalité longue à la régularité du contrôle parlementaire, qu'il relègue, de fait, au rang de simple confort démocratique²⁶⁴².

677. Le problème posé par l'espacement trop important des prorogations pourrait être relativisé s'il ne se couplait pas à un manque de sévérité du contrôle, c'est-à-dire d'une capacité de statuer, au nom du bien commun et indépendamment de la volonté de l'exécutif, sur la nécessité ou non de proroger l'état d'urgence. Alors que le Parlement français se contente généralement d'enregistrer le choix de l'exécutif, quand il ne décide pas tout simplement, de son propre chef, d'en aggraver la teneur, le Congrès des députés espagnol oppose de plus en plus de frictions à l'action du gouvernement de crise.

677.1. « Manque de culture des libertés »²⁶⁴³, « abdication progressive de la représentation nationale »²⁶⁴⁴, « déclin de la tradition républicaine »²⁶⁴⁵ ou « ineffectivité du contrôle parlementaire »²⁶⁴⁶, la doctrine dresse le constat amer d'un manque de ferveur caractérisé du Parlement français à incarner pleinement son rôle de contre-pouvoir à l'exécutif de crise. Force est en effet de constater que sur l'ensemble de la période étudiée, le Parlement français concède à l'exécutif les prorogations qu'il réclame²⁶⁴⁷. Le consensualisme dont il témoigne au moment du vote²⁶⁴⁸, particulièrement marqué pour les événements à haute charge symbolique favorisant une quête émotionnelle de l'approbation parlementaire²⁶⁴⁹, est d'autant plus surprenant qu'il contraste avec l'apparente division lors des débats²⁶⁵⁰, comme avec les propos rassurant sur l'effectivité de la garantie que représenterait le processus parlementaire dans le contrôle de l'exécutif²⁶⁵¹.

²⁶⁴² Cf. *supra*, n° 559 et s.

²⁶⁴³ HENNETTE VAUCHEZ S., « La fabrique législative de l'état d'urgence... », art. cit., p. 56.

²⁶⁴⁴ CAHN O., « La politique criminelle française en matière de lutte contre le terrorisme », in PELLÉ S. (dir.), *Le terrorisme, nouveaux enjeux, nouvelles stratégies*, Presses de l'Université de Pau, Le droit en mouvement, 2017, 110 p., p. 19-33, p. 28.

²⁶⁴⁵ BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 10 et 55.

²⁶⁴⁶ V. NATOLI F., « Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation... », art. cit., p. 123.

²⁶⁴⁷ HENNETTE VAUCHEZ S., « La fabrique législative de l'état d'urgence... », art. cit., p. 74 : « Les mêmes parlementaires qui expriment prudence voire méfiance dans leurs fonctions de surveillance de l'état d'urgence ont voté et abondé à six reprises dans le sens du gouvernement pour proroger et durcir l'état d'urgence ».

²⁶⁴⁸ Pour des statistiques détaillées, se référer à *id.*, p. 55.

²⁶⁴⁹ Ainsi, malgré le caractère juridiquement douteux du choix gouvernemental de mobiliser l'état d'urgence pour mener une « guerre » au terrorisme, le Parlement vote avec célérité et un unanimité sans précédent la loi de prorogation du 20 novembre 2015 (cf. *supra*, n° 283 et n° 317 et s.). Ce comportement témoigne de l'efficacité des procédés oratoires du gouvernement qui suscitent une recherche émotionnelle du consensus parlementaire (cf. *supra*, n° 318 et s.).

²⁶⁵⁰ Cf. *supra*, n° 325 et s.

²⁶⁵¹ Le rapporteur du Sénat entend par exemple rassurer les parlementaires en leur rappelant qu'il n'y aura « pas de prorogation sans loi et pas de loi sans justifications suffisantes de la part du Gouvernement » (BAS PH., rapporteur, Sénat, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

677.2. L'unanimité parlementaire ne fait pourtant pas du Parlement français une simple « chambre d'enregistrement » de la volonté de l'exécutif. Il joue, plus exactement, le rôle d'un auxiliaire actif de l'exécutif, prompt à aggraver systématiquement le régime des états d'urgence,²⁶⁵² et ce même lorsque le gouvernement ne le demande pas. Il est ainsi à l'origine du renforcement progressif de certaines dispositions de l'état d'urgence sécuritaire²⁶⁵³, de la transcription dans le droit commun de certaines de ces mesures emblématiques²⁶⁵⁴ ou encore de la simple obligation faite au gouvernement d'informer le Parlement, alors que fut envisagé un contrôle parlementaire approfondi²⁶⁵⁵. Lorsqu'il incarne cette force déraisonnable, le Parlement éloigne encore plus le vote de la prorogation de sa vocation modératrice.

677.3. À l'image du Parlement français, le Congrès des députés espagnol s'est souvent effacé devant l'agir gouvernemental de crise. Il se soumet ainsi complètement à l'exécutif lors de la première application de l'article 116 lors de la crise des contrôleurs aériens, en prorogeant l'état d'alerte en l'absence de toute nécessité (les contrôleurs ayant, à cette date, repris le travail)²⁶⁵⁶, en dépit des nombreuses critiques formulées par les commentateurs sur la constitutionnalité de cette mise en œuvre²⁶⁵⁷ et, enfin, pour une période plus longue que celle imposée par la tradition juridique espagnole²⁶⁵⁸. Si durant la crise sanitaire, il concède à l'exécutif une prorogation – exceptionnellement longue – de six mois²⁶⁵⁹, le vif dissensus que cela a provoqué en son sein, les majorités de plus en plus courtes lors des votes de prorogation²⁶⁶⁰ et le précédent du 3 juin 2020²⁶⁶¹ traduisent une aspiration croissante du Congrès des députés à s'opposer à la volonté gouvernementale. Surtout, il exerce pleinement le pouvoir d'interprétation étendu que les textes lui confèrent pour déterminer les mesures qui pourront être prises par le gouvernement à l'occasion de l'application de l'état d'alerte, ainsi

²⁶⁵² Comme le montre l'analyse rigoureuse de l'auteur, le régime de l'état d'urgence sécuritaire a été aggravé à chacune de ses prorogations de 2015 à 2017 (V. HENNETTE VAUCHEZ S., « La fabrique législative de l'état d'urgence... », art. cit., p. 60-61).

²⁶⁵³ Le Parlement a notamment joué le rôle central dans l'évolution du régime des perquisitions administratives ou des assignations à résidence (*id.*, p. 62-74).

²⁶⁵⁴ Cf. *supra*, n° 406 et s.

²⁶⁵⁵ Cf. *supra*, n° 283.

²⁶⁵⁶ Cf. *supra*, n° 455.

²⁶⁵⁷ Cf. *supra*, n° 437.

²⁶⁵⁸ Cf. *supra*, n° 556.

²⁶⁵⁹ Cf. *supra*, n° 564.

²⁶⁶⁰ Le 16 décembre 2010, 180 pour, 9 contre et 131 abstentions ; Le 25 mars 2020, 321 pour et 28 abstentions ; Le 9 avril 2020, 270 pour, 54 contre et 25 abstentions ; Le 20 mai 2020, 177 pour, 162 contre et 11 abstentions ; Le 3 juin 2020, 177 pour, 155 contre et 18 abstentions ; Le 29 octobre 2020, 194 pour, 53 contre et 99 abstentions.

²⁶⁶¹ Le 3 juin 2020, le Congrès des députés n'a prorogé l'état d'alerte que jusqu'au 21 juin et à une très faible majorité de 177 voix contre 155. De plus, pour obtenir ce résultat, le Premier ministre Pedro Sanchez s'est retrouvé contraint d'aller chercher *in extremis* en récupérant les voix de plusieurs petits partis.

que leurs conditions précises de mise en œuvre²⁶⁶². Ces deux tendances sont consacrées au sens le plus fort par la décision du Tribunal constitutionnel du 27 octobre 2021 en ce qu'elle interdit, sous peine d'inconstitutionnalité du décret-royal de prorogation, toute passivité au Congrès des députés dans le contrôle du choix politique du Gouvernement de proroger l'état d'alerte et d'en fixer la durée²⁶⁶³.

b – Le Parlement, observateur impuissant des mesures gouvernementales

678. La veille parlementaire représente le travail de fond mené par le Parlement lors de la mise en œuvre d'un état d'urgence. Informé presque en temps réel des mesures prises par l'exécutif, il documente activement son action et rédige des rapports. Ces derniers, s'ils contribuent directement à informer la société civile des mesures prises et de leur efficacité, constituent surtout une ressource précise pour les parlementaires eux-mêmes. Au moment du vote, la veille parlementaire leur permet de décider en connaissance de cause.

679. La possibilité d'exercer une veille parlementaire est directement conditionnée aux prévisions du droit positif. Sur le plan procédural, elle dépend étroitement du droit pour le Parlement de se réunir et de sa protection effective contre une dissolution par l'exécutif²⁶⁶⁴. Alors que le système juridique espagnol honore pleinement ces deux impératifs²⁶⁶⁵, le droit français ne sort de son mutisme que pour suggérer la possibilité d'une dissolution du Parlement pendant l'application d'un état d'urgence²⁶⁶⁶. Si ces lacunes rédactionnelles n'empêchent pas, en elles-mêmes, la veille parlementaire, elles sont autant de ressources dangereuses si, d'aventure, l'exécutif français cherchait à s'y soustraire.

680. Sur le plan matériel, la veille dépend de sa prévision dans le droit positif. Le système espagnol prévoit, dès 1981, une obligation de publicité et d'information commune à l'ensemble

²⁶⁶² Cf. *supra*, n° 581 et s.

²⁶⁶³ Cf. *infra*, n° 696.

²⁶⁶⁴ V. par ex. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS A., NAVARRO MEJÍA I., « La actuación de las cortes generales... », art. cit., p. 261-262.

²⁶⁶⁵ La constitution de 1978 prévoit, d'une part, la « convocation automatique » du Parlement – ou à défaut, la réunion de plein droit de la députation permanente – en cas de déclaration de l'un des dispositifs de l'article 116 et, d'autre part, la protection explicite du Congrès des députés contre une dissolution intervenant durant leur application (arts. 116.2 et 116.5, C1978).

²⁶⁶⁶ L'état d'urgence sécuritaire prévoit en effet la cessation automatique de l'état d'urgence 15 jours après la dissolution de l'Assemblée nationale (art. 4, L. n° 55-385, 3 avril 1955, modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960), ce qui ne laisse aucun doute sur la possibilité de son exercice par le gouvernement.

des régimes d'exception de l'article 116²⁶⁶⁷, renforcée dans le cas de l'état d'alerte par une obligation explicite faite au gouvernement de transmettre au Parlement toutes les informations demandées²⁶⁶⁸ et par les prévisions concrètes des autorisations parlementaires²⁶⁶⁹. Surtout, par une décision récente déjà maintes fois citée, le Tribunal constitutionnel érige le contrôle des mesures dérogatoires prises par le Gouvernement dans le cadre des régimes d'exception en un véritable devoir constitutionnel du Congrès des députés, justifiant la déclaration d'inconstitutionnalité des mesures qui en menacent l'effectivité²⁶⁷⁰. En France, il faut attendre l'application antiterroriste de l'état d'urgence sécuritaire²⁶⁷¹ et la création de l'état d'urgence sanitaire²⁶⁷² pour voir naître une obligation pour l'exécutif d'informer le Parlement, d'ailleurs sans commune mesure avec ce qui s'observe en Espagne. Celle-ci subsiste pour les régimes transitoires de la crise sanitaire, sur la base de dispositions votées au cas par cas²⁶⁷³. En l'état actuel du droit, ces deux systèmes juridiques prévoient ainsi un cadre juridique favorable à la veille parlementaire sur les mesures des états d'urgence.

²⁶⁶⁷ L'article 2 de la LOAES prévoit l'obligation de diffuser par tous les moyens de communication publics et privés les dispositions édictées par les autorités compétentes durant la mise en œuvre des régimes d'exception de l'article 116 de la Constitution.

²⁶⁶⁸ Le gouvernement doit, lorsqu'il mobilise l'état d'alerte, rendre compte au Congrès des députés de tous les décrets qu'il prend et lui fournir toute information qu'il demande (art. 8, LOAES).

²⁶⁶⁹ Les différentes résolutions du Congrès des députés ont, dans la pratique, renforcé et concrétisé cette obligation, par exemple en prévoyant un contrôle hebdomadaire de l'action du gouvernement (Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) ou en exigeant du Premier ministre ou du ministre de la santé qu'ils se présentent à échéance régulière devant la commission de la santé du Congrès des députés pour rendre compte de l'action gouvernementale (art. 14, Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2).

²⁶⁷⁰ Cf. spéc. *supra*, n° 571.

²⁶⁷¹ Pour l'état d'urgence sécuritaire, les assemblées parlementaires, informées sans délai des mesures prises dans le cadre de ce dispositif, peuvent requérir toute information complémentaire pour mener leur contrôle (art. 4-1, L. n° 2015-1501, 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). Les autorités administratives sont, en outre, tenues de transmettre aux chambres et sans délai la copie de tous les actes qu'elles prennent en application de l'état d'urgence (L. n° 2016-987, 21 juillet 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste).

²⁶⁷² Les lacunes majeures du projet de loi originel, qui ne prévoyait pas la possibilité pour le Parlement d'avoir connaissance des mesures prises après sa déclaration, ont été corrigées lors de la discussion parlementaire (V. Patrick Kanner, JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020). L'article L. 3131-13 du code de la santé publique reprend les avancées du régime de l'état d'urgence sécuritaire en prévoyant l'obligation pour le gouvernement d'informer sans délai le Parlement de l'ensemble des mesures prises et de lui transmettre toute information complémentaire qu'il requiert.

²⁶⁷³ La loi du 10 novembre 2021 fait par exemple peser une obligation spécifique d'information du Parlement par le Gouvernement qui doit présenter, au plus tard le 15 février 2022, un rapport complet sur les mesures prises, le contexte épidémique et les raisons, le cas échéant, du maintien des mesures (art. 2, L. n° 2021-1465, 10 novembre 2021, portant diverses dispositions de vigilance sanitaire).

681. Prévues et encouragées par le droit positif, les veilles parlementaires sur les mesures des états d'urgence est néanmoins décevante par son bilan pratique. Alors que l'exécutif transmet au Parlement l'ensemble des données dont il a besoin, certaines limites opérationnelles l'empêchent d'en tirer pleinement parti.

681.1. Dans l'ensemble, l'exécutif comme les parlementaires s'accordent à dire que les informations qui devaient être transmises au Parlement pour qu'il opère son contrôle l'ont effectivement été. Les exécutifs français et espagnols affichent un souci constant d'assurer la transparence de leur action²⁶⁷⁴ en tenant informé en temps réel le Parlement²⁶⁷⁵ et en assurant au quotidien une coopération maximale avec cet organe²⁶⁷⁶. Avec un certain volontarisme, le gouvernement répond aux questions qui lui sont posées²⁶⁷⁷, transmet au Parlement l'ensemble des actes juridiques pris en application des états d'urgence²⁶⁷⁸, envoie des informations complémentaires sur l'évolution de la situation de fait²⁶⁷⁹, rédige des bilans réguliers sur son action²⁶⁸⁰ et partage ses projections sur les mesures à venir²⁶⁸¹. Certains parlementaires constatent toutefois, agacés, ne recevoir les travaux du Conseil de scientifiques que plusieurs jours après l'exécutif²⁶⁸².

²⁶⁷⁴ Par exemple, le Gouvernement français a installé, près du cabinet du ministre de l'intérieur, une « cellule particulière » destinée à traiter les demandes des parlementaires (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016).

²⁶⁷⁵ CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²⁶⁷⁶ V. VALLS M. et BAS PH., rapporteur, sur l'amendement n° 8, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²⁶⁷⁷ Lors de la crise sanitaire, le ministre de la santé rappelle que chaque semaine, le Gouvernement est interrogé par les parlementaires à l'occasion des questions au Gouvernement (VÉRAN O., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

²⁶⁷⁸ En Espagne, le décret-royal du 10 avril 2020 relate la parfaite satisfaction de l'obligation d'information du Parlement, notamment au regard de la disposition additionnelle ajoutée par le décret-royal du 27 mars. Il est rendu compte au Parlement des dispositions, ordres, instructions et résolutions adoptés par les autorités déléguées et par le Conseil des ministres (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19) ; En France, les parlementaires confirment que le Gouvernement a quotidiennement envoyé aux chambres « des informations sur les mesures individuelles prises par l'autorité administrative, et détaillant les endroits et les personnes concernés » (MERCIER M., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016).

²⁶⁷⁹ Par exemple, de toutes les informations touchant à la lutte antiterroriste, sur le sol français comme à l'étranger (VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015).

²⁶⁸⁰ V. VÉRAN O., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020) ; Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, BOE, Núm. 101 de 11 de abril de 2020.

²⁶⁸¹ Par exemple, un plan de lutte contre le virus élaboré par le Gouvernement a été remis au Congrès des députés le 29 avril 2020, conformément à la sixième disposition additionnelle du décret-royal du 14 mars 2020 (Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

²⁶⁸² BENARROCHE GU., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022.

681.2. Le bilan de la veille est, lui, plus sujet à débat. Sans grandes nuances, les parlementaires adoptent deux positions drastiquement opposées. Les premiers ne tarissent jamais d'éloges sur le bilan d'un mécanisme qui, grâce à l'implication et au sérieux des commissions parlementaires²⁶⁸³, a permis d'assurer une veille continue sur l'état d'urgence²⁶⁸⁴, de produire des communications régulières²⁶⁸⁵, de dresser un inventaire complet de ces mises en œuvre²⁶⁸⁶, de jauger de l'efficacité et du degré d'application des différentes mesures d'application²⁶⁸⁷ et, finalement, d'apporter des éléments utiles aux débats publics et parlementaires sur la réalité de l'action gouvernementale²⁶⁸⁸. Pour les seconds, au contraire, il est urgent de mettre en doute la capacité de ces rapports statistiques à rendre compte de la réalité du terrain²⁶⁸⁹ : une simple « collation » des mesures prises ne suffit pas à caractériser un contrôle de l'action menée par l'exécutif²⁶⁹⁰. Même lorsqu'il donne lieu, à l'échéance d'une clause de revoyure, à l'audition d'un ministre, le « contrôle approfondi » des mesures sanitaires promis par les rapporteurs des assemblées²⁶⁹¹ s'apparente en pratique – et ils le déplorent – à un exercice de communication²⁶⁹².

682. Ces dernières critiques effleurent le véritable problème de fond que pose le mécanisme non contraignant de la veille parlementaire. Les bénéfices concrets qu'il est possible d'en attendre se heurtent à des limites infranchissables, que la pratique ne fait que révéler. Aussi informé soit-il, le Parlement n'est qu'un observateur actif²⁶⁹³, privé de toute possibilité de contrôle sur un certain nombre d'actes d'application des états d'urgence²⁶⁹⁴ et devant attendre

²⁶⁸³ V. POPELIN P., rapporteur, Assemblée nationale, deuxième séance du mardi 16 février 2016 ; MERCIER M., rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016.

²⁶⁸⁴ L'Assemblée nationale a mis en place une « veille continue » dès le 2 décembre 2015, en application de l'article 5-ter de l'Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

²⁶⁸⁵ V. par ex. la « Communication d'étape sur le contrôle de l'état d'urgence » de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, en date du 17 mai 2016.

²⁶⁸⁶ V. POPELIN P., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016.

²⁶⁸⁷ V. LEGARDA URIARTE M., Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16.

²⁶⁸⁸ En permettant, par exemple, de « dissiper certaines accusations parfois portées contre les forces de l'ordre et souvent reprises trop hâtivement dans le débat public », mais aussi, ponctuellement, en mettant en lumière « quelques débordements » (POPELIN P., rapporteur, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016).

²⁶⁸⁹ V. MAMÈRE N., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016.

²⁶⁹⁰ Pour parler de contrôle, il faudrait *a minima* « presser » et « triturer » les mesures administratives collectées (GOSSELIN PH., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020).

²⁶⁹¹ V. par ex. ABADIE C., rapporteure, JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

²⁶⁹² CORBIÈRE A., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022.

²⁶⁹³ V. NATOLI F., « Les régimes de crise à l'épreuve de la constitutionnalisation... », art. cit., p. 123.

²⁶⁹⁴ En France, le Parlement est impuissant face aux mesures – prises par voie réglementaire – de l'état d'urgence, comme face aux nombreuses ordonnances prises par le Gouvernement pendant la crise sanitaire (V. par ex. LAGARDE J.-C., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020) ; Il s'agit d'une injure sérieuse au

patiemment le vote de la prorogation pour s'exprimer uniquement par « oui » ou par « non »²⁶⁹⁵. Dans ces conditions, le volontarisme gouvernemental pour transmettre les informations demandées n'a rien d'une véritable prise de risque.

B – UN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL EN PLEINE ÉMANCIPATION

683. L'état d'urgence interroge l'étendue des pouvoirs du juge administratif, judiciaire, constitutionnel ou international dans la mesure où son acceptabilité suppose, dans un État de droit, la possibilité de contrôler la matérialité des circonstances de fait présidant à sa mobilisation, comme la nécessité, l'adaptation et la proportionnalité des mesures prises sous son empire. Si la création, la déclaration, la prorogation ou la cessation des états d'urgence font historiquement l'objet d'un contrôle d'apparat, effacé derrière la liberté d'appréciation de l'exécutif, la tendance la plus récente est au volontarisme juridictionnel (§1). Le contrôle des mesures d'application des états d'urgence souffre d'une organisation trop complexe et de nombreuses problématiques irrésolues, mais présente, lui aussi, une effectivité croissante. Par des avancées itératives et continues, il tend à invalider chaque jour un peu plus les constats les plus alarmistes de la doctrine (§2).

§1 – Un contrôle à plusieurs vitesses du régime et de sa mobilisation

684. La problématique – exclusivement française²⁶⁹⁶ – du contrôle de la création et du régime des états d'urgence a substantiellement évolué ces dernières années. D'une impunité constitutionnelle presque totale, ce contrôle a évolué, sous l'effet de l'introduction du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité et des avancées jurisprudentielles impulsées par le juge, vers une effectivité réelle (a). Si le contrôle des actes de la mobilisation de l'état d'urgence reste, en France, aussi peu dissuasif pour les autorités publiques, que source d'un singulier inconfort pour le juge²⁶⁹⁷, il en est différemment en Espagne, depuis la décision courageuse et remarquée rendue en 2021 par le Tribunal constitutionnel (b).

Parlement (COQUEREL E., JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 9 mai 2020), ou encore d'une altération préoccupante de la séparation des pouvoirs (WONNER M., JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020).

²⁶⁹⁵ V. TORRES GUTIÉRREZ A., « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 485-515, p. p. 495-497 ; KANNER P., JO, déb. parl., Sénat, Séance du 19 mars 2020.

²⁶⁹⁶ À la différence du système français, les états d'urgence espagnols contemporains, créés par le constituant de 1978 sont, de fait, consacrés au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. La question du contrôle juridictionnel de leur création et de leur régime constitutionnel n'a donc pas d'objet, du moins en droit interne.

²⁶⁹⁷ DISANT M., « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », art. cit.

a – L’affirmation progressive du contrôle du régime de l’état d’urgence

685. C’est un truisme de le relever : le juge constitutionnel statue sur des actes de valeur législative, dont il apprécie la conformité aux prévisions constitutionnelles. S’il en résulte que l’éventualité – souvent envisagée, mais jamais concrétisée²⁶⁹⁸ – d’une constitutionnalisation de l’état d’urgence le mettrait hors du champ du contrôle de constitutionnalité²⁶⁹⁹, cela n’implique pas, *a contrario*, que toutes les prévisions législatives du régime de l’état d’urgence soient à portée de son contrôle. Il a en effet fallu attendre de nombreuses années avant que le Conseil ait l’occasion de se prononcer sur le régime de l’état d’urgence sécuritaire²⁷⁰⁰, et ce malgré des questionnements sur sa constitutionnalité plus vieux que le texte lui-même²⁷⁰¹. L’absence d’un véritable contrôle de constitutionnalité sous la IV^e République²⁷⁰², suivie sous la V^e République, de la mise à l’écart du Parlement de la procédure de déclaration²⁷⁰³, d’applications sans modification de la loi du 3 avril 1955²⁷⁰⁴ et d’appels suivis à ne pas courir le « risque » d’une

²⁶⁹⁸ V. projet de loi constitutionnelle, n° 3381, 23 décembre 2015, de protection de la Nation.

²⁶⁹⁹ La constitutionnalisation de l’état d’urgence aurait pour effet de mettre son régime à l’abri du contrôle *a priori*, comme du contrôle *a posteriori*. Le Conseil constitutionnel ne pourrait, en outre, l’empêcher. Il s’est en effet déclaré incompétent à deux reprises pour contrôler une loi de révision constitutionnelle (Cons. const., déc. n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, *Loi relative à l’élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, JORF 7 novembre 1962*, p. 10778 ; Cons. const., déc. n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Révision constitutionnelle relative à l’organisation décentralisée de la République, *JORF 29 mars 2003*, p. 5570) et reconnaît la souveraineté du pouvoir constituant (Cons. const., déc. n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l’Union européenne, JORF 3 septembre 1992*, p. 12095).

²⁷⁰⁰ Pour un historique détaillé de l’affirmation du contrôle de constitutionnalité de l’état d’urgence sécuritaire, se référer à **LECATÉLIER A.**, « Les QPC de l’état d’urgence : des justiciables précisément identifiés... », art. cit., p. 233-234.

²⁷⁰¹ Le commissaire du Gouvernement Janot, qui participe à la rédaction de la Constitution de 1958, reconnaît que donner une valeur constitutionnelle au préambule et à la DDHC conduirait « à l’impossibilité de certaines législations dont nous avons eu en fait besoin (je fais allusion à la loi de l’état d’urgence) » (*Documents pour servir à l’histoire de l’élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, vol. II : Le comité consultatif constitutionnel de l’avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958, Paris, La Documentation française, 1988, p. 256, cité par **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L’état d’urgence...*, *op. cit.*, p. 74) ; Dès les débats parlementaires précédant l’adoption de la loi du 3 avril 1955, certains députés soupçonnent en effet être en train de discuter d’un texte « anticonstitutionnel » (V. **BALLANGER R.**, *JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 31 mars 1955*).

²⁷⁰² Composé notamment du Président de la République, du Président de l’Assemblée nationale et du Président du Conseil de la République, le Comité constitutionnel n’avait pas pour rôle de censurer la loi au regard de la Constitution, mais bien plutôt de vérifier si les lois votées par l’Assemblée nationale supposaient une révision de la Constitution. Ni sa composition ni ses attributions ne permettent de le considérer comme une véritable autorité de contrôle des lois de déclaration de l’état d’urgence (V. arts. 91 à 93, C 1946).

²⁷⁰³ Si l’article 2 de la loi sur l’état d’urgence ne permet sa prorogation que par la « loi », il n’impose pas que celle-ci soit prise par le Parlement. L’exécutif est ainsi parvenu, par le truchement d’une mise en œuvre simultanée de l’article 16 et de l’état d’urgence, comme par l’habilitation référendaire du 13 avril 1962, à déclarer l’état d’urgence sans prendre le risque de le soumettre au couperet du contrôle de constitutionnalité.

²⁷⁰⁴ L’article 61 de la Constitution interdit au Conseil constitutionnel de se prononcer, à l’occasion de son contrôle d’une loi, sur la constitutionnalité d’une autre loi que la première applique sans la modifier. C’est pour cette raison qu’à l’occasion du contrôle de la loi d’application du 25 janvier 1985, il n’a pas été en mesure de contrôler la loi du 3 avril 1955 qui prévoit le régime de l’état d’urgence sécuritaire.

déclaration d'inconstitutionnalité²⁷⁰⁵ font alors obstacle à tout contrôle de la constitutionnalité de son régime²⁷⁰⁶.

686. Avec près de trente ans de retard, le Conseil constitutionnel commence par se prononcer (favorablement) sur la possibilité, pour le législateur, de créer et d'instaurer un état d'urgence. Dans la décision *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, il estime que l'instauration de l'état d'urgence par le législateur ne nécessite pas de révision constitutionnelle, en dépit du fait qu'un tel régime déroge à des droits et libertés constitutionnellement garantis et, par ailleurs, de l'existence d'autres régimes d'exception dans le texte constitutionnel ; l'article 34 de la Constitution l'habilitant à opérer la nécessaire conciliation entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public²⁷⁰⁷. Cette jurisprudence, réaffirmée lors de l'application antiterroriste de l'état d'urgence sécuritaire²⁷⁰⁸, comme pendant la crise sanitaire²⁷⁰⁹, est suivie par le Conseil d'État, qui estime que l'inscription de l'état de siège dans la Constitution n'a pas eu pour effet d'abroger la loi du 3 avril 1955²⁷¹⁰.

687. Cette décision du Conseil constitutionnel constitue le fondement du contrôle qu'il opère sur le régime de l'état d'urgence instauré par le législateur. Celui-ci consiste à apprécier la conciliation opérée par le législateur entre la prévention des atteintes à l'ordre public et le respect d'un ou plusieurs des droits et libertés constitutionnellement garantis²⁷¹¹. Si la formulation exacte de la portée de son contrôle peut varier selon les décisions²⁷¹², il rappelle

²⁷⁰⁵ VALLS M., JO, déb. parl., Sénat, Séance du 20 novembre 2015 : « Je suis extrêmement dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel. Je souhaite que nous allions vite sur la mise en œuvre des dispositifs (...) que vous allez voter, mais il y a toujours un risque à saisir le Conseil constitutionnel ».

²⁷⁰⁶ Cet état de fait a été fréquemment été déploré par la doctrine (V. par ex. JACQUOT-BARRAULT S., « La constitution de la V^e République..., art. cit., p. 350 ; PIERRÉ-CAPS S., « Constitutionnaliser l'état d'urgence », art. cit., p. 147).

²⁷⁰⁷ Cons. const., déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 2 à 4.

²⁷⁰⁸ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association la cabane juridique / Legal Shelter et autre*, cons. 3.

²⁷⁰⁹ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, cons. 17.

²⁷¹⁰ S'il n'appartient pas au Conseil d'État de contrôler la constitutionnalité de la loi, il peut cependant constater l'abrogation (le cas échéant, implicite) d'un texte de loi inconciliable avec un texte législatif ou constitutionnel qui lui est postérieur. Il peut donc contrôler la compatibilité entre la loi du 3 avril 1955 et la Constitution de 1958 qui institue l'état de siège. Il estime alors que cette inscription ne fait pas obstacle à la possibilité pour le législateur d'instituer un régime exceptionnel au regard des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 34 (V. CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217, Rec).

²⁷¹¹ Cons. const., déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 3.

²⁷¹² Il contrôle soit « l'atteinte disproportionnée » (Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 8 à 17), soit la « méconnaissance » (Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyon*, cons. 12) des droits et libertés constitutionnellement garantis par le mécanisme de l'assignation à résidence. Dans les autres décisions QPC, il s'assure que les mesures de l'état d'urgence opèrent une conciliation

toujours, lorsqu'il l'estime nécessaire, qu'il ne dispose pas « d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement »²⁷¹³. Dans cette fameuse décision de 1985, il se montre en effet, sans grande surprise²⁷¹⁴, particulièrement prudent à l'idée d'invalider le régime de l'état d'urgence sécuritaire, et ce malgré l'inconstitutionnalité de certaines des prévisions alors en vigueur²⁷¹⁵. Résultant d'un long processus durant lequel l'état d'urgence était à l'abri du contrôle de constitutionnalité, le contrôle de la constitutionnalité du régime de l'état d'urgence se heurte à des obstacles en relativisant grandement la portée pratique. La mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) constitue toutefois une avancée essentielle dans le contrôle du régime de l'état d'urgence.

688. La pratique contemporaine du contrôle de constitutionnalité du régime de l'état d'urgence sécuritaire, entre 2015 et 2017, puis de celui de l'état d'urgence sanitaire, jusqu'à sa récente abrogation le 31 juillet 2022, peut faire l'objet de trois critiques amenant à en relativiser la portée effective.

688.1. La première limite rencontrée par le Conseil constitutionnel réside dans les caractéristiques mêmes du mécanisme de la QPC. Contrairement au contrôle *a priori*, qui porte sur l'ensemble des dispositions de la loi déférée²⁷¹⁶ – mais qui est aussi, du fait de la nature politique de la saisine qu'il nécessite, plus rare –, le contrôle *a posteriori* ne porte que sur les dispositions législatives contraires à un droit ou à une liberté que la Constitution garantit, ce qui exclut notamment les dispositions – pourtant essentielles – relatives à la procédure de déclaration des états d'urgence. En outre, l'office du juge est limité aux seules dispositions contestées devant lui : celles qui n'ont pas provoqué de contentieux, ou qui ne figurent pas dans

qui n'est pas « manifestement déséquilibrée » entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et les droits et libertés que la Constitution garantit (V. par ex. Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 10 ; Cons. const., déc. n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association la cabane juridique / Legal Shelter et autre*, cons. 6 ; Cons. const., déc. n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, cons. 7).

²⁷¹³ Apparue en 1975 pour le contrôle *a priori* (Cons. const., déc. n° 74-54 DC, 15 janvier 1975, *IVG I*, Rec., p. 19) et en 2010, cette formule, reprise dès 2010 dans le cadre du contrôle *a posteriori* (Cons. const., déc. n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *Mme Vivianne L.* (loi « anti-Perruche »), Rec., p. 105, cons. 4), se retrouve aussi bien dans le contentieux de l'état d'urgence sécuritaire (Cons. const., déc. n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 9) que pour les régimes de la crise sanitaire (Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 29).

²⁷¹⁴ Cette décision « ne surprendra guère ceux qui connaissent sa jurisprudence » (BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C., *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 64).

²⁷¹⁵ Fin 2015, le Conseil constitutionnel reconnaît qu'entre le 14 et le 20 novembre 2015, les autorités publiques ont fait usage d'un état d'urgence obsolète, dont plusieurs des dispositions, déjà présentes en 1985, étaient inconstitutionnelles (V. CASSIA P., *Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 28).

²⁷¹⁶ Cons. const., déc. n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*.

la question renvoyée par les juridictions de filtrage, sont hors d'atteinte²⁷¹⁷. La liste des alinéas des articles de l'état d'urgence sécuritaire qui ont fait l'objet d'un contrôle QPC est, pour cette raison, assez restreinte²⁷¹⁸.

688.2. Deuxièmement, si les déclarations d'inconstitutionnalité ont été nombreuses, leur effet utile pour le justiciable a souvent été limité²⁷¹⁹. Le Conseil constitutionnel a, par exemple, refusé que l'abrogation de dispositions législatives de l'état d'urgence puisse remettre en cause des actes de procédure pénale²⁷²⁰. Le délai d'intervention des QPC de l'état d'urgence sécuritaire était, en outre, fréquemment bien trop important pour impacter utilement la situation des justiciables²⁷²¹. Enfin, en déclarant conforme à la Constitution la suspension, jusqu'au 30 juin 2020, du délai de trois mois dans lequel le Conseil d'État et la Cour de cassation se prononcent sur le renvoi d'une QPC et le Conseil constitutionnel rend sa décision, il a privé pendant de long mois la plupart des justiciables QPC de l'état d'urgence sanitaire de réponses²⁷²².

688.3. Troisièmement, il est – à certains égards – possible de reprocher au Conseil constitutionnel un manque d'audace dans l'exercice de son contrôle, l'amenant à tolérer que la création et la mobilisation des états d'urgence soient effectuées par les mêmes actes législatifs²⁷²³, que l'exercice des pouvoirs dérogatoires n'ait pas à être justifié au regard des circonstances qui ont mené à la déclaration de l'état d'urgence²⁷²⁴ ou que certaines dispositions

²⁷¹⁷ V. par ex. Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*

²⁷¹⁸ Il s'agit, plus précisément, pour la loi du 3 avril 1955, du 3° de l'article 5, du 2° de l'article 5 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017, de l'article 6 dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015, du 11° à 14° de l'article 6 et du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 55-385 dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016, de l'article 8, de l'article 8-1 dans sa rédaction issue de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016, du 1° de l'article 11 dans sa rédaction résultant de l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960, du paragraphe I de l'article 11 dans sa rédaction résultant de la loi du 20 novembre 2015 et du 3° à 10° du paragraphe I de l'article 11 dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016.

²⁷¹⁹ V. **LECATÉLIER A.**, « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables précisément identifiés aux potentialités d'action limitées », in **CARTIER E.**, (dir.), *Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation autour d'un outil processuel sui generis*, Rapport de recherche « 2010-2020 : dix ans de QPC », octobre 2020, 551 p., p. 233-236.

²⁷²⁰ Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*).

²⁷²¹ La décision du 9 juin 2017 intervient un an après le prononcé d'une interdiction de séjour à l'encontre du justiciable QPC (Cons. const., déc. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L.*).

²⁷²² Cons. const., déc. n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

²⁷²³ C'est le cas pour l'état d'urgence sécuritaire le 3 avril 1955, comme pour l'état d'urgence sanitaire le 23 mars 2020. Si le Conseil constitutionnel n'existait pas en 1955, son contrôle avait atteint une maturité suffisante en 2020 pour qu'il y trouve, s'il le souhaitait, à redire.

²⁷²⁴ V. Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* ; **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 135-140.

de ce régime d'exception, pourtant inconstitutionnelles, soient maintenues dans le droit positif²⁷²⁵.

689. Ce serait néanmoins faire erreur que de se limiter à ces seuls constats. En effet, en dépit des obstacles qui se sont dressés à sa pleine effectivité, des progrès notables laissent surtout à voir un contrôle de constitutionnalité du régime des états d'urgence gagnant, à chacune de leurs applications, en consistance et en maturité.

689.1. Dès les premières décisions QPC sur l'état d'urgence sécuritaire, le Conseil constitutionnel s'est pleinement saisi des outils à sa disposition, en modulant avec précision la portée de ses décisions²⁷²⁶, en soulevant certains moyens d'office²⁷²⁷ ou en se prononçant aussi bien sur les dispositions obsolètes du régime de l'état d'urgence que sur les dispositions en vigueur²⁷²⁸, avec, en matière de déclaration d'inconstitutionnalité, une effectivité observable d'un point de vue statistique²⁷²⁹. Il faut, à ce titre, faire état du volontarisme du juge pour étendre son office dans le cadre de la QPC.

689.2. Ensuite, s'il est vrai qu'il exerce un contrôle particulièrement conciliant du régime de l'état d'urgence sanitaire durant les premiers temps de la crise²⁷³⁰, ce contrôle se fait ensuite de plus en plus substantiel. Le Conseil constitutionnel reconnaît la non-conformité totale de plusieurs dispositions parmi les plus sensibles de l'intervention étatique pendant la crise sanitaire²⁷³¹, à commencer par la disposition prévoyant la prolongation de plein droit des détentions provisoires sans la nécessité de l'intervention d'un juge²⁷³². Il effectue, par la suite, un contrôle approfondi des régimes transitoires votés par le Parlement en usant, parfois

²⁷²⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « L'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel ou quand l'État de droit s'accommode de normes inconstitutionnelles », in HENNETTE VAUCHEZ S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, op. cit., p. 104-112.

²⁷²⁶ Il a ainsi prononcé des abrogations totales ou partielles, simples ou modulées dans le temps par un effet différé (V. LECATELIER A., « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables cultivant un usage... », art. cit., p. 377).

²⁷²⁷ Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan*.

²⁷²⁸ Pour un exemple de déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition obsolète, V. Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autres*.

²⁷²⁹ Les déclarations de non-conformité ont été plus de deux fois supérieures dans le contentieux QPC de l'état d'urgence que dans l'ensemble du contentieux QPC (V. LECATELIER A., « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables cultivant un usage... », art. cit., p. 378).

²⁷³⁰ V. spéc. Cons. const., déc. n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

²⁷³¹ Il s'est notamment prononcé sur des dispositions relatives au calendrier des élections municipales, aux infractions pénales liées aux limitations de déplacement ou aux conditions d'utilisation de la visioconférence en procédure pénale et civile (V. DISANT M., « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », art. cit.).

²⁷³² Cons. const., déc. n° 2020-878/879 QPC, 29 janvier 2021, *M. Ion Andronie R. et autre*.

plusieurs fois par texte, de réserves d'interprétation²⁷³³ et en n'hésitant pas, lorsqu'il l'estime nécessaire, à prononcer l'abrogation de plusieurs de leurs dispositions²⁷³⁴.

689.3. Ainsi, conformément à ses promesses théoriques²⁷³⁵, la QPC a en réalité permis d'assurer une protection minimale des droits et libertés constitutionnellement garantis des administrés dans le contexte de l'état d'urgence sécuritaire. Fort de la portée nouvelle de ce mécanisme, auquel s'est ajouté le retour bienvenu du contrôle *a priori* de l'état d'urgence, le juge constitutionnel a été en mesure de maintenir un haut niveau d'emprise juridictionnelle sur le régime législatif de l'état d'urgence sanitaire et sur les autres régimes transitoires de la crise sanitaire. Ce volontarisme du Conseil constitutionnel à assurer l'effectivité de son contrôle en donner une portée utile à son office est à lui seul symbolisé par son revirement de jurisprudence très remarqué du 28 mai 2020. Après une décision de 2016 le laissant présager²⁷³⁶, il décide d'interpréter de manière très constructive la notion de « disposition législative » pour étendre le champ matériel des actes pouvant faire l'objet d'une QPC aux ordonnances non ratifiées, mais dont le délai d'habilitation législative est échu²⁷³⁷. C'est là une corde de plus à l'arc du juge constitutionnel pour assurer un contrôle effectif de la constitutionnalité des régimes dérogatoires.

b – Des inégalités substantielles dans le contrôle de la mobilisation de l'état d'urgence

690. La question du contrôle des actes relatifs à la mobilisation des états d'urgence français est particulièrement dense, tant par la pluralité des juges impliqués que par les nuances dans leurs effectivités respectives. Alors que le rang législatif de l'acte de prorogation attribue l'exclusivité de son contrôle au juge constitutionnel, la nature réglementaire des actes de

²⁷³³ Il prononcera ainsi deux réserves d'interprétation dans sa décision du 5 août 2021 (Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 54, 95 et 106) et jusqu'à trois dans celle du 21 janvier 2022 (Cons. const., déc. n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, cons. 20 et 46) ; Sur la technique de la réserve d'interprétation comme outil au service du réalisme du juge constitutionnel français, V. **RIBES D.**, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », art. cit.

²⁷³⁴ V. not. Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire* ; Cons. const., déc. n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*.

²⁷³⁵ V. **CARTIER E.**, « Introduction générale. La construction ambitieuse d'une justiciabilité constitutionnelle », in **CARTIER E.**, (dir.), *Les justiciables de la QPC...*, *op. cit.*, p. 17-31.

²⁷³⁶ Il s'est ainsi estimé compétent pour contrôler l'article 11, 1^o, malgré l'absence de ratification explicite de l'ordonnance de 1960 par le législateur (Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*, cons. 6.)

²⁷³⁷ Cons. const., déc. n° 2020-843 QPC, 28 mai 2020, *Force 5*, cons. 11 ; V. à ce sujet **DEROSIER J.-PH.**, **CARTIER E.**, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020) », art. cit., p. 108-110.

déclaration et de cessation de l'état d'urgence réserve la possibilité de les contrôler au seul juge administratif.

691. La loi de prorogation, seul acte relatif à la mobilisation des états d'urgence sécuritaires et sanitaires ayant valeur législative dans le droit contemporain²⁷³⁸, échappe au contrôle *stricto sensu* du juge administratif²⁷³⁹. Il s'exprime toutefois sur la régularité juridique du projet de loi de prorogation au titre non contraignant de sa fonction de conseiller du gouvernement²⁷⁴⁰, dans des avis d'autant plus déterminants qu'ils sont maintenant systématiquement rendus publics. La valeur législative de la prorogation la rend, en revanche, susceptible de faire l'objet du contrôle du juge constitutionnel.

691.1. La question de la portée réelle du contrôle de constitutionnalité de la loi de prorogation de l'état d'urgence est très longtemps restée pendante, si bien que quelques années en arrière, la doctrine le regrettait toujours activement²⁷⁴¹. En 1985, le Conseil constitutionnel s'est en effet refusé à contrôler le choix de proroger l'état d'urgence, au motif qu'en l'espèce, la loi de prorogation avait simplement mis en application – et non pas modifié – les dispositions relatives à la déclaration de l'état d'urgence²⁷⁴². Lors des applications ultérieures de l'état d'urgence sécuritaire, l'insistance des appels à ne pas saisir le Conseil constitutionnel²⁷⁴³ empêcha, *de facto*, toute réponse.

691.2. Alors même que son contrôle de constitutionnalité des mesures prévues par le régime des états d'urgence gagne rapidement en effectivité²⁷⁴⁴, le Conseil retient, lorsqu'il a pour les premières fois l'occasion de se prononcer sur sa portée, une conception minimaliste du contrôle de la prorogation. Il n'est d'abord qu'incident. La lettre de l'article 61-1 interdit en

²⁷³⁸ Avant l'ordonnance de 1960, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire relevait de la loi. Elle était donc, théoriquement, susceptible d'être soumise au proto-contrôle du comité constitutionnel de la IV^e République et, à partir de 1958, au contrôle *a priori* du jeune Conseil constitutionnel.

²⁷³⁹ Il n'appartient pas au Conseil d'État d'apprécier la conformité de la loi prorogeant l'état d'urgence à la Constitution (CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec., cons. 13 ; CE, (ord.), 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec., cons. 6).

²⁷⁴⁰ Il estime par exemple, au sujet d'une prorogation de l'état d'urgence sécuritaire, qu'elle « opère une conciliation non déséquilibrée entre la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis, d'une part, et la protection de l'ordre et de la sécurité publics, d'autre part » (CE, (avis), Ass., 28 avril 2016, *Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, n° 391519, cons. 8) ou plus récemment, à propos d'une prorogation de l'état d'urgence sanitaire outre-mer, qu'elle est « justifiée en l'état des données disponibles » (CE, (avis), Commission permanente, 30 août 2021, *Avis sur un projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire dans les outre-mer*, n° 403827, cons. 9).

²⁷⁴¹ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 13.

²⁷⁴² Cons. const., déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 10.

²⁷⁴³ Cf. *supra*, n° 657.

²⁷⁴⁴ Cf. *supra*, n° 689 et s.

effet au Conseil constitutionnel d'être saisi des dispositions de la loi qui décident, en tant que tel, d'en proroger la mise en œuvre²⁷⁴⁵. Aussi, saisi par QPC des seules dispositions prévoyant les mesures auxquelles les autorités habilitées pourront recourir sous l'empire de l'état d'urgence sécuritaire, il ne fait qu'affirmer, sans trop de conviction et au détour d'un considérant, que la durée de prorogation « ne saurait être excessive »²⁷⁴⁶. Lorsque par la suite, il doit statuer *a priori* sur la constitutionnalité de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, il fait valoir, plus fondamentalement, qu'il ne lui appartient ni de remettre en cause l'appréciation opérée par le législateur, ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'espèce, « manifestement inadéquate »²⁷⁴⁷.

691.3. La décision du 13 novembre 2020 marque une évolution notable de la portée de son contrôle. Refusant de s'abriter tout entier derrière la volonté politique du Parlement, il choisit de contrôler la réunion des conditions de fond de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, en appréciant, au regard des données scientifiques disponibles, si le législateur pouvait légitimement considérer que, pour la durée de celle-ci, la France allait être confrontée à une catastrophe naturelle mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population²⁷⁴⁸. Si le progrès est notable, il est des raisons sérieuses d'en relativiser la portée, tant au regard de ses limites intrinsèques – il s'agit toujours d'un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation du législateur – et, surtout, de la possibilité de transposer ce raisonnement à d'autres catégories de périls, moins objectivables²⁷⁴⁹.

692. Depuis le transfert du pouvoir de déclaration de la loi au décret²⁷⁵⁰, le juge constitutionnel est dans l'incapacité de se prononcer sur la déclaration de l'état d'urgence²⁷⁵¹.

²⁷⁴⁵ L'article 61-1 de la Constitution de 1958 exigeant l'applicabilité de la disposition législative au litige et une atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis, seules les mesures d'application de l'état d'urgence sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle QPC.

²⁷⁴⁶ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 13.

²⁷⁴⁷ Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 29 ; Cons. const., déc. n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, cons. 14.

²⁷⁴⁸ Cons. const., déc. n° 2020-808 DC, 13 novembre 2020, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*, cons. 6.

²⁷⁴⁹ Pour une réflexion éclairée sur la portée de cette décision, V. **DISANT M.**, « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », art. cit.

²⁷⁵⁰ Ord. n° 60-372, 15 avril 1960, modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence.

²⁷⁵¹ Ce décret peut amener le Conseil constitutionnel à se prononcer sur le régime législatif de l'état d'urgence, par le truchement d'une mesure prise en application de ce décret et d'une saisie QPC, mais il ne peut pas, à cette occasion, contrôler la décision réglementaire de recourir à l'état d'urgence.

En revanche, la Haute juridiction administrative, qui aurait tout aussi bien pu décliner cet office au regard des fondements nébuleux de son rôle contentieux²⁷⁵² et de sa propre théorie des « actes de gouvernement »²⁷⁵³, a courageusement choisi de confirmer explicitement sa compétence pour contrôler, sous les modalités ordinaires du recours en excès de pouvoir, les décrets de déclaration²⁷⁵⁴ et d'application²⁷⁵⁵ de l'état d'urgence.

692.1. Il convient cependant de relativiser fortement la portée réelle de ce contrôle. Sur la forme, le Conseil d'État a choisi d'enfermer le contrôle de l'acte de déclaration – et non celui de l'acte d'application²⁷⁵⁶ – dans un délai « ridiculement court »²⁷⁵⁷, celui entre la déclaration et le vote de la loi de prorogation (soit au maximum 12 jours), ce qui limite drastiquement son intérêt pratique²⁷⁵⁸. Sur le fond, s'il est bien compétent pour se livrer à l'appréciation des conditions de fait et de fond de la déclaration²⁷⁵⁹, la portée effective de son contrôle se limite au seul « doute sérieux » sur la légalité de l'acte²⁷⁶⁰. Prudent face au caractère hautement politique de la déclaration de l'état d'urgence²⁷⁶¹, il justifie la modestie de son contrôle en reconnaissant, d'une part, un « pouvoir d'appréciation étendu » au président de la

²⁷⁵² Si le juge administratif exerce un contrôle de longue date sur les actes réglementaires, cette compétence n'a rien d'évident. Les fondements du rôle contentieux des juridictions administratives, qui ne sont pas explicitement consacrés dans le texte de 1958, ne feront une timide apparition que lors des révisions de 2003 et de 2008 (V. **STIRN B.**, « Constitution et droit administratif », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012). Il faut plutôt chercher l'origine du rôle contentieux du Conseil d'État dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel (Cons. const., déc. n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*).

²⁷⁵³ Selon la théorie des « actes de gouvernement » (CE, 19 février 1875, *Prince Napoléon*), le Conseil d'État décline sa compétence pour le contrôle des actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le pouvoir législatif. Il a, en ce sens, refusé de contrôler la décision de recourir aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16 (CE, 2 mars 1962, *Rubin de Servens*).

²⁷⁵⁴ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec. ; CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec. ; V. **SAINT-BONNET F.**, « L'état d'exception et la qualification juridique », art. cit., p. 33-34 ; **ROUSSEAU D.**, « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit. ; **BEAUD O.**, **GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 113-116.

²⁷⁵⁵ CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217, Rec. ; CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec.

²⁷⁵⁶ La loi de prorogation ne se substituant pas aux dispositions des décrets d'application, elle ne le prive pas d'objet (CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217, Rec. ; CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec.).

²⁷⁵⁷ **BEAUD O.**, **GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, op. cit., p. 116.

²⁷⁵⁸ Le Conseil d'État opère en effet un parallèle officieux entre l'acte de déclaration de l'état d'urgence et le recours aux ordonnances de l'article 38. La loi de prorogation ayant pour effet de « ratifier » le décret de déclaration (CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec.), elle interdit, lorsqu'elle intervient, toute discussion contentieuse de l'acte de déclaration de l'état d'urgence (V. CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217, Rec. ; CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287275, Rec. ; CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec. ; CE, 10^e/9^e sous-sect., 19 juin 2006, n° 286836, Inédit au Recueil).

²⁷⁵⁹ V. par ex. CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec., cons. 11.

²⁷⁶⁰ V. par ex. CE (ord.), 29 octobre 2020, n° 445367, cons. 13.

²⁷⁶¹ V. **BARANGER D.**, « Quel "état de droit"... », art. cit., p. 360.

République, qu'il tient pour le successeur du Parlement dans l'exercice de cette compétence²⁷⁶², et, d'autre part, en soulignant de manière peu nuancée que la déclaration de l'état d'urgence sanitaire est, par elle-même, « sans effet sur les droits et libertés »²⁷⁶³.

692.2. En plus d'éviter à tout prix l'affrontement direct avec l'exécutif de crise sur le choix de déclarer l'état d'urgence en limitant la portée de son contrôle, il va pour l'état d'urgence sécuritaire jusqu'à proposer, lorsque la déclaration souffre de lacunes juridiques évidentes²⁷⁶⁴, une lecture constructive des conditions de fond de ce régime qui le rend compatible avec la volonté gouvernementale²⁷⁶⁵. Loin d'adopter une posture aussi courageuse que pour le contrôle de l'article 16 lors de l'arrêt *Canal*²⁷⁶⁶, la Haute juridictions administrative se fait alors, dans une logique qui n'est pas sans rappeler celle du Conseil d'État de la période napoléonienne²⁷⁶⁷, complice du choix de déclarer l'état d'urgence²⁷⁶⁸. Il reste en retrait sur le sort des décisions névralgiques de l'état d'urgence, sauf lorsqu'il s'affaire à en légitimer juridiquement et politiquement le sens.

693. Le juge administratif se déclare également compétent pour contrôler le décret de cessation de l'état d'urgence, après avoir estimé que ni le silence de l'article 3 de la loi sur l'état d'urgence sécuritaire sur les modalités d'application de cette compétence²⁷⁶⁹, ni le large pouvoir d'appréciation qu'il reconnaît – ici aussi – au président de la République²⁷⁷⁰ ne faisaient obstacle à son contrôle. Si la doctrine salue cette compétence du Conseil d'État, comme la seule à même d'avoir un effet dissuasif sur l'exécutif de crise²⁷⁷¹, la limitation du champ de ce

²⁷⁶² CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec., cons. 11.

²⁷⁶³ CE (ord.), 29 octobre 2020, n° 445367, cons. 16 ; Cf. *supra*, n° 577.

²⁷⁶⁴ **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 110 et s.

²⁷⁶⁵ Dans l'ordonnance *Rolin*, il valide la possibilité pour l'exécutif de mobiliser l'état d'urgence face à des situations de fait nouvelles, en redéfinissant les hypothèses factuelles de l'état d'urgence sous des termes encore plus ouverts et en refusant de répondre au moyen tiré de la pratique suivie consistant à mettre en œuvre l'état d'urgence uniquement face aux guerres civiles ou aux tentatives de coup d'État. (V. CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec. ; **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 112 ; **COSSALTER, PH.**, « Légalité de crise et état d'urgence », art. cit.) ; V. **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Aspects théoriques : Ce que l'état d'urgence... », art. cit., p. 14).

²⁷⁶⁶ CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n° 58502, Rec.

²⁷⁶⁷ Malgré une remarquable continuité, il y eut en réalité « plusieurs » Conseils d'État dans l'histoire institutionnelle française. Le Conseil d'État de la période napoléonienne, par opposition au Conseil d'État « assemblée juridique » et au Conseil d'État « représentatif », est un auxiliaire du pouvoir, dénué, conformément au principe de justice retenue, de pouvoirs propres.

²⁷⁶⁸ V. not. CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec. ; CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec., ; CE, (ord.), 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec.

²⁷⁶⁹ CE, (ord.), 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec., cons. 14.

²⁷⁷⁰ CE, (ord.), 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec., cons. 7 ; CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec., cons. 15.

²⁷⁷¹ V. **ROUSSEAU D.**, « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit.

contrôle à celui de l'illégalité manifeste²⁷⁷², le refus de contrôler la décision de ne pas mettre fin à l'état d'urgence si l'état d'urgence est déjà éteint²⁷⁷³ ou l'exigence d'une décision – expresse ou tacite – de refus de mettre fin à l'état d'urgence pour pouvoir se prononcer²⁷⁷⁴ en amoindrissent directement la portée.

694. En Espagne, le contrôle des actes de déclaration, de prorogation – et selon toute vraisemblance, de cessation²⁷⁷⁵ – des régimes d'exception de l'article 116 est attribué au seul Tribunal constitutionnel, qui leur reconnaît une valeur législative sur le plan matériel. En 2016, dans une décision très attendue²⁷⁷⁶, ce dernier donne raison à la majorité de la doctrine en retenant une approche matérielle et non formelle de la valeur juridique des décrets-royaux de déclaration et de prorogation de l'état d'alerte²⁷⁷⁷. Singuliers sur le plan juridique²⁷⁷⁸, en ce qu'ils sont l'expression d'une compétence constitutionnelle attribuée exclusivement au gouvernement par l'article 116.2 CE, ayant une valeur comparable, par leur contenu et par leurs effets, aux lois ou aux normes qui leur sont assimilées²⁷⁷⁹, les décrets-royaux de l'état d'alerte – et vraisemblablement, de l'état d'exception²⁷⁸⁰ – ne peuvent être soumis qu'au seul contrôle de constitutionnalité. Le Tribunal suprême prend naturellement acte, en 2020²⁷⁸¹, de cette clarification jurisprudentielle attendue, qui ne fait que confirmer le sens de sa propre jurisprudence consistant à refuser tout recours d'*amparo* dirigés contre les décrets-royaux de déclaration et de prorogation ou contre l'accord de prorogation du Congrès des députés²⁷⁸².

²⁷⁷² CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec., cons. 15 ; CE, (ord.), 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec., cons. 8.

²⁷⁷³ CE, 3 avril 2006, 288252, cons. 3.

²⁷⁷⁴ CE, (ord.), 20 décembre 2005, 288253, cons. 3.

²⁷⁷⁵ La cessation s'opérant également par un décret-royal (cf. *supra*, n° 542), le même raisonnement trouve, en toute logique, à s'appliquer.

²⁷⁷⁶ STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016.

²⁷⁷⁷ **GARRIDO LÓPEZ C.**, « Naturaleza jurídica y control jurisdiccional... », art. cit., p. 43.

²⁷⁷⁸ *Id.*, p. 50-57.

²⁷⁷⁹ STC 83/2016, de 28 de abril, BOE, Núm. 131 de 31 de mayo de 2016, FJ 11. V. **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 486-487 ; **JOVED D.**, « L'état d'alerte : la centralisation... », art. cit.

²⁷⁸⁰ Dans l'attente d'une jurisprudence spécifique, il est raisonnable d'affirmer que, par analogie avec l'état d'alerte, le contrôle des actes de la mobilisation de l'état d'exception est dévolu au Tribunal constitutionnel.

²⁷⁸¹ ATS 2478/2020, de 4 de mayo de 2020, FJ 4 et 5.

²⁷⁸² ATC 7/2012, de 13 de enero de 2012, BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012, FJ 4. Le mécanisme de l'*amparo*, pensé comme un recours constitutionnel individuel contre une décision administrative ou judiciaire, n'est pas adapté au contrôle de ces actes à valeur législative (V. **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 486-487 ; **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Reflexiones críticas sobre la evolución contemporánea del Estado de Derecho en España », art. cit., p. 129 ; **LAFUENTE BALLE J. M.**, « El decreto de alarma : rango jerárquico y control de constitucionalidad (un cambio de criterio) », *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, p. 343-374, p. 352).

695. Le choix jurisprudentiel du Tribunal constitutionnel est *a priori* rassurant. Alors que les nombreux recours effectués par les contrôleurs aériens à l'encontre de la première déclaration de l'état d'alerte et de sa prorogation n'avaient pu aboutir du fait de la déclaration catégorique d'incompétence du Tribunal suprême²⁷⁸³, malgré des arguments qui méritaient d'être considérés²⁷⁸⁴, le Tribunal constitutionnel reconnaît enfin explicitement la possibilité de soumettre ces actes cruciaux au contrôle ; de surcroît, à celui du juge constitutionnel lui-même. Toutefois, lorsque, dans la même décision, le Tribunal constitutionnel est amené à se prononcer sur la critique de l'absence de réunion des conditions factuelles de la déclaration²⁷⁸⁵, il choisit de ne pas s'opposer au choix gouvernemental²⁷⁸⁶. Il donnait en fait raison à la part conséquente de la doctrine qui redoutait que la mainmise du juge constitutionnel sur le contrôle de ces actes se traduise, en pratique, par une irresponsabilité de fait de l'exécutif²⁷⁸⁷.

696. C'était sans compter sur un volontarisme sans précédent du Tribunal constitutionnel pour assurer la protection des droits et libertés fondamentaux face à l'exécutif de crise. Répondant au recours en inconstitutionnalité formé par le groupe parlementaire Vox²⁷⁸⁸, il reconnaît, par l'incroyable décision du 14 juillet 2021²⁷⁸⁹, l'inconstitutionnalité partielle du décret-royal déclarant l'état d'alerte pour faire face à la crise sanitaire. Si cette décision ne censure pas, *stricto sensu*, la déclaration – elle se contente de prononcer l'inconstitutionnalité de certaines des mesures qu'elle prévoit²⁷⁹⁰ –, son raisonnement reconnaît la non-conformité de l'acte de déclaration contrôlé à la « distinction constitutionnelle » entre les deux états d'urgence de l'article 116²⁷⁹¹. En choisissant de porter une conception gradualiste de l'article 116²⁷⁹², le

²⁷⁸³ ATS 857/2011, de 10 de febrero ; ATS 2985/2011, de 9 de marzo ; ATS 3816/2011, de 5 de abril ; ATS 5696/2011 y 5698/2011, de 30 de mayo ; ATS 6821/2011, de 8 de junio ; ATS 6197/2012, de 1 de junio.

²⁷⁸⁴ À travers sept recours infructueux, les contrôleurs aériens estiment que la déclaration n'était pas justifiée par les prévisions de l'article 4 LO, que la militarisation des contrôleurs était abusive, et que la prorogation n'était pas justifiée (**GARRIDO LÓPEZ C.**, « Naturaleza jurídica y control jurisdiccional... », art. cit., p. 47).

²⁷⁸⁵ V. *parex.* RIDAO I MARTÍN J., LLAMAZARES TRIGO G., Sesión plenaria núm. 203, Solicitud de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado mediante el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, 16 de diciembre de 2010.

²⁷⁸⁶ STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016.

²⁷⁸⁷ V. à ce sujet **TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración... », art. cit., p. 486-487.

²⁷⁸⁸ Ce recours est dirigé contre décrets-royaux de déclaration (RD 463/2020), de modification (RD 465/2020) et de prorogation de l'état d'alerte (RD 476/2020 ; RD 487/2020 ; RD 492/2020).

²⁷⁸⁹ STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, BOE, Núm. 182 de 31 de julio de 2021, pág. 93561 a 93655.

²⁷⁹⁰ Art. 7, al. 1, 2 et 3, Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

²⁷⁹¹ Déclarer l'état d'alerte afin de prendre des mesures qui, de fait, suspendent des droits et libertés constitutionnellement garantis, tout en échappant au mécanisme de l'autorisation préalable du Parlement de l'état d'exception, revient à violer la distinction constitutionnelle entre les différents régimes de l'article 116 (STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, BOE, Núm. 182 de 31 de julio de 2021, pág. 93561 a 93655, FJ 11).

²⁷⁹² Cette décision apporte une réponse au débat sur l'articulation fonctionnelle de l'article 116 (cf. *supra*, n° 295.2). Alors que la conception pluraliste mènerait à valider le choix de l'état d'alerte à l'aune du caractère

Tribunal constitutionnel lâche une véritable « bombe », aux conséquences politiques majeures²⁷⁹³. Si l'opportunité politique et juridique de cette décision peut être discutée, comme en témoigne le vif dissensus au sein même du Tribunal constitutionnel²⁷⁹⁴, il est en revanche certain que le volontarisme nouveau dont elle témoigne fait peser une contrainte systémique nouvelle sur les interprètes de l'application. Par sa décision du 27 octobre 2021, il bouleverse une seconde fois la compréhension juridique de la mobilisation de l'état d'alerte, en censurant la prorogation exceptionnelle de six mois de l'état d'alerte au nom du « devoir constitutionnel » du Congrès des députés d'assumer un contrôle politique des choix de l'exécutif à la hauteur des atteintes aux droits et libertés fondamentaux de l'état d'alerte²⁷⁹⁵.

§2– Un contrôle dorénavant effectif des mesures d'application

697. La possibilité pour les contrepouvoirs juridictionnels d'opposer une friction effective aux mesures de l'état d'urgence dépend directement de sa prévision par le droit positif. Alors que l'évincement français du juge judiciaire demeure un véritable problème, le partage vertical de cette compétence entre le juge de droit commun et le juge constitutionnel en Espagne en sécurise le contrôle (a). De manière transversale, il faut constater une évolution jurisprudentielle – et quelques innovations textuelles – redéfinissant la place du juge lors des crises et assurant progressivement sa capacité à assurer un contrôle équilibré des mesures d'exception (b).

sanitaire de la crise (art. 4, LOAES), et qu'une conception mixte, qui reviendrait à interpréter littéralement l'article 116, donnerait raison aux commentateurs qui voient une impossibilité juridique à combattre la crise sanitaire par l'un des régimes d'exception de l'article 116 (V. GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS A., NAVARRO MEJÍA I., « La actuación de las cortes generales... », art. cit., p. 278 et s.), la conception gradualiste consacrée par le Tribunal constitutionnel, qui fait dépendre le choix du régime d'exception du caractère suspensif ou non des mesures à adopter, invalide le choix gouvernemental.

²⁷⁹³ V. par ex. ALCARAZ H., « Le Tribunal constitutionnel espagnol censure l'état d'alarme : Vice juridique ou erreur politique ? », *Le Club des Juristes*, 2021, en ligne.

²⁷⁹⁴ Cette décision, plusieurs fois repoussée, a été adoptée à seulement 6 voix contre 5. La virulence et la richesse des opinions dissidentes exprimées par les membres minoritaires atteignent l'autorité de la décision, ce qui relance le débat sur leur expression.

²⁷⁹⁵ En l'espèce, le Tribunal constitutionnel déduit du fait que la prorogation pour six mois prononcée par le décret-royal n'est pas appuyée par des motifs discernables que le Congrès des députés n'a pas assumé l'intervention décisionnelle que l'article 116.2 de la Constitution lui impose en s'appropriant cette durée (STC 183/2021, de 27 de octobre de 2021, BOE núm. 282, de 25 de novembre de 2021, FJ 8).

a – L'organisation asymétrique du contrôle des mesures d'application

698. En France, la problématique de la prévision du contrôle des mesures de l'état d'urgence s'est cristallisée autour de la répartition très inégale de cette compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire, jusqu'à en constituer le « nœud gordien »²⁷⁹⁶.

698.1. Dans l'esprit des constituants de la V^e République, le juge judiciaire est le premier protecteur des droits et libertés²⁷⁹⁷ et le garant de la protection du droit et la population civile des dérives dictatoriales et arbitraires²⁷⁹⁸. L'article 66 de la Constitution, qui en fait explicitement le gardien de la liberté individuelle, paraît l'ériger en juge naturel des mesures de l'état d'urgence. Pourtant, les germes de sa marginalisation dans le contentieux de l'état d'urgence sont déjà présents. La formule lapidaire et prudente retenue au terme du débat constituant, qui fait du juge judiciaire une « autorité » plutôt qu'un « pouvoir », un gardien des « libertés individuelles » plutôt que des « libertés essentielles », ne satisfait pas à la quatrième injonction de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958²⁷⁹⁹. Elle permet, à condition que le législateur le décide²⁸⁰⁰ et que le juge administratif fasse preuve d'audace²⁸⁰¹, de conférer à ce dernier la mainmise sur le contrôle des mesures de l'état d'urgence.

698.2. « L'évitement »²⁸⁰² – sinon « l'évincement »²⁸⁰³ – du juge judiciaire l'a détrôné de la place qui devait lui revenir, avant même d'avoir pu l'occuper. Il peine à voir ses

²⁷⁹⁶ V. par ex. TOURRET A., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017.

²⁷⁹⁷ Lorsqu'en 1958, Michel Debré présente l'avant-projet de Constitution, il soutient avec conviction que l'on ne peut emprisonner, perquisitionner, ou assigner à résidence, c'est-à-dire atteindre les libertés, sans l'autorisation du juge judiciaire (Discours prononcé devant le Conseil d'État, 27 août 1958).

²⁷⁹⁸ DEBRÉ M., « Renoncer à l'anarchie pour éviter la dictature », cité par RENOUX T. S., « L'autorité judiciaire », in MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, op. cit., p. 669.

²⁷⁹⁹ La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution impose cinq conditions de fond au constituant. L'une d'elles est que « l'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'Homme à laquelle elle se réfère ». À l'évidence, la rédaction de l'article 66 ne satisfait pas cette injonction, pourtant gage de la sauvegarde dans la future constitution ce qui fait l'essence de la vie démocratique française, comme de la légitimité démocratique de la délégation du pouvoir constituant (V. BURDEAU G., « La restauration du pouvoir d'État dans la Constitution française de 1958 », in BURDEAU G., *Écrits de droit constitutionnel...*, op. cit., p. 284 ; SÉGUR PH., *La Ve République*, op. cit., p. 20 ; HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 422-423).

²⁸⁰⁰ Art. 34, C1958.

²⁸⁰¹ MERCIER M., JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015 : « [Le juge administratif] est devenu le juge des libertés publiques en développant des constructions jurisprudentielles audacieuses lorsqu'il a été amené à statuer sur des mesures prises dans le cadre de circonstances exceptionnelles ».

²⁸⁰² C'est le terme employé par le premier président de la Cour de cassation (V. BARANGER D., « Quel "état de droit"... », art. cit., p. 360).

²⁸⁰³ TROIZIER A., *RFDA*, 2016, p. 123, cité par *ibid.*

prérogatives reconnues dans le contexte de l'état d'urgence²⁸⁰⁴, qu'il s'agisse d'opérer son contrôle contentieux sur des mesures de police qui, parce qu'elle brouille la frontière entre police administrative et police judiciaire²⁸⁰⁵, ont une nature sujette à débat²⁸⁰⁶, ou à être impliqué directement en autorisant les mesures de privation de liberté²⁸⁰⁷. Si, de manière générale, le juge constitutionnel est disposé à sanctionner les empiètements de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire²⁸⁰⁸, il se refuse, dans le cas de l'état d'urgence, à s'opposer à son éviction²⁸⁰⁹. Le juge constitutionnel va même organiser sa propre mise en retrait au profit de la suprématie contentieuse du juge administratif sur l'appréciation de la proportionnalité des atteintes portées aux libertés publiques²⁸¹⁰. Il ne faut pas non plus fonder d'espoir sur le juge européen. La temporalité longue du contrôle externe, incompatible avec l'urgence des situations individuelles²⁸¹¹, comme la marge d'appréciation importante dont dispose l'État français dans la prévision et la mise en œuvre des régimes d'exception font, là

²⁸⁰⁴ V. **BOUCOBZA I.**, « Quel juge pour l'état d'urgence ? », in **HENNETTE VAUCHEZ S.** (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, *op. cit.*, p. 75-103 ; **BAS PH.**, rapporteur, JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015.

²⁸⁰⁵ V. par ex. **LAZERGES C.**, « L'État d'urgence à des conséquences désastreuses sur la cohésion sociale », *Lemonde.fr*, 19 février 2016, en ligne.

²⁸⁰⁶ Les auteurs ne comprennent pas tous de la même manière le critère jurisprudentiel finaliste. Si, pour Paul Cassia, le fait générateur des mesures de l'état d'urgence – par opposition à son régime, qui vise à préserver l'ordre public – rend concevable de considérer les mesures d'application de l'état d'urgence comme relevant de la police judiciaire (*Contre l'état d'urgence*, *op. cit.*, p. 56-57), Christophe Fardet ne doute aucunement de leur caractère administratif, par nature, par finalité et par volonté de cohérence législative (« L'état d'urgence : point de vue du droit administratif », *Civitas Europa*, Université de Lorraine, IRENEE, n° 36, juin 2016, p. 157-162).

²⁸⁰⁷ Dès les premiers temps de l'état d'urgence sécuritaire, Léo Hamon fait avouer à demi-mot au ministre de l'intérieur que c'est bien le préfet qui hérite du pouvoir exceptionnel d'ordonner des perquisitions domiciliaires, et non le juge judiciaire (JO, déb. parl., Conseil de la Rép., p. 1374, cité par **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 59). Il faut cependant noter que dans l'ordonnance *Rolin*, le Conseil d'État insiste sur la nécessité de constituer rapidement les commissions départementales chargées de donner un avis sur les assignations à résidence et les interdictions de séjour et en rappelant que l'instauration de l'état d'urgence ne peut avoir « pour conséquence de soustraire au contrôle de l'autorité judiciaire l'exercice par le ministre de l'intérieur ou le préfet des missions relevant de la police judiciaire » (CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec., cons. 15).

²⁸⁰⁸ V. par ex. Cons. const., décembre 2010-71 QPC du 26 novembre 2010.

²⁸⁰⁹ Il estime ainsi que les assignations à résidence (Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*) ou les perquisitions administratives (Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*) de l'article 11 modifié de la loi du 3 avril 1955 n'entraînent pas de privations de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution.

²⁸¹⁰ V. **BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence...*, *op. cit.*, p. 135-140 ; **SAVONITTO F.**, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité », *RDLF*, chron. n° 15 2016, en ligne ; **ROBLOT-TROIZIER A.**, « Assignations à résidence en état d'urgence (note sous CE 11 décembre 2015, M. C. Domenjoud, n° 395009 et Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, M. Cédric. D., n° 2015-527 QPC) », *RFDA* n° 1, janvier-février 2016, p. 123 et s.

²⁸¹¹ Dans les faits, un contrôle extérieur (notamment par la Cour de Strasbourg) est peu praticable, du fait de l'obligation d'épuiser au préalable les voies de recours internes, ce qui prend bien trop de temps par rapport à l'urgence des situations individuelles (V. **HOUREBIE F.**, « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 108).

aussi, du Conseil d'État le seul juge à même de soumettre au contrôle de conventionnalité les mesures d'application de l'état d'urgence²⁸¹².

698.3. Plébiscité en pratique, le juge administratif a aussi vu sa place confortée par les évolutions positives du régime des états d'urgence. Dès 1955, l'état d'urgence sécuritaire prévoit deux voies de recours administratif à l'encontre des mesures prises dans le cadre de certains pouvoirs de l'état d'urgence²⁸¹³. Alors que plusieurs acteurs juridiques y voient une prévision superfétatoire²⁸¹⁴, le projet de loi du 18 novembre 2015 estime cette prévision insuffisante pour garantir un contrôle effectif des mesures, ce qui rend nécessaire une évolution du texte²⁸¹⁵. C'est chose faite avec le nouvel article 14-1 qui, dans sa mouture définitive, fait, d'une part, explicitement référence au contrôle de droit commun et, d'autre part, présume la condition d'urgence satisfaite pour les référés portant sur les mesures d'assignation à résidence²⁸¹⁶ ; référés qui, dès leur introduction en 2000, avaient déjà rendu obsolètes les deux recours du texte originel²⁸¹⁷. Cette inversion de la charge de la preuve est ensuite reprise par deux décisions du Conseil d'État²⁸¹⁸ et réaffirmée par le Conseil constitutionnel²⁸¹⁹. L'ensemble de ces évolutions profite au nouvel état d'urgence sanitaire, qui prévoit nativement les

²⁸¹² Le juge européen accorde aux États une marge d'appréciation sur tous les domaines relevant de l'ordre public (V. par ex. **ROUSSEAU D.**, « L'état d'urgence, un état vide... », art. cit.), d'autant plus grande que la France émet une réserve lors de la ratification de la Convention, qui assimile les situations constitutionnelles d'exceptions françaises aux « cas de guerre » et de « danger public » prévus à l'article 15 de la Convention (V. par ex. **HOUREBIE F.**, « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 108).

²⁸¹³ Deux recours spécifiques sont ouverts par l'article 7 de la loi du 3 avril 1955 pour les personnes ayant fait l'objet d'une mesure individuelle d'interdiction de séjour (article 5, 3^o) ou d'assignation à résidence (article 6). Ils peuvent soit exercer un recours « gracieux » (**LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 85-86) devant une commission administrative consultative, soit former contre la mesure un recours pour excès de pouvoir d'urgence devant le tribunal administratif compétent. Celui-ci devra statuer dans le mois du recours. En cas d'appel, une décision du Conseil d'État devra intervenir dans les trois mois. Dans l'hypothèse où le juge de première instance ou le juge d'appel n'auraient pas statué dans ces délais, les mesures concernées cesseront de recevoir application.

²⁸¹⁴ V. par ex. **SCHUMAN R.**, JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955 ; Rap. Sénat n° 84, 16 novembre 2005.

²⁸¹⁵ Exposé des motifs du projet de loi du 18 novembre 2015, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

²⁸¹⁶ L. n° 2015-1501, 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, modifiée par L. n° 2016-162, 19 février 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

²⁸¹⁷ V. **COSSALTER PH.**, « Le contrôle par le juge des référés... », art. cit. ; Ces recours avaient néanmoins le mérite de concerner indifféremment des actes pris sur le fondement du décret de déclaration ou du décret d'application (**LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux... », art. cit., p. 85-86).

²⁸¹⁸ CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. A...B...*, n° 394989, Inédit au Rec., cons. 10 ; CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. H...X...*, n° 395009, Rec., cons. 20.

²⁸¹⁹ Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*

possibilités de recours et de référés devant le juge administratif²⁸²⁰ et, pour certaines mesures individuelles, devant le juge des libertés et de la détention²⁸²¹.

699. Le système espagnol connaît, lui aussi, une organisation asymétrique du contrôle des mesures de l'état d'urgence. Celle-ci n'est cependant pas comparable au quasi-monopole du juge administratif en France. D'une part, la répartition du contrôle n'est pas horizontale, entre deux ordres de juridiction, mais verticale, entre le juge constitutionnel et le juge judiciaire. D'autre part, même si le juge constitutionnel est prédominant, aucun de ces deux juges n'est évincé. Le Tribunal constitutionnel reconnaît depuis 2016²⁸²², position qu'il confirme d'ailleurs en novembre 2021²⁸²³, force ou valeur de loi aux décrets-royaux de déclaration et de prorogation, ainsi qu'aux résolutions du Congrès des députés les autorisant. Ces actes sont donc soumis à son seul contrôle de constitutionnalité. En revanche, les actes juridiques réglementaires accompagnant la déclaration ou la prorogation, ou étant pris durant la mise en œuvre de l'un des états d'urgence de l'article 116, sont susceptibles de faire l'objet du contrôle de légalité du juge judiciaire²⁸²⁴, comme d'un recours d'*amparo* devant le juge constitutionnel.

700. Ce partage vertical entre le juge constitutionnel et le juge judiciaire ne fait pas obstacle à la réalisation des prévisions très protectrices du droit positif. Le régime commun à l'ensemble des législations d'exception de l'article 116, auquel s'ajoutent quelques spécificités propres à chaque dispositif, crée les conditions d'un haut niveau d'emprise juridictionnel sur les mesures d'application de ces dispositifs, qui montrent sans ambiguïté la volonté du Constituant et du législateur organique de ne pas déresponsabiliser le gouvernement lors de l'application d'états d'urgence. La continuité du contrôle sous les états d'urgence est assurée, d'une part, par le maintien des principes ordinaires de la responsabilité du gouvernement et de

²⁸²⁰ Certaines des mesures de l'état d'urgence sanitaire peuvent faire l'objet des référés d'urgence prévus aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative (art. L. 3131-18, CSP).

²⁸²¹ La loi du 11 mai 2020 soustrait du champ du contrôle du juge administratif les mesures individuelles de mise en quarantaine, de placement ou de maintien en isolement prises par le représentant de l'État dans le département. Celles-ci relèvent, conformément aux prévisions de l'article L. 3131-17, II, de la compétence du juge des libertés et de la détention (art. 7, L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions).

²⁸²² STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016.

²⁸²³ STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021.

²⁸²⁴ À noter que certains auteurs, minoritaires, tiraient comme conséquence de la décision du 28 avril 2016 que le contrôle des actes pris dans le cadre de l'application de l'état d'alerte relevait, lui aussi, du seul contrôle du juge constitutionnel et non de celui du juge de droit commun (V. VELASCO CABALLERO F., « Estado de alarma y distribución territorial del poder », *El Cronista*, n° 86-87, 2020, p. 87, cité par JOUVE D., « L'état d'alerte : la centralisation... », art. cit. ; SFEZ A., « Espagne : le confinement inconstitutionnel ? », *JP Blog, Juspoliticum*, 8 juillet 2020, en ligne). Cette thèse a cependant été explicitement réfutée par le Tribunal suprême (ATS 2478/2020, de 4 de mayo de 2020, FJ 4 y 5).

ses agents²⁸²⁵, doublé du fonctionnement normal des pouvoirs constitutionnels de l'État durant la mise en œuvre de ces régimes d'exception²⁸²⁶ et, d'autre part, par un droit à indemnisation pour ceux qui subissent les effets des mesures des régimes d'exception sans que cela leur soit imputable²⁸²⁷, créant par-là les conditions d'une action en responsabilité effective contre les pouvoirs publics sous l'état d'urgence²⁸²⁸.

b – Le renouveau contemporain du contrôle des mesures d'application

701. Dans le droit français contemporain, l'étendue du contrôle de légalité de droit commun opéré par le juge administratif sur les mesures de l'état d'urgence dépend de la casquette qu'il revêt²⁸²⁹. En tant que juge du fond, il est compétent, depuis 2015, pour se livrer à un contrôle normal de la mesure, consistant à déterminer si elle est justifiée au regard de son adaptation à la situation de fait, de sa nécessité et de sa proportionnalité aux finalités poursuivies²⁸³⁰, le cas échéant, selon les interprétations et exigences particulières formulées par le Conseil constitutionnel²⁸³¹. Lorsqu'il l'estime nécessaire, il n'hésite alors pas à développer un contrôle très approfondi de la proportionnalité des mesures prises²⁸³². La situation est plus complexe lorsqu'il statue, et c'est le cas le plus représenté dans le contentieux administratif de l'état d'urgence, en tant que juge des référés. Si ce contrôle outrepassé par plusieurs aspects sa prévision positive, jusqu'à s'apparenter, par sa portée effective, à celui du contentieux de l'annulation, il se heurte à plusieurs limites procédurales et jurisprudentielles qui en limitent l'efficacité.

²⁸²⁵ Art. 116.6, C1978.

²⁸²⁶ Art. 1, LOAES.

²⁸²⁷ Art. 3, LOAES.

²⁸²⁸ V. **DOMENECH PASCUAL G.**, « Responsabilidad patrimonial del estado por la gestión de la crisis del COVID-19 », *El Cronista*, n° 86-87, 2020, p. 103, cité par **JOUVE D.**, « L'état d'alerte : la centralisation... », art. cit.

²⁸²⁹ Pour une présentation des formes de contrôles assurées par le Conseil d'État, V. par ex. **DOMINGO L., RIBES D.**, « Le contrôle par le Conseil d'État aujourd'hui », in **FATIN-ROUGE STEFANINI M., SEVERINO C.**, *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Dice éditions, Confluence des droits, 2017, 504 p., p. 51-58.

²⁸³⁰ Si dans un premier temps, il limitait son contrôle de l'appréciation des mesures de l'état d'urgence à l'erreur manifeste d'appréciation (CE, 1^{ère}/4^e sous-sect., 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, n° 68151, Rec.), il exerce dorénavant un contrôle normal de l'appréciation de l'autorité administrative habilitée à prendre de telles mesures (CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. B...A...*, n° 394990, Rec.). Le Conseil constitutionnel n'a de cesse, depuis, de le confirmer (V. not. Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 12 ; Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan*, cons. 18 ; Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*, cons. 30).

²⁸³¹ V. CE, (avis), Ass., 6 juillet 2016, n° 398234, 399135, Rec., cons. 5.

²⁸³² V. not. CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec.

701.1. Il faut faire état du hiatus²⁸³³ existant entre la lettre des référés d'urgence – référé-liberté et référé-suspension – qui implique un contrôle restreint, c'est-à-dire une « atteinte grave et manifestement illégale » à une liberté fondamentale²⁸³⁴ ou un « doute sérieux » quant à la légalité d'une décision²⁸³⁵ et leur pratique, qui s'apparente parfois à un véritable contrôle d'opportunité²⁸³⁶. Le Conseil d'État affirme en effet, dès le début de la crise sanitaire, que si le contexte épidémique peut amener les autorités compétentes à prendre des dispositions de toute nature et, à travers elles, limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, elles doivent, en tout état de cause, être « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent »²⁸³⁷. Pour assurer l'effectivité de son contrôle, le juge des référés n'hésite alors par exemple pas, pour une série d'ordonnances de référé en date du 11 décembre 2015²⁸³⁸, à s'octroyer une certaine liberté dans la lecture des prévisions du droit positif en matière d'assignations à résidence²⁸³⁹, à prendre en considération les notes blanches de l'administration²⁸⁴⁰ et à prononcer des mesures conservatoires dans l'attente d'une décision du Conseil constitutionnel²⁸⁴¹. En mars 2021, après s'être livré à un contrôle approfondi de l'atteinte portée au droit à un recours juridictionnel effectif en appréciant de manière détaillée et concrète la possibilité pour les justiciables de consulter un avocat pendant le couvre-feu, il suspend « en tant que » la disposition correspondante²⁸⁴². De manière encore plus audacieuse, pendant le premier confinement, il envisage en profondeur les conséquences qu'aurait eu un confinement total de la population en

²⁸³³ COSSALTER PH., « Le contrôle par le juge des référés... », art. cit.

²⁸³⁴ Le juge des référés peut « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale » (art. L. 521-2, CJA) ; V. par ex. CE, (ord.), 22 janvier 2016, n° 396116, Rec. Tables., cons. 7 ; CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. H...X...*, n° 395009, Rec., cons. 27.

²⁸³⁵ Le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative « lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision » (art. L. 521-1, CJA).

²⁸³⁶ Le Conseil d'État se livre, par exemple, à une appréciation étendue des éléments de faits relatifs à la COP 21 pour déterminer si le lien de nécessité qui les unit aux mesures prises est suffisant pour justifier des mesures d'assignation à résidence (CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. A...B...*, n° 394989, Inédit au Recueil, cons. 14 et s.).

²⁸³⁷ CE (ord.), 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674, cons. 3.

²⁸³⁸ Pour un commentaire éclairant de ces ordonnances, V. COSSALTER PH., « Le contrôle par le juge des référés... », art. cit.

²⁸³⁹ CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. A...B...*, n° 394989, Inédit au Recueil, cons. 16.

²⁸⁴⁰ CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. A...B...*, n° 394989, Inédit au Recueil, cons. 19.

²⁸⁴¹ CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. H...X...*, n° 395009, Rec., cons. 10.

²⁸⁴² CE (ord.), 3 mars 2021, *Ordre des avocats du barreau de Montpellier*, n° 449764, cons. 9.

mars 2020 pour statuer sur le moyen tiré de l'existence d'une carence grave et manifestement illégale du Premier ministre²⁸⁴³.

701.2. Il serait toutefois exagéré d'attribuer aux référés sur les mesures de l'état d'urgence une portée analogue aux recours en excès de pouvoir. Premièrement, le juge administratif prend acte de la prévision positive des référés administratifs d'urgence²⁸⁴⁴ – ainsi que de la jurisprudence particulièrement stricte du Conseil constitutionnel en la matière²⁸⁴⁵ – et se refuse à prononcer une quelconque annulation à travers ce mécanisme²⁸⁴⁶. Deuxièmement, la portée effective du contrôle opéré par le juge des référés se heurte, comme pour le contentieux de l'annulation, à la valeur législative des lois et principes sur lesquels se fondent les mesures administratives de l'état d'urgence, dont il ne lui appartient pas d'apprécier la constitutionnalité²⁸⁴⁷. Enfin, troisièmement, le juge des référés est dans l'incapacité de contrôler la conventionnalité de la mesure litigieuse en l'absence d'une décision juridictionnelle rendue soit par le juge saisi au principal, soit par le juge compétent à titre préjudiciel²⁸⁴⁸. Il est cependant légitime de douter du fait qu'il s'y adonnerait dans le cas contraire. En effet, s'il est compétent, dans le cadre du contentieux de l'annulation, à contrôler la conventionnalité de la loi prévoyant les mesures de l'état d'urgence, sa jurisprudence témoigne du peu d'enthousiasme qu'il montre à l'idée de donner pleine effectivité au droit européen des droits de l'homme et en particulier, à l'article 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière de droit d'exception²⁸⁴⁹.

702. Malgré les obstacles inhérents au mécanisme des référés, la sous-exploitation par le juge administratif de certains outils dont il dispose et, plus généralement, la prudence dont il

²⁸⁴³ Le Conseil d'État relève que le ravitaillement au domicile de l'ensemble de la population ferait risquer de graves ruptures d'approvisionnement – et donc, atteindrait lui-même la protection de la vie – et que les transports en commun doivent continuer pour assurer l'activité des soignants. Il enjoint cependant au Premier ministre et au ministre de la santé, avec une grande nuance, de préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé, de réexaminer le maintien de la dérogation pour « déplacements brefs à proximité du domicile » et d'évaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts (CE (ord.), 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674, cons. 8).

²⁸⁴⁴ Art. L. 521-1, CJA.

²⁸⁴⁵ Le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle la possibilité pour le juge des référés du Conseil d'État de prolonger une assignation à résidence au-delà de la durée de 12 mois, ce qui revient à prendre une décision définitive (Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani*, cons. 9 à 12).

²⁸⁴⁶ CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec., cons. 4.

²⁸⁴⁷ CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec., cons. 16.

²⁸⁴⁸ CE, (ord.), 20 décembre 2005, n° 288253, Rec., cons. 6.

²⁸⁴⁹ Le Conseil d'État refuse que soient invoquées utilement devant lui les dispositions de la Convention européenne (HOURQUEBIE F., « Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 108). En 2006, il écarte « les critiques portant sur l'éventuelle inconstitutionnalité » du régime de l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955, en reconnaissant sa parfaite conformité aux exigences de l'article 15 de la Convention (V. CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec., cons. 11 ; BARANGER D., « Quel "état de droit"... », art. cit., p. 356).

témoigne parfois, force est de reconnaître à son contrôle des mesures de l'état d'urgence une certaine effectivité statistique. Pendant la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, le ratio de décisions contrôlées est modeste²⁸⁵⁰. Pour autant, le taux de censure est en effet relativement important : près de 40 % des mesures coercitives prises sous son empire sur l'année 2016, puis contestées devant une juridiction administrative ont été suspendues²⁸⁵¹. Entre le 17 mars 2020 et le 17 mars 2021, le juge des référés du Conseil d'État, saisi de 647 recours uniques, a suspendu les mesures de l'administration dans 51 affaires, auxquelles s'ajoutent les instances, bien plus nombreuses, dans lesquelles les mesures contestées ont été modifiées spontanément par les autorités compétentes²⁸⁵².

703. Finalement, comme en témoigne la réception plus mouvementée que jamais du contrôle administratif des mesures de l'état d'urgence par les acteurs juridiques de l'application²⁸⁵³, le juge administratif est peu à peu parvenu à faire de son office en temps de crise une contrainte systémique effective. Loin de la soumission à l'exécutif du juge administratif du début du siècle qui, à travers les arrêts *Delmotte*²⁸⁵⁴, *Heyriès*²⁸⁵⁵, et *Dames Dol et Laurent*²⁸⁵⁶, pratiquait allégrement l'interprétation extensive ou l'invocation des circonstances exceptionnelles pour valider les mesures de l'état de siège²⁸⁵⁷, le juge administratif fait aujourd'hui obstacle, conformément à son rôle, à la discrétionnarité des décideurs de crise.

²⁸⁵⁰ Sur 10 000 mesures prises entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017, 10% ont fait l'objet d'un contrôle juridictionnel, tout mode de contrôle confondu. Le ratio était bien plus bas au début de l'état d'urgence sécuritaire, ce contrôle ayant mis du temps à se mettre en place (V. HENNETTE VAUCHEZ S., « La fabrique législative de l'état d'urgence... », art. cit., p. 59). Ainsi, début février 2016, une seule mesure de perquisition administrative aurait été contestée devant le juge administratif, parmi les 3284 ordonnances (LAZERGES CH., « L'État d'urgence à des conséquences désastreuses... », art. cit).

²⁸⁵¹ AFP, « État d'urgence : l'inquiétant constat du Conseil d'État », *LePoint.fr*, 20 juin 2017, en ligne.

²⁸⁵² CE, « Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des libertés », 21 avril 2021, en ligne.

²⁸⁵³ Le contrôle du juge administratif est omniprésent dans les discours sur le droit des autorités d'application de l'état d'urgence. Il y prend des formes variées, en étant appréhendé avec un certain mépris vis-à-vis de l'obstacle à la volonté de l'exécutif qu'il représente (LARRIVÉ GU., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016), à travers une valorisation – parfois exagérée – de la rigueur du contrôle qu'il opère (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016 ; Exposé des motifs, Projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, 22 juin 2017), comme un instrument de légitimation des mesures prises (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016) ou comme une force dissuasive impliquant de s'assurer de la légalité des mesures prises (CAZENEUVE B., JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016).

²⁸⁵⁴ CE, 6 août 1915, *Delmotte*, n° 54583, Rec.

²⁸⁵⁵ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412, Rec.

²⁸⁵⁶ CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n° 61593, Rec.

²⁸⁵⁷ Ces arrêts démontrent, pour les deux premiers, que peut être fermé un débit de boisson au motif que la finalité d'un tel commerce est d'être un lieu de réunion, et pour le dernier, que l'on peut, si une interprétation extensive n'est pas possible, invoquer les circonstances exceptionnelles elles-mêmes.

704. Pour être conformes à la Constitution et à la loi organique, les actes de déclaration et de prorogation des régimes d'exception de l'article 116 ne peuvent adopter que les moyens « strictement indispensables » au rétablissement de la situation. De même, les mesures d'application doivent être « proportionnées aux circonstances » qui les commandent²⁸⁵⁸. Après s'être prononcé, dès 1981, sur les conditions générales d'une suspension acceptable des droits et libertés dans un état démocratique²⁸⁵⁹, le Tribunal Constitutionnel a progressivement précisé les critères devant être satisfaits par les moyens adoptés, tout en affinant progressivement les contours de son propre contrôle de constitutionnalité.

705. Le contrôle opéré par le Tribunal constitutionnel sur les suspensions et les limitations des droits et libertés garantis par la Constitution consiste, fondamentalement, à s'assurer qu'ils revêtent un caractère « raisonnable »²⁸⁶⁰. L'appréciation de ce caractère implique un contrôle en deux étapes, consistant, d'une part, à apprécier la poursuite par l'acte contrôlé d'une finalité constitutionnelle légitime et, d'autre part, à déterminer si l'acte répond à cet objectif constitutionnel de manière proportionnée²⁸⁶¹. S'il affirme que son rôle n'est pas de se substituer à la décision politique prise par le gouvernement ou par le Congrès des députés, ou encore de formuler des hypothèses sur la viabilité d'autres possibilités d'action²⁸⁶², mais seulement de défendre l'ordre constitutionnel face aux transgressions manifestes des autorités publiques²⁸⁶³, force est de constater qu'il adopte une conception riche et aboutie du contrôle de proportionnalité, fondée sur l'appréciation de trois critères indétachables de l'opportunité juridique, sinon politique de la décision²⁸⁶⁴.

706. Prometteur sur le papier, le contrôle des pouvoirs concédés par les décrets-royaux de déclaration et de prorogation s'est heurté – si l'on excepte bien sûr le « proto-contrôle » du Gouvernement sur ses propres choix²⁸⁶⁵ – à la question de la juridiction compétente, puis à une

²⁸⁵⁸ Art. 116, C1978 ; Art. 1.2, LOAES.

²⁸⁵⁹ STC 25/1981, de 14 de julio de 1981, BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981 ; V. **ALZAGA VILLAAMIL Ó.** (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 587.

²⁸⁶⁰ STC 89/2019, de 2 de julio de 2019, BOE. Núm. 192, de 12 de agosto de 2019, FJ 11 b).

²⁸⁶¹ STC 60/2010, de 7 de octubre de 2010, BOE. Núm. 262, de 29 de octubre de 2010, FJ 9 a) ; STC 99/2019, de 18 de julio de 2019, BOE. Núm. 192, de 12 de agosto de 2019, FJ 6 ; V. à ce sujet **GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS A., NAVARRO MEJÍA I.**, « La actuación de las cortes generales... », art. cit., p. 258.

²⁸⁶² STC 167/2016, de 6 de octubre de 2016, BOE. Núm. 276, de 15 de noviembre de 2016, FJ 5.

²⁸⁶³ STC 89/2019, de 2 de julio de 2019, BOE. Núm. 192, de 12 de agosto de 2019, FJ 11 b).

²⁸⁶⁴ Le contrôle concret opéré par le Tribunal constitutionnel consiste à apprécier l'adéquation du moyen choisi à l'objectif poursuivi, la nécessité du moyen pour atteindre cet objectif (notamment au regard du principe d'*ultima ratio*) et la capacité du moyen à atteindre cet objectif avec des avantages et des bénéfices pour l'intérêt général qui prévalent sur les éventuels préjudices qu'il entraîne pour d'autres objectifs constitutionnels défendus (STC 64/2019, de 9 de mayo de 2019, BOE. Núm. 138, de 10 de junio de 2019, FJ 5).

²⁸⁶⁵ Cf. *supra*, n° 657.

autolimitation problématique du juge constitutionnel. Les contrôleurs aériens, soumis à la juridiction militaire malgré la lettre très claire des textes constitutionnels et organiques²⁸⁶⁶, se retrouvent sans moyen d'action du fait de la déclaration d'incompétence du Tribunal suprême²⁸⁶⁷. Si les moyens adoptés par le gouvernement à travers les actes de déclaration et de prorogation trouvent enfin leur juge en 2016, lorsqu'à la suite du recours d'*amparo* des contrôleurs aériens, le Tribunal constitutionnel reconnaît sa compétence, il paraît en même temps fuir sa responsabilité. Selon l'interprétation outrageusement constructive qu'il porte, l'interdiction inscrite dans le régime de l'état d'alerte d'entraîner la suspension de tout droit ou liberté que la Constitution garantit n'implique pas que les moyens adoptés sous son empire ne puissent supposer des limitations ou des restrictions à l'exercice de ces droits et libertés. Coup de grâce, ces limitations seraient, en l'espèce, proportionnées²⁸⁶⁸. En 2020, il adopte un raisonnement similaire pour les atteintes aux droits de réunion et de manifestation dans le contexte pandémique²⁸⁶⁹.

707. Ce n'est qu'avec la décision du 14 juillet 2021²⁸⁷⁰ que son contrôle de proportionnalité montre enfin une véritable effectivité. Le Tribunal constitutionnel déclare inconstitutionnels plusieurs alinéas de l'article 7 du décret-royal de déclaration du 14 mars 2020²⁸⁷¹. Les restrictions particulièrement intenses à la liberté de circulation²⁸⁷² et au droit de réunion et de manifestation²⁸⁷³ qu'ils prévoient reviennent à « suspendre » les droits concernés, en violation du texte constitutionnel²⁸⁷⁴. Ces alinéas doivent, de ce fait, être déclarés non conformes à la Constitution. Le Tribunal constitutionnel montre ainsi, à une courte majorité de ses membres²⁸⁷⁵, sa volonté collégiale de ne pas s'abriter derrière sa propre jurisprudence pour esquiver l'exercice concret de son contrôle des pouvoirs conférés par les actes de déclaration et de prorogation de l'état d'alerte. Sa décision du 27 octobre 2021, qui affirmait déjà avec force

²⁸⁶⁶ V. Art. 117.5, C1978 ; Art. 35, LOAES.

²⁸⁶⁷ Cf. *supra*, n° 695.

²⁸⁶⁸ STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016, FJ 8.

²⁸⁶⁹ À cette occasion, le Tribunal constitutionnel relève que le texte constitutionnel prévoit lui-même des restrictions à l'exercice des droits qu'il consacre, si celui-ci fait courir le risque d'une altération de l'ordre public, avec un danger pour les personnes et les biens (art. 21.2, C1978). En l'espèce, il estime raisonnable la conciliation opérée (ATC 40/2020, de 30 de abril de 2020, Inadmite a trámite el recurso de amparo 2056-2020) ; **GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS A., NAVARRO MEJÍA I.**, « La actuación de las cortes generales... », art. cit., p. 278 et s..

²⁸⁷⁰ STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, BOE, Núm. 182 de 31 de julio de 2021, pág. 93561 a 93655.

²⁸⁷¹ Apartados 1, 3 y 5 del Art. 7, Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo.

²⁸⁷² Art. 19, C1978.

²⁸⁷³ Art. 21, C1978.

²⁸⁷⁴ Art. 55.1, C1978.

²⁸⁷⁵ Pour une présentation détaillée des motifs de ces votes dissidents, V. **LAFUENTE BALLE J. M.**, « El decreto de alarma... », art. cit., p. 348-353.

le rôle central du Congrès des députés dans le contrôle de la mobilisation de l'état d'alerte²⁸⁷⁶, étend cette logique à la répartition des compétences entre le Gouvernement et les autorités locales déléguées, en censurant la désignation trop générique de ces dernières par le décret-royal du 25 octobre 2020²⁸⁷⁷.

708. Le contrôle des mesures réglementaires et individuelles prises en application de l'état d'alerte, qu'assurent au plus haut niveau juridictionnel les tribunaux supérieurs judiciaires des communautés autonomes et le Tribunal suprême, se caractérise par sa nuance et son équilibre. Le juge rappelle que, de jurisprudence constante, il ne saurait prononcer des mesures provisoires que dans les cas d'urgence impérieuse²⁸⁷⁸. Du fait de cette lecture pour le moins intransigeante de la condition d'urgence, il rejette les premiers recours dirigés contre une mesure limitant le nombre de personnes pouvant assister à des funérailles²⁸⁷⁹. Il décide cependant, dans l'*auto* du 18 février 2021, qui n'est pas sans rappeler l'ordonnance rendue par le Conseil d'État français le 29 novembre 2020²⁸⁸⁰, par accueillir un recours dirigé contre une mesure réglementaire limitant à 25 le nombres de personnes pouvant assister simultanément aux célébrations religieuses²⁸⁸¹. De même, lorsqu'il est saisi de mesures d'application du « passeport covid »²⁸⁸², il applique un test de proportionnalité méticuleux²⁸⁸³, l'amenant à apprécier, entre autres, les circonstances de l'espèce, le fait que la mesure soit appliquée de manière discriminée sur le territoire et les justifications données par l'administration, notamment quant à l'impossibilité de mettre en œuvre une mesure moins attentatoire à la liberté d'aller et venir. Si, dans ce contentieux nourri, le Tribunal suprême rejette les conclusions des requérants²⁸⁸⁴ plus souvent qu'il ne les accueille²⁸⁸⁵, il ne faut pas y voir, en l'espèce, la marque d'un contrôle trop superficiel.

²⁸⁷⁶ Cf. *supra*, n° 696.

²⁸⁷⁷ Cf. *supra*, n° 571.

²⁸⁷⁸ Cela impose au demandeur la charge de démontrer non seulement un préjudice irréparable à un bien ou un intérêt particulièrement précieux, mais aussi l'imminence de ce préjudice (ATS 886/2021, de 4 de febrero de 2021).

²⁸⁷⁹ V. not. ATS 2629/2020, de 27 de mayo de 2020 ; ATS 886/2021, de 4 de febrero de 2021. Il précise, à cette dernière occasion, que le simple devoir des catholiques d'assister aux offices religieux ne saurait suffire à caractériser la condition d'urgence au vu de la gravité de la crise sanitaire traversée par l'Espagne.

²⁸⁸⁰ CE (ord.), Ord., 29 novembre 2020, n° 446930, 446941, 446968, 446975.

²⁸⁸¹ ATS 1822/2021, de 18 de febrero de 2021.

²⁸⁸² Pour une analyse détaillée des jugements rendus sur le « passeport covid », V. **ÁLVAREZ GARCÍA V.**, « La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte covid en un país carente de una legislación antipandemias », *Diaro del derecho*, edición de 10 de enero de 2022, 2022, en ligne.

²⁸⁸³ Une mesure réglementaire relative à la santé doit d'une part, avoir une base légale permettant d'atteindre les droits et libertés fondamentaux et d'autre part, être nécessaire, adaptée et proportionnée (V. not. STS 719/2021, de 24 de mayo de 2021 ; STS 788/2021, de 3 de junio de 2021).

²⁸⁸⁴ V. par ex. STS 1112/2021, de 14 de septiembre de 2021.

²⁸⁸⁵ V. par ex. STS 1103/2021, de 18 de agosto de 2021.

Conclusion du chapitre. Le processus d'interprétation authentique implique de composer avec un réseau de contraintes de différentes natures, qui agissent comme autant de coûts et de déterminants sur le choix opéré. Si celles-ci ne sauraient être percées à jour par la seule étude des motivations que l'interprète choisit, souvent à des fins de légitimation plus que par exercice de transparence, d'exposer au grand jour dans les motifs de la décision ou à l'occasion d'autres discours, la présente tentative d'en retracer la complexe articulation n'est en rien vaine : elle permet de s'approcher au plus près des déterminants réels de l'interprétation authentique des états d'urgence, qui, tels qu'ils apparaissent à l'analyse, procèdent des relations systémiques entre les acteurs juridiques plus que des énoncés et de leurs éventuelles insuffisances. Ce constat, qui n'a de prime abord rien d'évident tant, comme l'a justement observé la doctrine, le Parlement peine à s'imposer face à l'exécutif de crise, se voit en fait renforcé par les tendances jurisprudentielles les plus récentes qui caractérisent la pratique des états d'urgence. Animés d'un volontarisme nouveau qu'ont permis un regain progressif de légitimité et des moyens juridiques d'agir renouvelés, les juges constitutionnels et administratifs incarnent aujourd'hui les contraintes les plus déterminantes pesant sur l'interprétation d'application des états d'urgence.

CHAPITRE II – POUR UNE THÉORIE DE L'INTERPRÉTATION JURIDIQUE UTILE À LA SCIENCE DU DROIT

« On fait la science avec des faits comme une maison avec des pierres ; mais une accumulation de faits n'est pas plus une science qu'un tas de pierres n'est une maison ».

POINCARÉ H., *La Science et l'Hypothèse*, 1902, chap. IX.

709. La valeur scientifique d'une assertion doctrinale sur l'acceptabilité de l'état d'urgence dans un État de droit, sur la discrétionnarité de l'exécutif ou sur l'effectivité des contrepouvoirs ne peut, pour être appréciée, être pleinement détachée d'un questionnement sur la solidité de ses fondements théoriques. Plus fondamentalement encore, les réponses données par le chercheur aux grandes questions de la théorie du droit, notamment lorsqu'elles portent sur la théorie de l'interprétation, conditionnent en partie le sens et la portée de ses observations empiriques. Constatant les apories auxquelles mènent les routes tracées par certains modèles dominants, la présente étude se propose d'y apporter des correctifs pour réconcilier les dimensions de volonté et de connaissance de l'interprétation authentique²⁸⁸⁶. Cette approche amène à repenser en profondeur l'articulation logique de cette opération. Elle s'autorise, pour cela, à bousculer le schéma traditionnel du raisonnement syllogistique et à redéfinir les éléments matériels sur lesquels il est réputé s'appuyer (**SECTION I**). Cette modélisation constitue un terreau fertile pour le développement de nouveaux outils destinés à enrichir les missions descriptives et explicatives de la science du droit. Le dernier temps de cette étude est ainsi consacré à la discussion constructive et critique de deux des principaux outils que permet d'exploiter la théorie de l'interprétation suggérée : le cadre interprétatif et l'analyse des contraintes juridiques. Mobilisés de manière isolée ou synergique, à titre accessoire ou à titre principal, ils ouvrent des perspectives motivantes, à condition toutefois de parvenir à engager la communauté des chercheurs dans un processus de réflexion, d'amélioration et de consolidation scientifique de leur emploi (**SECTION II**).

²⁸⁸⁶ Sur la nécessité de réconcilier les deux dimensions intrinsèques de l'interprétation, V. not. FONBAUSTIER L., « Plaidoyer pour une quête d'essence », art. cit., p. 22.

SECTION I – UNE COMPRÉHENSION RENOUVELÉE DE L'INTERPRÉTATION DES ÉTATS D'URGENCE

710. Pour dépasser les apories auxquelles mènent les thèses réalistes et cognitivistes, il convient de revenir au fondement de chacune des positions, d'en confronter les présupposés et d'en analyser les conséquences pratiques. Il est alors possible de partir en quête d'alternatives et de proposer une reconfiguration du cadre théorique global de compréhension de l'interprétation juridique qui, réconciliant les deux pôles de l'interprétation, permet de penser l'entremêlement entre les apports du texte interprété et ceux de la discrétionnarité de l'interprète dans le produit de l'interprétation (A). Une fois ce cadre général posé, une modélisation précise de l'opération d'interprétation authentique révèle que l'interprète mobilise successivement deux syllogismes, qui font appel à des logiques interprétatives différentes. Si le syllogisme explicite s'appuie principalement sur les doctrines classiques de l'interprétation, le syllogisme intime qui le précède et qui l'influence, sans qu'il en soit pour autant une fidèle retranscription, répond lui une logique téléologique-pragmatique, indispensable pour comprendre la pratique interprétative des états d'urgence (B).

A – S'AFFRANCHIR DE LA POLARISATION DU DÉBAT SUR LA NATURE DE L'INTERPRÉTATION

711. Si les thèses cognitivistes et sceptiques s'opposent frontalement, elles ont en commun une certaine radicalité les amenant à élever l'une des dimensions de l'interprétation au rang de réalité univoque. Ce carcan théorique entraîne des conséquences directes et négatives sur la possibilité de décrire et de comprendre la pratique interprétative des états d'urgence (§1). Les théories mixtes et modérées de l'interprétation avancent d'un pas, mais ne s'affranchissent pas suffisamment des dogmes dominants pour s'extraire de leurs écueils. Il faut, pour cela, penser pleinement l'interdépendance entre volonté et connaissance dans l'interprétation des états d'urgence (§2).

§1 – Une opposition fratricide entre les pôles passifs et actifs de l'interprétation

712. Appréhender la pratique des états d'urgence au seul prisme de l'une ou de l'autre des dimensions insécables de l'interprétation mène invariablement à des apories théorico-pratiques.

Lorsqu'elle n'incite tout simplement pas à se dessaisir d'un tel objet, une approche cognitive mène à l'élaboration d'explications *ad hoc* à l'intérêt scientifique très réduit (a). Tout aussi problématique, la théorie sceptique, qui ne voit dans les énoncés des états d'urgence que des coquilles vides, par nature incapables de contenir la discrétionnarité des acteurs juridiques, invalide par avance leur connaissance scientifique (b).

a – Les théories cognitivistes comme dénégation conceptuelle de la violence

713. Le verbe latin *interpretari* est dit « déponent » : on lui associe un sens actif, mais il se conjugue comme les verbes passifs : « quelque chose arrive » à l'interprète²⁸⁸⁷. Dans le langage contemporain, le verbe « interpréter » contient toujours cette double dimension active et passive. Il fait référence à un processus dans lequel un interprète agit, mais selon le sens de la chose à interpréter qu'il reçoit de l'extérieur. L'interprétation se situe ainsi dans un interstice entre deux pôles appelés à s'équilibrer : un pôle « passif », plutôt objectif, et un pôle « actif », plutôt subjectif.

714. Or, s'il existe deux pôles, il y a matière à créer une hiérarchie entre eux et, plus drastiquement encore, à choisir de n'insister que sur l'une ou l'autre de ces dimensions. C'est le travers malin dans lequel s'engouffre la thèse de l'interprétation « connaissance » ou « révélation »²⁸⁸⁸. À l'extrémité du pôle de l'interprétation-connaissance, l'interprétation est réduite à un pur acte intellectuel, dénué de toute volonté subjective. Selon cette lecture « cognitive » de l'interprétation, il est toujours possible de lever les éventuelles ambiguïtés de l'énoncé par un acte de connaissance, d'en découvrir le véritable sens, celui qui, objectif, s'impose à la raison²⁸⁸⁹. Ainsi, face à une situation de fait et de droit, il existerait toujours une méthode permettant de trouver la seule décision correcte, sinon véritable²⁸⁹⁰.

715. Si elle est utile pour conférer légitimité au droit et acceptabilité aux décisions prises sur son fondement, cette position ne résiste pas à l'analyse. Son caractère fictionnel est démontré depuis longtemps. Dès le XVI^e siècle, Montaigne soutient que l'interprétation se greffe même sur « la parole la plus nette, pure et parfaite qui puisse estre »²⁸⁹¹. Pour Kelsen,

²⁸⁸⁷ V. *parex.* GRONDIN J., « L'interprétation. Qu'est-ce que l'interprétation ? », *Philopsis*, 2004, en ligne, p. 129.

²⁸⁸⁸ PICARD É., « Contre la théorie réaliste... », art. cit., p. 42-115.

²⁸⁸⁹ BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 314 et s.

²⁸⁹⁰ V. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 338.

²⁸⁹¹ MONTAIGNE, *Essais*, 585, cité par FOGLIAM., « La question de l'interprétation chez Montaigne », *Cahiers philosophiques*, 4/2011 (n° 127), p. 81-96.

qui porta le coup de grâce à cette conception dans le domaine juridique, « il n’y a purement et simplement aucune méthode que l’on puisse dire de droit positif qui permettrait de distinguer, entre plusieurs significations linguistiques d’une norme, une seule, qui serait la vraie signification »²⁸⁹². Si la thèse de l’interprétation-révélation est aujourd’hui très minoritaire, la doctrine juridique en garde les stigmates²⁸⁹³.

716. L’inconsistance de cette théorie de l’interprétation est particulièrement explicite lorsqu’il est envisagé de fonder sur elle une analyse scientifique de la pratique des régimes d’exception. Devant de tels cas limites, une approche strictement cognitiviste – ou relevant d’un normativisme plus radical que celui de Kelsen – a deux options : soit elle refuse l’étude de cet objet, ce qui est presque plus raisonnable, soit elle déforme la réalité observable pour confirmer ses présupposés théoriques.

716.1. Dans le premier cas, qui procède d’une lecture radicale de l’objet de la science du droit ou du modèle du régime d’exception, le cognitiviste renonce à étudier cette réalité juridique. D’une part, il peut considérer le régime d’exception comme un objet extérieur à la science du droit, du fait de sa dimension politique marquée. En tant que « non-droit » dans le droit, il ne relèverait pas du champ de la science du droit. D’autre part, et cet argument n’exclut en rien le premier, il peut considérer que l’opération d’interprétation n’entre pas dans le champ de la science du droit, tenant alors l’entreprise positiviste de description du droit comme nécessairement étrangère à l’étude des causes qui agissent sur la prise de décision²⁸⁹⁴.

716.2. Dans le second cas, celui où le chercheur cognitiviste s’essaierait à un acte de connaissance scientifique de la pratique interprétative des régimes d’exception, il lui est impossible d’en décrire la réalité empirique. N’acceptant de prendre en considération que les décisions en elles-mêmes²⁸⁹⁵ et de manière déconnectée de leurs finalités, y compris juridiques²⁸⁹⁶, il est contraint de surinterpréter les énoncés pour légitimer des interprétations

²⁸⁹² **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 338.

²⁸⁹³ Rares sont les juristes contemporains qui se réclament directement du cognitivisme. Néanmoins, comme un travers naturel de la pensée, cette croyance sous-tend pourtant de nombreuses assertions de la doctrine. Cela mène à des contradictions manifestes. Par exemple, Vicente Álvarez García reconnaît une certaine marge de manœuvre aux autorités publiques, tout en considérant qu’il n’y a, pour un cas déterminé, qu’une seule solution correcte et acceptable du point de vue juridique (*El concepto de necesidad...*, *op. cit.*, p. 312).

²⁸⁹⁴ Cf. *supra*, n° 44 et s.

²⁸⁹⁵ Selon cette approche, seules comptent les décisions prises en tant que telles, qu’il reviendra au juriste d’explicitier, de systématiser, de confronter à l’ensemble du système normatif et éventuellement de critiquer.

²⁸⁹⁶ Pourtant, comme le souligne Ariane Vidal-Naquet, une véritable réflexion sur l’exception implique nécessairement d’interroger les finalités poursuivies (*La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 7).

qu'il n'explique pourtant pas²⁸⁹⁷. En témoignent la mise en échec par les interprétations authentiques des distinctions typologiques proposées par la doctrine espagnole²⁸⁹⁸ et l'inopérance de la plupart des exégèses qu'elle propose²⁸⁹⁹. Il s'agit le plus souvent, au surplus, d'un cognitivisme à visée dogmatique, imprégné de « droit-de-l'hommeisme », selon lequel l'interprétation d'un régime d'exception devrait s'apparenter à un exercice de protection des droits et libertés fondamentaux. En plus d'être indifférent à la réalité des textes, une telle posture est, à en croire Carl Schmitt, contre-productive²⁹⁰⁰.

717. Finalement, une hypertrophie de la dimension normative sur la dimension décisionnelle de l'état d'urgence, aveuglant le chercheur sur le moment intrinsèquement arbitraire qui accompagne toute décision²⁹⁰¹ et l'empêchant de se confronter à la rugosité du réel, est toujours délétère à sa compréhension scientifique. Soit elle l'empêche tout à fait, soit elle implique de déformer les données observées. Il ne faut donc pas déplorer la rareté et la pauvreté de ces analyses, plus à même de légitimer indirectement les abus que d'éclairer la compréhension de ces phénomènes juridiques.

b – Les théories sceptiques comme systématisation induite de la discrétionnarité

718. À l'inverse des thèses cognitivistes, la thèse de l'interprétation « volonté » ou « création »²⁹⁰² érige le pôle actif de l'interprétation – celui de la discrétionnarité et de la liberté – en réponse exclusive à la question de la nature de l'interprétation. Cette doctrine, que

²⁸⁹⁷ Le même constat peut être dressé pour le normativisme (V. ZENATI-CASTAING F., « La signification, en droit, de la motivation », art. cit., p. 27 ; VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M. (dir.), *La norme et ses exceptions*, op. cit., p. 95).

²⁸⁹⁸ La doctrine espagnole distingue systématiquement, au moins depuis Pedro Cruz Villalón (*Estados excepcionales...*, op. cit.), le modèle de « *estado excepcional* » de celui de « *estado de excepción* ». L'état exceptionnel aurait, selon cette classification, un haut degré de prévision textuelle et des garde-fous qui lui confèrent une nature plus acceptable dans un État de droit (cf. *supra*, n° 122 et s.). Or, dès la première mise en œuvre de l'article 116, l'appartenance typologique de l'état d'alerte à cette catégorie s'est avérée pour le moins contestable, ce qui questionne sur la pertinence de cette typologie fondée uniquement sur les promesses des dispositifs (cf. *supra*, n° 436 et s.).

²⁸⁹⁹ Il faut, en particulier, tenir pour rhétoriques plus qu'effectives les assertions doctrinales sur les conditions de fond des régimes d'exception espagnols (V. ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, op. cit., p. 593).

²⁹⁰⁰ Pour Carl Schmitt, « la volonté d'abolir la guerre doit aboutir à son déchaînement : la dénégation conceptuelle de la violence prépare sa radicalisation réelle » (SCHMITT C., cité par GARAPON A., ROSENFELD M., *Démocraties sous stress...*, op. cit., p. 54). En ce sens, nier le caractère politique des décisions de crise et refuser de voir la violence et la discrétionnarité qu'elles portent, c'est leur ouvrir à voie.

²⁹⁰¹ V. HERRERA C.-M., « Décisionnisme », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1074 et s.

²⁹⁰² PICARD É., « Contre la théorie réaliste... », art. cit.

partagent par les tenants du décisionnisme comme du réalisme sceptique²⁹⁰³, tient l'interprétation juridique comme un acte affranchi de tout déterminisme juridique, c'est-à-dire comme un acte de pure volonté.

719. Le « décisionnisme » renvoie à un ensemble de doctrines ayant pour ligne directrice l'idée selon laquelle la décision des acteurs juridique comporte toujours une part prééminente de subjectivité, d'irrationalité et d'illogisme²⁹⁰⁴, qui trouve son paroxysme dans les situations d'exception.

719.1. Pour Carl Schmitt, principal représentant de ce courant polymorphe, l'application d'une norme n'est ainsi pas contenue en elle-même²⁹⁰⁵. Dans une certaine mesure, et sauf à s'inscrire dans le cognitivisme le plus absolu, les juristes accordent un certain crédit à cette assertion. La majorité de la doctrine est encline à admettre que dans la pratique ordinaire du droit, l'activité interprétative des juges ou de l'administration n'est pas réductible à une série d'actes de connaissances désincarnés. Du fait de l'incapacité des énoncés juridiques à donner une seule solution aux énoncés, tout acte juridique comporte une part de volonté : les interprètes, dotés d'une certaine liberté d'interprétation, pratiquent « l'élimination autoritaire d'un doute »²⁹⁰⁶. Pour autant, la théorie décisionniste va bien plus loin, en particulier lorsqu'elle traite de la question des régimes d'exception.

719.2. Thème privilégié du décisionnisme schmittien, la situation d'exception est le parangon de la domination de la volonté sur la rationalité dans l'interprétation. Dans ces cas limites de la décision, la séparation fondamentale entre l'énoncé et son application apparaît clairement²⁹⁰⁷. L'exception ne pouvant, par nature, être subsumée dans le dispositif, aucun acte de connaissance ne permet de savoir si une situation de fait donnée doit être qualifiée de situation de nécessité²⁹⁰⁸. Ainsi, dans la logique décisionniste, la décision de crise exclut toute limite juridique : son auteur détermine librement ce que requiert le salut public²⁹⁰⁹. Loin de vouloir alerter sur ce constat, Schmitt y voit la plus grande force des dispositifs d'exception :

²⁹⁰³ Les liens intimes qui unissent les théories réalistes sceptiques et décisionnistes sont reconnus par la doctrine, qui évoque par exemple un « réalisme décisionniste de type tropérien » (COUSTOMER (LE) J.-C., « Futur et droit constitutionnel », in ROBBE F. (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, op. cit., p. 147-164).

²⁹⁰⁴ HERRERA C.-M., « Décisionnisme », art. cit., p. 1074 et s.

²⁹⁰⁵ SCHMITT C., *Théologie politique I*, op. cit. : « l'exception, c'est ce qu'on ne peut subsumer » ; AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 68-70.

²⁹⁰⁶ HERRERA C.-M., « Décisionnisme », art. cit., p. 1074 et s.

²⁹⁰⁷ AGAMBEN G., *Homo sacer...*, op. cit., p. 68-70.

²⁹⁰⁸ SCHMITT C., *Théologie politique I*, op. cit., p. 23.

²⁹⁰⁹ Cf. *supra*, n° 87.

être de purs actes d'autorité, protégés par le vernis de légitimité conféré par le droit et permettant de trancher entre les différentes conceptions de l'intérêt étatique²⁹¹⁰.

720. Si elles sont dénuées du regard idéologique que pose le décisionnisme schmittien sur cette discrétionnarité, au profit de la rigueur positiviste et de la technicité de l'analyse, les théories réalistes sceptiques en partagent l'essentiel des constats, mais aussi des écueils.

720.1. Dans le réalisme continental de Michel Troper, l'interprète authentique des énoncés du droit dispose d'une liberté juridique absolue. Avant interprétation, il n'y a pas de norme, c'est-à-dire de signification prescriptive qui s'y attache²⁹¹¹. L'énoncé n'est qu'une suite de mots en attente du sens que lui confèrera son interprète authentique²⁹¹². Partant, l'interprète jouit d'une liberté absolue dans le choix de la signification prescriptive qui doit lui être assignée²⁹¹³. Il est en mesure de décider d'un sens allant à l'encontre de la dénotation des termes interprétés²⁹¹⁴. Il en résulte, d'une part, que les décisions sont nécessairement incertaines et imprévisibles²⁹¹⁵ et, d'autre part, que le véritable auteur de la norme est l'interprète de dernier ressort, et non l'autorité normative qui a édicté le texte²⁹¹⁶.

720.2. Les assertions du réalisme sceptique mènent à des impasses théorico-pratiques, qui trouvent écho dans le décisionnisme schmittien. D'une part, le principe de l'indétermination textuelle des énoncés prive la science du droit de son objet. En déniaut à l'énoncé toute signification qui s'imposerait juridiquement à l'interprète, cette théorie rend inutile l'interprétation scientifique des énoncés et, par extension, tout débat scientifique sur la validité et la légitimité des interprétations retenues²⁹¹⁷. Libre, l'interprète pourrait en effet décider qu'il

²⁹¹⁰ Lors des situations de crise, le comportement à adopter est particulièrement susceptible de faire l'objet de désaccords. La multiplicité des définitions de l'intérêt général, la pluralité des acteurs et la crispation qui en résulte menace la production et l'application du droit. Schmitt déduit de ce constat qu'en de telles situations, l'effectivité de l'ordre juridico-politique repose nécessairement sur une puissance capable de trancher entre les diverses conceptions de l'intérêt étatique (V. **GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance...*, op. cit., p. 249-250).

²⁹¹¹ **PICARD É.**, « Contre la théorie réaliste... », art. cit.

²⁹¹² Selon le principe de l'indétermination textuelle que l'on retrouve dans la plupart des théories réalistes, « les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens » avant d'avoir été interprétés par les acteurs du droit (**TROPER M.**, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista Opinião Jurídica*, 2006-2, n° 8, 2006, p. 74).

²⁹¹³ **PICARD É.**, « Contre la théorie réaliste... », art. cit.

²⁹¹⁴ V. **NGUYEN T. H.**, *La notion d'exception...*, op. cit., p. 230 et s.

²⁹¹⁵ Un constat similaire est dressé par le réalisme américain (V. not. **HERRERA C.-M.**, « Décisionnisme », art. cit., p. 1074 et s.).

²⁹¹⁶ **PICARD É.**, « Contre la théorie réaliste... », art. cit.

²⁹¹⁷ Dans la théorie réaliste de l'interprétation, la liberté de l'interprète s'exerce sans possibilité pour un tiers (doctrine, autorité non habilitée) de juger du choix opéré sur les plans de la validité, de la légalité ou de la vérité. En effet, pourquoi effectuer un acte de connaissance sur les dispositifs des états d'urgence, alors que leur sens sera fixé librement par les interprètes authentiques ? Pourquoi discuter les normes interprétées, si leur sens est clair ? (*ibid.*).

n'y a pas d'énoncé, pas de texte et donc, pas de principe juridique à interpréter. L'énoncé devient ainsi parfaitement inutile et l'interprétation retenue n'en est plus une²⁹¹⁸. D'autre part, le déplacement de l'auteur du texte du législateur à l'interprète est injustifié, ou *a minima*, incohérent avec l'assertion précédente. Il prive l'énoncé de toute signification, pour soutenir ensuite que la norme produite sur son fondement n'a pas de raison d'être interprétée. En quoi la signification d'une signification, qui n'est qu'une nouvelle suite de mots, serait-elle claire ?²⁹¹⁹ À les supposer exactes, ces deux assertions font donc cohabiter absence de sens et cognitivisme dans chaque opération d'interprétation²⁹²⁰.

721. Alors qu'elles s'opposent sur le fond, les théories de l'interprétation-connaissance et de l'interprétation-volonté mènent à des apories communes²⁹²¹. En refusant de considérer conjointement les deux pôles de l'interprétation, elles tuent dans l'œuf toute tentative de construire une science du droit utile et connectée à la réalité qu'elle prend pour objet. Analyser l'état d'urgence au prisme de l'une ou de l'autre revient, finalement, à s'interdire de différencier les interprétations légitimes ou illégitimes, prévisibles ou créatrices et, finalement, dangereuses ou non pour la sécurité juridique. Si la vocation première de la science du droit est bien de décrire son objet tout en contribuant à enrichir et à objectiver le débat public, une entreprise de connaissance fondée sur l'une de ces deux théories extrêmes manque pleinement sa mission. Pour être utile à la science du droit et permettre une critique utile des interprétations authentiques, la théorie de l'interprétation juridique doit nécessairement permettre de se référer à un étalon, qui ne peut être autre chose que l'énoncé²⁹²², tout en admettant que le choix de s'y soumettre ou non relève de la volonté de l'interprète.

§2 – Pour un retour à l'insécabilité des deux pôles de l'interprétation

722. Si les théories mixtes de l'interprétation de Kelsen et de Guastini ouvrent la voie à une appréciation scientifique différenciée des interprétations authentiques, elles n'unifient cependant pas la théorie de l'interprétation et souffrent, dans une moindre mesure, des mêmes

²⁹¹⁸ Pour rester une interprétation, une interprétation ne peut dire le contraire du texte interprété (*ibid.*).

²⁹¹⁹ Pour Étienne Picard, il est injustifié sur le plan théorique de reporter la naissance de la norme au moment de son interprétation authentique, car il n'y aurait aucune différence notable entre l'interprétation d'un énoncé par le premier interprète authentique, et par les interprètes suivants (*ibid.*).

²⁹²⁰ *Ibid.*

²⁹²¹ Par voie d'amplification et de systématisations successives, il semblerait que la théorie réaliste soit allée bien au-delà de son propos initial qui fut de remettre en cause la doctrine classique de l'exégèse, qui voyait la loi comme parfaite et limpide. La théorie réaliste, en en prenant le contrepied parfait, souffre des mêmes vices (*ibid.*).

²⁹²² *Ibid.*

travers que les précédentes (a). Ce n'est qu'en théorisant l'entremêlement intime et la concomitance entre la connaissance et la volonté qu'il devient possible de donner à l'étude scientifique des états d'urgence le cadre de son accomplissement scientifique (b).

a – Les théories mixtes comme premier pas vers l'articulation des deux pôles de l'interprétation

723. Les théories « mixtes » de l'interprétation juridique admettent simultanément que le processus interprétatif participe à la construction du sens des prescriptions de l'énoncé juridique, c'est-à-dire que l'énoncé échappe en partie à son auteur et que l'interprétation n'est pas le produit d'une volonté discrétionnaire et sans limites de l'interprète. Elles ne pensent pas l'insécabilité des deux dimensions de l'interprétation, mais leur articulation ou leur conciliation. Elles s'opposent cependant sur la nature exacte et les conséquences théoriques de ces interactions. Il faut, à ce titre, faire état des propositions théoriques de Hans Kelsen, qui ne doit pas trop hâtivement être classé parmi les cognitivistes, ainsi que de celles de Riccardo Guastini, qui propose une lecture renouvelée et enrichie de la théorie du juriste austro-américain.

724. La *Théorie pure du droit* ne consacre que des développements très brefs sur l'interprétation. Pourtant, en dépit du manque d'intérêt de Kelsen pour cette question²⁹²³, la grille de lecture qu'il propose a exercé une influence considérable sur les juristes européens, ce qui implique de la prendre pour point de départ. Si sa lecture « réaliste »²⁹²⁴ – ou plus exactement « mixte »²⁹²⁵ – de l'interprétation n'exclut aucun des deux pôles traditionnels, ils s'y succèdent sans interférence.

724.1. Éloigné de la position cognitiviste, Kelsen considère dans cet ouvrage que l'énoncé ne peut contraindre pleinement la décision de l'autorité d'application : il est déterminé, en ce qu'il constitue un cadre d'interprétations possibles, mais aussi indéterminé, dans la mesure où il ne peut imposer quelle interprétation retenir à l'intérieur de ce cadre²⁹²⁶. Ainsi, l'interprète choisit librement un sens à l'énoncé, mais seulement à l'intérieur du cadre

²⁹²³ V. par ex. **TROPER M.**, « Une théorie réaliste de l'interprétation », art. cit., p. 303.

²⁹²⁴ *Id.*, p. 302 : « C'est à une théorie réaliste de l'interprétation que Kelsen semble s'être rallié à partir de la deuxième édition de *Théorie pure* ».

²⁹²⁵ Hans Kelsen adhéra à une théorie intermédiaire – ou « mixte » – de l'interprétation (**GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 123 et s.).

²⁹²⁶ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 336 : « La norme de degré supérieur ne peut pas lier l'acte qui l'appliquera sous tous les rapports. Il demeure toujours inévitablement une certaine marge, réduite ou considérable, pour le jeu du pouvoir discrétionnaire : la norme de degré supérieur n'a jamais, dans son rapport avec l'acte de création de normes ou d'exécution matérielle qui l'applique, que le caractère d'un cadre à remplir par cet acte ».

interprétatif de l'énoncé²⁹²⁷, lui-même révélé par une interprétation-connaissance préalable²⁹²⁸. Finalement, l'opération d'interprétation au sens strict consiste à restituer le cadre de l'énoncé²⁹²⁹. Les décisions potentielles auxquelles cette opération peut conduire sont d'égale valeur au regard de la loi interprétée, bien qu'une seule devienne, *in fine*, du droit positif en acquérant une valeur contraignante²⁹³⁰.

724.2. Si Kelsen reconnaît bien les parts de détermination et d'indétermination de l'opération d'interprétation, l'articulation qu'il propose de ces deux dimensions ne permet pas à sa théorie d'éviter les critiques inhérentes aux deux postures extrêmes sur l'interprétation. En estimant que l'autorité d'application effectue, tour à tour, une opération de connaissance objective, puis un acte de volonté – libre et discrétionnaire²⁹³¹ – au sein du cadre révélé par la première opération²⁹³², il ne fait qu'adopter, successivement, une posture cognitiviste dans laquelle il est possible de connaître la signification véritable du droit, fut-elle multiple, puis une posture décisionniste, dans laquelle le choix d'une signification parmi celles révélées ne saurait être expliqué par le juriste. Si cette approche cumule les parts de vérités de ces deux postures, elle en cumule aussi les lacunes respectives.

725. Partant de ce constat, Riccardo Guastini se donne pour objectif de remédier aux lacunes de l'intuition kelsénienne sur la nature duale de l'interprétation juridique. Par sa théorie novatrice de l'interprétation juridique, cet auteur, plus proche sur le plan théorique de Kelsen que le suggère la fameuse opposition entre normativisme et réalisme, en résout de nombreuses apories, en mêlant plus finement les dimensions de connaissance et de volonté dans l'interprétation authentique.

725.1. Riccardo Guastini choisit de ne pas répondre frontalement à la question « l'interprétation est-elle un acte de connaissance ou un acte de création ? ». Plutôt en effet que

²⁹²⁷ L'énoncé constitue, pour l'interprète, un « cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'application » (KELSEN H., *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 337-338).

²⁹²⁸ *Id.*, p. 335 : « Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer, il faut nécessairement qu'il interprète ces normes. L'interprétation est donc un processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur ».

²⁹²⁹ L'interprétation est la « détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter ». Aussi, « le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre » (*Id.*, p. 338).

²⁹³⁰ *Ibid.*

²⁹³¹ *Id.*, p. 340 : « La création de l'acte de droit à l'intérieur du cadre de la norme juridique à appliquer est libre, c'est-à-dire placée dans le pouvoir discrétionnaire de l'organe appelé à faire l'acte ».

²⁹³² *Ibid.* : « Dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur du droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance ».

de rester dans le cadre de pensée de la « dichotomie tropérienne »²⁹³³, c'est-à-dire du clivage traditionnel entre acte de connaissance et de volonté (que reprend aussi Kelsen), Guastini répond par la création d'une typologie tripartite. Au sens de Guastini, interpréter un énoncé, c'est parfois faire acte de connaissance, en identifiant les sens concurrents qu'il renferme, parfois faire acte de décision, c'est-à-dire élire une signification parmi celles révélées par l'acte de connaissance tout en écartant les autres²⁹³⁴ et parfois, faire acte de création, c'est-à-dire élire un sens qui n'est pas contenu dans l'énoncé²⁹³⁵. L'âme et la synthèse de la théorie guastinienne de l'interprétation résident dans le concept de « cadre conventionnel d'interprétation ». Directement inspiré du cadre d'interprétation kelsénien, avec lequel il partage d'être un « champ des possibles » inhérent à la lettre d'une disposition, il le dépasse en insistant sur son double caractère « conventionnel », compris à la fois comme subjectivité irréductible d'une telle reconstruction et comme prépondérance donnée à la culture juridique, qui détermine les sens « conventionnellement acceptables » des notions juridiques à un moment donné.

725.2. Cette théorie permet de donner plus de consistance au débat que les positions étudiées précédemment, notamment en ce qu'elle permet de distinguer les décisions juridiques dans lesquelles les interprètes sont restés « raisonnables », c'est-à-dire lorsqu'ils n'ont pas dépassé le champ du pouvoir d'interprétation qui leur revient conventionnellement, de celles dans lesquelles ils ont exercé un pouvoir d'interprétation relevant d'une véritable volonté créatrice²⁹³⁶. Pour autant, force est de constater que cette conception de l'interprétation, bien qu'étant, à bien des égards, plus sophistiquée, plus fructueuse et plus prudente que celle de Kelsen, peut, au fond, faire l'objet de critiques analogues, à commencer par l'accusation d'entretenir le mythe cognitiviste²⁹³⁷.

726. Soit l'une, soit l'autre, soit les deux successivement, soit l'une ou l'autre : aucune des théories de l'interprétation examinée ne propose une véritable interconnexion des deux dimensions de l'interprétation. Si les penseurs de la théorie mixte de l'interprétation, et *a fortiori* Guastini, parviennent à s'affranchir de l'essentiel de la radicalité des théories sceptiques

²⁹³³ V. **GUASTINI R.**, « Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, 2003, n° 37, p. 111-122.

²⁹³⁴ Dans la terminologie de Guastini, l'interprétation-décision n'est pas nécessairement un acte contraignant. Elle peut tout à fait être opérée par la doctrine.

²⁹³⁵ Le texte n'est alors qu'un prétexte, une justification *a posteriori* où l'interprète livre un raisonnement pseudo-logique pour tordre le sens du texte. L'interprétation-crédation ne repose pas, contrairement à l'interprétation-décision, sur une interprétation-connaissance.

²⁹³⁶ V. **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Présentation », in **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 24-25.

²⁹³⁷ V. par ex. **VIALA A.**, « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit.

et cognitivistes, elles restent trop déconnectées de la réalité empirique pour constituer un cadre fructueux d'analyse. Paradoxalement, ce ne sont pas les théoriciens du droit qui ont le mieux pensé les liens unissant la connaissance et la volonté dans l'interprétation.

b – Une théorie réconciliant les pôles actifs et passifs de l'interprétation

727. Plus ou moins consciemment, les praticiens du droit, comme l'immense majorité de la doctrine, souscrivent à l'idée de l'insécabilité des deux pôles de l'interprétation. Dans la pratique concrète du droit, celles des juges et de l'administration, les théories sceptiques et cognitivistes n'ont pas de réalité. Aucun juge ne rend de décision en s'abstenant de lire et d'interpréter aux préalables les prévisions juridiques applicables au cas d'espèce, sous prétexte qu'il est l'interprète de dernier ressort de la loi. De même, aucun gouvernement ne déclare un état d'urgence avec la conviction sincère qu'il ne fait qu'appliquer la loi, indépendamment de toute autre considération. Dans une moindre mesure, les théories mixtes accusent aussi d'un décalage avec le réel : il est peu plausible que chaque décision préfectorale ou que chaque projet de loi soit, dans les faits, précédé d'une interprétation-scientifique des règles de droit supérieures et des différentes significations qu'elles renferment.

728. L'application du droit implique toujours, mais dans des proportions variables, la connaissance de l'énoncé et la volonté d'en guider le sens dans une direction répondant à d'autres considérations. Cette compréhension aussi intuitive que naturelle de l'interprétation juridique s'illustre à travers deux exemples bien connus des juristes et particulièrement consensuels : la théorie de l'acte clair²⁹³⁸ et l'analogie de la partition de musique²⁹³⁹.

728.1. Sous une forme couramment admise, la théorie de l'acte clair part du présupposé qu'il existe, d'une part, des « cas faciles » dans lesquels l'applicabilité ou l'inapplicabilité d'une règle est certaine et, d'autre part, des « cas difficiles » dans lesquels la solution ne découle pas logiquement de la règle de droit²⁹⁴⁰. Une telle assertion est

²⁹³⁸ La théorie de l'acte clair fait l'objet d'une « quasi-unanimité » chez les juristes. Conforme à l'intuition et au vécu juridique, elle est souvent présentée comme « la seule thèse raisonnable » (BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 320).

²⁹³⁹ V. par ex. DELPÉRÉE F., « L'interprétation de la constitution ou la leçon de musique », in MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 246 et s.

²⁹⁴⁰ Dans la théorie mixte de l'interprétation, « le langage normatif est marqué par une relative indétermination – relative car, s'il existe un noyau clair de signification, il demeure toujours une certaine zone d'ombre ». Il faudrait dès lors distinguer entre les cas faciles et les cas difficiles : dans le premier cas, l'interprète se contente d'appliquer les normes sans les interpréter, alors que dans le second, les autorités d'applications du droit disposent d'une marge de pouvoir discrétionnaire (V. BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 315 et s.).

empiriquement fondée. En effet, le système juridique, dans les hypothèses les plus ordinaires, rationalise l'exercice du droit en imposant des éléments objectifs²⁹⁴¹. Il est donc des interprétations qui paraissent « techniquement inévitables », limitant d'autant la place de la volonté de l'interprète. À l'inverse, il est des cas complexes dans lesquels le caractère lacunaire des prévisions du droit²⁹⁴² ou une dimension politique très marquée empêchent de voir dans le droit une solution univoque : l'interprète doit donc recourir à des éléments extérieurs à la règle pour décider. Cette approche a cependant deux problèmes qui lui sont intrinsèquement liés : d'une part, la distinction qu'elle suppose n'est pas vérifiable empiriquement²⁹⁴³ et, d'autre part, sa logique binaire n'admet, par définition, aucun cas intermédiaire. Elle n'est dès lors pas en mesure de rendre compte de la complexité du réel.

728.2. Si elle ne peut être tenue pour une théorie de l'interprétation, l'analogie de la partition de musique dépasse les apories de la théorie de l'acte clair en décloisonnant les deux dimensions de l'interprétation. Remplacer l'interprète juridique par un musicien et le texte juridique interprété par une partition permet deux constats évidents. D'une part, le musicien n'est pas un bien fongible ou un lecteur MIDI : il met sa subjectivité au service de son interprétation musicale. Une même partition n'étant pas nécessairement comprise de la même manière par deux musiciens, elle admet ainsi une variété d'interprétations potentielles. Il en est de même de la signification du texte juridique : elle n'est pas univoque et aucun acte de connaissance ne pourra trancher définitivement sur sa signification s'il ne s'accompagne pas d'un acte de volonté. Mais d'autre part, si cet artiste joue du Bach avec, sous les yeux, une partition de Mozart, il n'est pas pour autant interprète de Mozart. Tout comme la partition, l'énoncé juridique véhicule des significations au moins partiellement objectives : il n'est pas cette « coquille vide » qu'évoquent certaines théories sceptiques.

729. Comprise ainsi, l'interprétation juridique oscille donc en permanence entre ses pôles actifs et passifs, mais sans jamais les atteindre tout à fait. Dans des proportions variables, toute

²⁹⁴¹ Ces éléments objectifs sont par exemple, dans une forme paroxystique, les règles du calcul de l'impôt ou celles de la détermination d'une peine selon l'échelle prévue par la loi (RABAULT H., « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique », *Le Portique*, n° 15/2005, 2005, en ligne).

²⁹⁴² Cette « lacune » du droit peut provenir, schématiquement, d'une indétermination du texte offrant plusieurs possibilités interprétatives concurrentes, d'un conflit entre plusieurs prévisions du droit appelant à une conciliation, ou d'un vide juridique appelant à trouver une solution qui n'existe pas dans les prévisions du droit (*ibid.*).

²⁹⁴³ Qualifier un énoncé de cas facile ou cas difficile, c'est opérer au contraire une qualification « évaluative » qui servira soit à justifier l'application d'une seule norme, soit à recourir à la conciliation de plusieurs normes. Cette distinction ne peut donc être employée comme un « instrument de mesure d'un pouvoir discrétionnaire » (V. BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 323 et s).

interprétation implique une connaissance de ce qui est et une volonté de ce qui doit être. Par une terminologie rafraîchissante et porteuse, Wittgenstein parvient à restituer au plus près cette conception intuitive de l'interprétation, pourtant si difficile à caractériser sur le plan théorique. Pour ce philosophe majeur du langage, le caractère vague du texte peut être réduit, mais ne disparaît jamais tout à fait²⁹⁴⁴. Refusant de percevoir la règle comme un rail guidant le comportement et ne laissant subsister aucun doute, comme de la grimer en objet faisant l'objet d'une interprétation toujours renouvelée et conduisant au doute²⁹⁴⁵, il voit dans la règle de droit un « panneau indicateur », qui admet irrémédiablement une marge d'erreur²⁹⁴⁶, mais qui est « en ordre s'il remplit sa fonction dans les conditions normales »²⁹⁴⁷.

730. L'approche de Wittgenstein permet de dépasser avec élégance la théorie de l'acte clair, comme d'expliquer les cas où la marge interprétative conférée par le texte est décorrélée du degré de liberté pris par l'interprète authentique. D'une part, si la règle de droit s'apparente à un panneau indicateur, alors il n'existe aucun véritable « cas-facile ». Elle admet toujours une marge d'erreur intrinsèque, qui indique l'existence d'une gradation infinie entre les cas qui tendent vers l'un ou vers l'autre des deux pôles. D'autre part, considérer la règle de droit comme un panneau « indicateur » permet de comprendre pourquoi le degré de lacune de la prévision juridique influe, mais ne conditionne pas complètement la liberté effective que prend l'interprète²⁹⁴⁸. En effet, même si les conséquences juridiques et politiques d'un tel comportement l'en dissuadent le plus souvent, il est toujours en mesure d'exercer sa volonté au détriment de la lettre du texte.

731. Cette grille de lecture permet de mieux comprendre les énoncés juridiques des états d'urgence et leur interprétation authentique, en rendant compte du doute consubstantiel à leur prévision juridique et en lui donnant sens. Une expression comme « péril imminent » ne peut en effet être complètement détricotée, jusqu'à pouvoir lui subsumer de manière objective une situation de fait. Si elle admet une certaine indétermination, celle-ci n'est pas pour autant un problème : l'expression considérée est suffisante pour « indiquer » une direction, un état

²⁹⁴⁴ Le flou peut être réduit par l'intervention de définitions, mais pas supprimé totalement, car il dépend moins des techniques d'interprétation ou de la dogmatique que du langage lui-même (V. **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 198).

²⁹⁴⁵ V. **DUMEZ H., SUQUET J.-B.**, « Introduction », in **DUMEZ H., SUQUET J.-B.** (dir.), *Les jeux de la règle : Une approche interdisciplinaire*, L'Harmattan, Logiques de gestion, 2009, 217 p., p. 13-19.

²⁹⁴⁶ Aucune règle ne pourra éliminer une certaine marge d'erreur, un doute ou un malentendu (**WITTGENSTEIN L.**, *Recherches philosophiques*, *op. cit.*, p. 76).

²⁹⁴⁷ *Ibid.*

²⁹⁴⁸ Cf. *infra*, n° 648 et s.

d'esprit, une certaine exigence vis-à-vis de la gravité, de l'exceptionnalité et de l'imminence du fait considéré. Les conditions « normales » d'application d'un état d'urgence étant par nature « anormales » (elles sont exceptionnelles), le régime juridique de l'état d'urgence remplit donc sa fonction dans les conditions normales de son utilisation lorsqu'il permet de faire face à des situations graves et imprévues par la flexibilité qu'il confère.

732. Finalement, la théorie du panneau indicateur donne à voir l'indétermination des énoncés des états d'urgence non plus comme une simple conséquence de l'imprécision du langage, mais comme un élément légitime et nécessaire de leur prévision juridique. À travers ses lacunes, l'énoncé de l'état d'urgence donne l'opportunité à l'interprète authentique d'exercer sa volonté pour permettre au dispositif d'accomplir sa finalité. Interpréter un état d'urgence, ce n'est donc ni en révéler passivement la signification, ni en construire discrétionnairement le sens, ni encore choisir parmi les potentialités du texte. C'est, dans un entremêlement inextricable entre les pôles actifs et passifs de l'interprétation, exprimer pleinement le sens du texte en exerçant un acte de volonté auquel sa finalité elle-même invite.

B – PROPOSER UNE NOUVELLE CONCEPTION DU PROCESSUS INTERPRÉTATIF

733. L'interprétation juridique mobilise en réalité deux syllogismes : l'un déterminant le sens de la décision et l'autre, le justifiant. Ces deux raisonnements, interdépendants, ne sauraient être trop strictement isolés : le produit du syllogisme intime dépend directement des possibilités de justification qu'il offre et le syllogisme explicite, s'il n'est pas la restitution fidèle du raisonnement intime, est conditionné par le sens interprétatif retenu (§1). Ils répondent néanmoins à des logiques fondamentalement différentes. Alors que le syllogisme explicite fait appel aux doctrines classiques de l'interprétation, le choix qui le précède d'une signification interprétative répond, lui, à une approche dynamique, téléologique et pragmatique, conforme à la logique d'efficacité du modèle de l'état d'exception et au besoin de flexibilité exprimé par les interprètes (§2).

§1 – La succession de deux syllogismes interprétatifs

734. Derrière l'apparente perfection logique du syllogisme, se cache un outil puissant de légitimation des décisions prises. Cachant habilement la marge interprétative des acteurs du droit, il est de ces fictions essentielles au bon fonctionnement du système juridique. Si ce constat

est relativement partagé, les approches théoriques tentant de le dépasser apparaissent encore comme trop réductrice (a). Le syllogisme conventionnel et le syllogisme inversé ne sauraient, en effet, être simplement opposés. Mobilisés conjointement par l'interprète, ils sont les briques fondamentales de son raisonnement interprétatif (b).

a – Les limites des théories classiques du syllogisme juridique

735. Dans la conception couramment retenue du syllogisme juridique – celle que véhiculent les interprètes authentiques eux-mêmes dans les exposés des motifs –, appliquer une règle de droit à une situation donnée consiste à rendre compte de la situation de droit (majeure), puis de la situation de fait (mineure), pour conclure logiquement au sujet des conséquences de la règle juridique sur l'espèce. Si aucun juriste ne remet en cause l'importance culturelle du raisonnement syllogistique en droit, il va sans dire que son organisation logique réelle et la véracité de son caractère contraignant pour l'acteur juridique font débat²⁹⁴⁹.

736. Sur le plan logique, le syllogisme est parfait : la conclusion résulte mécaniquement des prémisses. Néanmoins, l'imprécision du langage, la polysémie des mots ou la concurrence des normes impliquent que la « majeure » nécessite une interprétation de l'énoncé et que la « mineure » n'est qu'une appréciation de la situation de fait, nécessairement partielle et subjective. De même, distinguer l'interprétation du droit et la qualification des faits semble très artificiel, tant l'opération de qualification des faits rend leurs frontières poreuses²⁹⁵⁰. Dans la zone grise où se fait la conjonction entre le fait et le droit, ces deux dimensions se précisent en effet l'une l'autre²⁹⁵¹. Paradoxalement, le syllogisme juridique produit donc lui-même « les propriétés qui lui servent d'argument »²⁹⁵².

737. Ce constat a été théorisé par Michel Troper, qui envisage le processus de décision juridictionnelle comme impliquant un double syllogisme, dont le premier vise à élaborer ou élire le principe qui servira de majeure au second, le raisonnement explicite de la décision²⁹⁵³.

²⁹⁴⁹ Pour un exposé plus complet sur la question, V. **BRUNET P.**, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits. Revue française de théorie juridique*, PUF, 2004, p. 197-217, en ligne.

²⁹⁵⁰ **WACHSMANN P.**, « qualification », art. cit., p. 1277 et s.

²⁹⁵¹ *Ibid.*

²⁹⁵² **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, 2011, 294 p., p. 3.

²⁹⁵³ Le raisonnement syllogistique primaire du juge fait intervenir, en tant que majeure, une théorie de l'interprétation ou un principe supraconstitutionnel (préexistant ou créé par le juge) et, en mineur, la disposition devant être interprétée. Le raisonnement syllogistique secondaire – le seul qui apparaît dans la décision – utilise la conclusion de ce syllogisme primaire comme prémisses majeure (**TROPER M.**, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, Le Seuil, 1981, p. 5-15, en ligne ; **TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 168).

Un marqueur éloquent de l'utilisation de ce mode de raisonnement peut être trouvé dans les décisions QPC portant sur l'état d'urgence. En fonction du sens de la décision rendue, le juge constitutionnel modifie subtilement la majeure, rappelant la condition de fond de la déclaration de l'état d'urgence²⁹⁵⁴. Par ce procédé, le Conseil module l'aura de nécessité que la déclaration de l'état d'urgence confère aux mesures prises sous son empire pour renforcer l'aura d'évidence de sa propre décision, masquant, par là même, sa propre liberté de choix.

738. Si le syllogisme juridique continue d'être enseigné malgré son caractère fictionnel, s'il est toujours omniprésent dans les justifications juridiques produites par les acteurs juridiques et, en particulier, dans les décisions de justice, c'est parce qu'il joue un double rôle performatif de contrainte de l'interprète et de légitimation de son action.

738.1. En obligeant l'acteur à trouver un raisonnement liant la situation de fait et la situation de droit, fussent-elles présentées par ce dernier de manière intéressée, le syllogisme constitue une garantie première contre les décisions discrétionnaires. Il est la preuve tangible que l'autorité a pris la décision qui s'imposait au regard d'éléments objectivables et susceptibles, légalement, de fonder sa décision. L'ordre juridique reposant sur la fiction que la loi suit l'intérêt général et non les intérêts individuels, les normes ne sauraient dépendre des circonstances propres à chaque décideur²⁹⁵⁵.

738.2. La contrepartie de cette légitimité que confère le syllogisme, c'est sa capacité puissante à dissimuler la marge de liberté effective de l'interprète, comme les motifs – parfois inavouables – qu'il poursuit. En permettant au décideur de se dire contraint²⁹⁵⁶, le syllogisme facilite grandement l'exercice du pouvoir, *a fortiori* lorsqu'il est de crise²⁹⁵⁷. La prise de

²⁹⁵⁴ Dans les décisions d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel n'affirme plus que l'état d'urgence sécuritaire « ne peut être déclaré qu'en cas de » (Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, cons. 11) mais qu'il « peut être déclaré » dans le cas des deux hypothèses factuelles de l'article 1 (Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*, cons. 8. ; Cons. const., déc. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L.*, cons. 4. ; Cons. const., déc. n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association la cabane juridique / Legal Shelter et autre*, cons. 4). Ce procédé est poussé à son extrême dans la troisième décision *Ligue des droits de l'Homme*, dans laquelle le Conseil ne fera même plus référence aux conditions de fond de la mise en œuvre de l'état d'urgence pour déclarer inconstitutionnelle la conciliation opérée par le législateur (Cons. const., déc. n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'homme*, cons. 4). Et vice-versa : dans la décision *M. Raïme* (Cons. const., déc. n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme*), où il conclut à la conformité de la conciliation effectuée – même si une autre partie du dispositif est déclarée inconstitutionnelle –, le Conseil constitutionnel revient à la formule négative.

²⁹⁵⁵ V. par ex. **CAIRE A.-B.**, « Fictions et présomptions », art. cit., p. 128.

²⁹⁵⁶ Sur la nécessité pour l'interprète de se dire contraint, V. **BÉCHILLON (DE) D.**, « Huit manières de se demander... », art. cit., p. 30.

²⁹⁵⁷ Dans le champ des pouvoirs de crise, la raison d'État s'exerce d'autant plus facilement qu'elle s'appuie sur l'évidence (**SFEZ G.**, *Les doctrines de la raison d'État*, op. cit., p. 13 ; Cf. *supra*, n° 346 et s.).

distance instrumentale vis-à-vis de la réalité qu'il favorise²⁹⁵⁸ permet à l'interprète de prétendre découvrir un sens déjà présent dans le texte et dicté par le droit lui-même²⁹⁵⁹. Le syllogisme satisfait en fait, en une seule opération, les trois principaux procédés de dissimulation de la volonté personnelle²⁹⁶⁰, comme le confirme sans ambiguïté l'analyse empirique des procédés de légitimation des actes d'application²⁹⁶¹ ou de contrôle²⁹⁶².

739. Constatant le rôle fictionnel joué par le syllogisme juridique dans le système juridique, certains auteurs, se réclamant le plus souvent de la théorie sceptique de l'interprétation, proposent une lecture renouvelée de l'opération d'interprétation et de sa chronologie. Selon la théorie du syllogisme « inversé » ou « à rebours », l'interprète authentique part de la conclusion, et non des prémisses. Celles-ci sont reconstituées dans un second temps pour légitimer la conclusion choisie²⁹⁶³. Si cette présentation a le mérite d'insister sur le caractère construit de la motivation juridique et d'être stimulante sur le plan intellectuel, elle pèche par sa trop grande radicalité. En laissant entendre que le sens de la décision, c'est-à-dire la conclusion du syllogisme, relève d'un pur acte de volonté, produit *ex nihilo* par l'interprète, indépendamment des données factuelles et juridiques du problème qui se pose à lui, cette théorie du syllogisme inversé est aussi fictionnelle que celle qu'elle prétend déconstruire.

740. Les théories du syllogisme classique, du double syllogisme et du syllogisme inversé ne constituent pas, lorsqu'elles sont prises indépendamment, des explications satisfaisantes du raisonnement que suit en pratique l'interprète pour passer d'une situation de fait et de droit à une décision juridique sur l'état d'urgence. Les résultats de l'analyse empirique incitent en effet non pas à tenir ces différentes approches du syllogisme juridique comme alternatives, mais

²⁹⁵⁸ TUSSEAU GU., *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, p. 31.

²⁹⁵⁹ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, p. 3.

²⁹⁶⁰ À savoir le « mécanisme de la représentation », selon lequel l'acte est réputé exprimer autre chose que la volonté de son auteur, « l'intuition d'une véridiction », en prétendant à une connaissance objective, et la « logique de contrainte », qui consiste à prétendre n'avoir effectué de choix, mais avoir pris acte de la situation (V. FONBAUSTIER L., « Plaidoyer pour une quête d'essence », *art. cit.*, p. 13).

²⁹⁶¹ Comme le révèlent notamment les exposés des motifs des projets de loi, ainsi que les débats parlementaires, les exécutifs français et espagnols consacrent une énergie conséquente à dissimuler leur marge d'appréciation. En particulier, ils pratiquent l'appel à la technique, abritent leurs décisions derrière les positions des conseils scientifiques ou montrent de l'intransigeance dans la réponse, tout en dissimulant les marqueurs de la discrétionnarité qui accompagne pourtant nécessairement l'autorité (cf. *supra*, n° 338 et s.).

²⁹⁶² Comme les autres décisions interprétatives, les décisions juridictionnelles véhiculent systématiquement l'illusion selon laquelle il est possible d'apprécier objectivement la qualification juridique d'une situation de crise et l'adéquation des moyens avec la situation de fait. Il en est par exemple ainsi de la nécessité de déclarer l'article 16 au regard des prévisions du texte constitutionnel (Cons. const., Avis, n° 61-1 AR16, 23 avril 1961).

²⁹⁶³ V. MATHIEU-IZORCHE M.-L., *Le Raisonnement juridique*, PUF, Thémis, 2001, 439 p., p. 189 et s.

comme complémentaires, ce qui ouvre la voie à une modélisation plus précise des raisonnements syllogistiques effectivement suivis.

b – Une lecture renouvelée du raisonnement syllogistique des interprètes authentiques

741. , Pour appliquer un état d'urgence, les interprètes habilités effectuent deux syllogismes successifs et hautement dépendants, présentant des caractéristiques très différentes. Le premier a pour finalité de choisir une signification, quand le second a pour objet de justifier le choix opéré²⁹⁶⁴.

742. Le premier syllogisme est « intime » (non explicite), « mixte » (à la fois régulier et inversé) et « décisionnel » (il aboutit à la solution du problème interprétatif). Il consiste en un raisonnement intime à l'interprète, lui permettant d'élire la solution interprétative à travers un raisonnement dialectique, dans lequel les prémisses précisent la conclusion et la conclusion rétroagit sur la lecture des prémisses. Procédant d'un acte de connaissance imparfait et intéressé de la situation au sens large, ce syllogisme permet d'aboutir à une solution unique par un acte de volonté contraint. Il mobilise ainsi, de manière simultanée, les deux pôles de l'interprétation.

742.1. L'identification des prémisses de ce premier syllogisme, c'est-à-dire de la situation de droit et de la situation de fait, ne se confond pas avec l'interprétation « scientifique » du droit au sens kelsénien²⁹⁶⁵, et ce à double titre. D'une part, ce procédé intellectuel permet de prendre en compte un bien plus large spectre de facteurs : les données de la situation juridique à résoudre, bien sûr, mais aussi celles inhérentes à sa position en tant qu'interprète et aux conséquences juridiques et extrajuridiques des solutions envisagées. Ce raisonnement, fondamentalement pragmatique, n'est en effet pas limité par l'acceptabilité juridique des critères prise en compte²⁹⁶⁶. D'autre part, il n'a pas pour contrainte de se préserver de biais de confirmation ou de subjectivité. Ainsi, l'évaluation de la situation opérée lors du syllogisme intime de décision est similaire à l'opération intellectuelle par laquelle se construit une opinion ; et non à la déduction logique d'un syllogisme ou à l'impératif de neutralité et d'objectivité du chercheur. Ce raisonnement informel, imparfait et n'ayant aucune prétention à

²⁹⁶⁴ Pour une proposition de distinction entre les raisons de la décision et la rationalisation postérieure qui en est faite, V. PERELMAN CH., OLBRECHTS-TYTECA L., *Traité de l'argumentation*, op. cit., p. 53 et s.

²⁹⁶⁵ Cf. *supra*, n° 7 et n° 724.

²⁹⁶⁶ Si la décision officieuse de déclarer un état d'urgence est nécessairement prise en considération des énoncés juridiques qui en prévoient le régime, ainsi que d'une qualification juridique des faits, elle répond également à un contexte historique, à un rapport de force politique, ainsi qu'à des éléments plus subjectifs, comme l'intuition ou les affects (cf. *supra*, n° 651 et s.).

l'universalité, ne répond pas aux canons de l'acte de connaissance ou de l'interprétation scientifique au sens des théories mixtes de l'interprétation.

742.2. L'identification de la conclusion n'est ni l'aboutissement d'un raisonnement linéaire, ni le point de départ de ce syllogisme. D'une part, le choix d'une conclusion procède d'un acte de volonté contraint par les données du problème à résoudre, se précisant au fur et à mesure de la prise en compte, par l'interprète, des différents facteurs de la situation. L'intuition de l'interprète sur le sens de la conclusion va ainsi évoluer, de manière itérative, en même temps que se précise l'évaluation qu'il a de la capacité de cette signification – qui est en concurrence avec toutes les autres – à concilier les différentes contraintes qui pèsent sur son action. D'autre part, la conclusion envisagée par l'interprète pendant qu'il raisonne influence directement sa lecture des situations de droit et de fait. Il s'agit donc d'une dialectique entre les prémisses et la solution, prenant la forme d'une réévaluation constante du rapport coût-avantage de chaque solution potentielle. L'interprète n'est donc pas, comme le décrit Kelsen, face à un cadre interprétatif dans lequel toutes les significations se valent et au sein duquel il exercerait un pouvoir discrétionnaire²⁹⁶⁷, mais face à un grand nombre de significations potentielles, dont l'acceptabilité juridique est un critère de sélection parmi d'autres.

743. Le second syllogisme est « explicite » (il est porté à la connaissance des autres acteurs juridiques), « régulier » (le raisonnement part des prémisses et aboutit à la conclusion) et « justificatif » (il sert la légitimité de la décision). Il est une construction formelle, procédant d'un raisonnement syllogistique préalable et inversé, dont l'unique visée est de conférer une aura de légitimité à la décision prise en montrant qu'elle résulte de prémisses juridiques et factuelles recevables.

743.1. En partant de la conclusion du syllogisme intime, l'interprète va identifier des prémisses de droit et de fait compatibles avec la solution déjà déterminée. Pour cela, il va apprécier le caractère favorable ou défavorable de chaque élément de droit et de fait déjà identifié lors du syllogisme intime, estimer sa force justificative et choisir, finalement, de l'inclure ou non dans le raisonnement et, le cas échéant, sous quelles modalités. Ce raisonnement mené, il va, dans un second temps, restituer le produit de ce raisonnement syllogistique inversé sous la forme d'un syllogisme régulier. L'objectif étant que, par une présentation stratégique et réductrice des éléments de droit et des éléments de fait, la solution juridique retenue apparaisse comme la conséquence logique et incontestable des prémisses.

²⁹⁶⁷ Cf. *supra*, n° 723 et s.

743.2. La reconstruction *a posteriori* d'un tel syllogisme régulier est rendue nécessaire par la contrainte de justification qui pèse sur l'interprète authentique. Si l'exposé syllogistique du processus décisionnel relève incontestablement d'une fiction de présentation, l'obligation faite aux interprètes de justifier leur décision sous cette forme joue cependant un rôle essentiel pour limiter la discrétionnarité du pouvoir. Plus qu'un simple moyen rhétorique de légitimation de la conclusion²⁹⁶⁸, visant à satisfaire un besoin illusoire de croire, par la magie d'une narration froide ne laissant aucune place au doute²⁹⁶⁹, que l'interprète est dans une situation de compétence liée, l'exigence du syllogisme formel contraint au moins les interprètes à trouver un juste équilibre entre la réalité des faits et les finalités poursuivies²⁹⁷⁰. Paradoxalement, pour maximiser l'étendue de leur pouvoir, les interprètes se voient ainsi contraints d'augmenter l'acceptabilité de leur décision, et donc de limiter la discrétionnarité de leur raisonnement²⁹⁷¹. En dernière lecture, peu importe si l'interprète du droit choisit ou non une solution pour des raisons juridiques ; au moins, le système juridique lui impose-t-il de parvenir, au moyen de prémisses objectivables et d'un raisonnement suffisamment logique, à justifier sa conclusion.

§2 – La mobilisation d'une logique interprétative dynamique

744. Les interprètes authentiques des états d'urgence mobilisent la plupart des techniques interprétatives, mais avec des prévalences inégales et pour des usages différenciés. Si les doctrines classiques de l'interprétation se retrouvent fréquemment dans le syllogisme formel, elles ne permettent pas d'expliquer les significations retenues (a). Ces dernières témoignent, au contraire, de la prédominance de fait d'un raisonnement téléologique, pragmatique et dynamique, permettant d'accomplir la finalité de l'énoncé en adaptant la lecture de ses prévisions aux enjeux de chaque situation (b).

²⁹⁶⁸ ZENATI-CASTAING F., « La signification, en droit, de la motivation », art. cit., p. 26.

²⁹⁶⁹ MASTOR W., « La motivation des décisions des cours constitutionnelles », in CAUDAL S. (dir.), *La motivation en droit public*, op. cit., p. 241 ; ZENATI-CASTAING F., « La signification, en droit, de la motivation », art. cit., p. 40-41.

²⁹⁷⁰ WACHSMANN P., « qualification », art. cit., p. 1277 et s.

²⁹⁷¹ BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 326-327 : « [Selon la théorie sceptique de l'interprétation,] la liberté des interprètes n'est pas limitée par une « obligation » d'appliquer un texte en suivant un hypothétique syllogisme, mais « contrainte » par la justification même que tout interprète se sent tenu d'apporter au soutien de sa propre décision interprétative ».

a – Le rôle limité des doctrines classiques de l'interprétation

745. Au sens large, la notion de technique interprétative renvoie au procédé argumentatif qui, partant d'un énoncé, aboutit à une ou plusieurs significations. Toutefois, pour s'assurer de différencier cette notion de celles de syllogisme juridique, sinon d'interprétation juridique, il est préférable de mobiliser une terminologie plus précise. En reprenant la définition proposée par Riccardo Guastini, la technique interprétation est alors la prémisse permettant de passer de l'énoncé à la norme²⁹⁷².

746. Les différentes approches théoriques de l'interprétation conditionnent directement la faculté de considérer scientifiquement les techniques interprétatives et, le cas échéant, à rendre compte de leur variété. Si l'interprétation est tenue, comme dans le réalisme sceptique, pour un acte de volonté indépendant du contenu sémantique ou intentionnel de l'énoncé, l'étude des techniques d'interprétation authentique est sans objet. Si, au contraire, une seule signification de l'énoncé est tenue pour vraie, comme dans le cognitivisme le plus extrême, l'énoncé n'admet qu'une technique interprétative : celle qui, promue par l'école de pensée de l'auteur, permet de parvenir à la véritable signification.

747. En considérant que l'interprète choisit librement la prémisse de son raisonnement interprétatif – qui le mènera, de manière plus ou moins contraignante selon les convictions des auteurs, à élire une signification²⁹⁷³ –, les approches mixtes et modérées permettent, sinon encouragent une lecture critique des techniques interprétatives employées par les interprètes authentiques à l'aune du cadre des significations potentielles de l'énoncé. Pour autant, une telle analyse ne peut être exclusivement inductive : elle s'appuie nécessairement sur une typologie prescriptive des doctrines de l'interprétation²⁹⁷⁴.

²⁹⁷² Selon Riccardo Guastini, cette prémisse peut prendre deux formes. D'une part, il peut s'agir d'un argument interprétatif (« L'intention du législateur était d'exprimer la norme N »). Dans ce cas, elle fait à son tour appel à d'autres arguments (« Cela ressort des travaux préparatoires »). D'autre part, il peut s'agir d'un principe méthodologique (« On doit attribuer à toute disposition légale la signification conforme à l'intention du législateur »). Cette seconde forme se confond avec l'idée d'une « doctrine interprétative » (V. **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 209-210).

²⁹⁷³ Kelsen et Guastini s'accordent à dire que l'interprète choisit librement la prémisse de son raisonnement interprétatif. Toutefois, contrairement au premier, le second ne concède pas pour autant un caractère déductif à l'argumentation accompagnant l'interprétation. En effet, pour Guastini, une technique interprétative ne permet pas d'arriver de manière contraignante et certaine à un résultat déterminé : elle est toujours « défectible », c'est-à-dire, susceptible d'admettre des exceptions que personne n'est en mesure d'énumérer à l'avance (V. **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 335 et s. ; **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, 209-210).

²⁹⁷⁴ Si elles sont utiles pour guider la réflexion, ces doctrines interprétatives appellent à un certain recul critique de la part du chercheur. Elles sont, pour l'essentiel d'entre elles, « franchement prescriptives » (**GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 209).

748. La typologie quadripartite des doctrines interprétatives proposée par Riccardo Guastini²⁹⁷⁵ a le mérite d'offrir un fil directeur pertinent pour appréhender la variété désorganisée des techniques interprétatives mobilisées dans la pratique des états d'urgence. Elle est le fruit du croisement de deux oppositions doctrinales : celle entre doctrine littéraliste et intentionnaliste²⁹⁷⁶ et celle entre doctrine statique et dynamique²⁹⁷⁷. Si les quatre doctrines de l'interprétation qui en résultent se retrouvent dans les justifications apportées par les interprètes authentiques, elles ne suffisent toutefois pas à expliquer leurs comportements interprétatifs.

748.1. La doctrine « littéraliste statique » prescrit d'attribuer aux textes normatifs la signification littérale que ceux-ci avaient lorsqu'ils ont été rédigés ou adoptés²⁹⁷⁸. Bien que quasiment obsolète dans la pensée juridique²⁹⁷⁹, cette doctrine – ou plus précisément ses marqueurs – sont très présents dans les syllogismes explicites des décisions d'application de l'état d'urgence, où ils permettent à l'exécutif de limiter le risque de voir sa décision invalidée²⁹⁸⁰, ainsi que dans certains discours parlementaires d'opposition, au soutien, cette fois, d'une dénonciation de la discrétionnarité des interprétations retenues par l'exécutif²⁹⁸¹. La présence des mots et des raisonnements de l'interprétation littérale dans les justifications s'explique aussi par sa proximité notionnelle avec le principe d'interprétation stricte²⁹⁸², à laquelle, en théorie, toute interprétation d'un texte d'exception est assujettie²⁹⁸³. Ce principe a pourtant une portée pratique très limitée. Incapable d'assurer pleinement la prévisibilité de l'interprétation – malgré ce que son nom laisse à penser – et en contradiction frontale avec le caractère finalisé des dispositifs d'exception et leur vocation à conférer de la flexibilité à

²⁹⁷⁵ *Id.*, p. 214-216.

²⁹⁷⁶ Une célèbre assertion Paul Ricœur résume à elle seule l'opposition entre sens littéral et sens intentionnel de l'énoncé : « L'écriture rend le texte autonome à l'égard de l'intention de l'auteur. Ce que le texte signifie ne coïncide plus avec ce que l'auteur a voulu dire. Signification verbale, c'est-à-dire textuelle, et signification mentale, c'est-à-dire psychologique, ont désormais des destins différents » (« La fonction herméneutique de la distanciation », *Du texte à l'action, Essais d'herméneutique II*, Seuil, 1986, p. 111-112, cité **FOGLIA M.**, « La question de l'interprétation chez Montaigne », art. cit., p. 81-96).

²⁹⁷⁷ Alors que la doctrine statique promeut la conservation des méthodes et du contenu des interprétations, la doctrine dynamique porte l'idée d'une interprétation qui suit au plus près l'évolution des faits et de la conscience sociale.

²⁹⁷⁸ **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 218-221.

²⁹⁷⁹ *Id.*, p. 216.

²⁹⁸⁰ Ils se couplent alors nécessairement aux marqueurs du réalisme et de l'évidence (cf. *supra*, n° 346 et s.).

²⁹⁸¹ C'est en particulier le cas pour les échanges parlementaires relatifs aux nombres de prorogations que permet l'état d'urgence français, ou pour ceux relatifs à la durée maximale de prorogation de l'état d'alerte (cf. *supra*, n° 559 et s.).

²⁹⁸² Il s'agirait même d'expressions synonymes (V. par ex. **NGUYEN T. H.**, *La notion d'exception...*, op. cit., p. 216).

²⁹⁸³ *Ibid.*

l'exécutif de crise²⁹⁸⁴, le principe d'interprétation stricte, comme la doctrine littéraliste classique dans son ensemble, sont des procédés rhétoriques utiles aux interprètes avant d'être des repères guidant leurs décisions.

748.2. La doctrine « littéraliste dynamique » prescrit d'attribuer aux textes la signification littérale qui est partagée au moment où ils sont interprétés²⁹⁸⁵. Contrairement à la précédente, elle accepte et encourage les revirements jurisprudentiels par de simples références à l'usage effectif et actuel du langage. Cette doctrine, qui donne l'opportunité aux interprètes de recréer les œuvres du passé selon les critères sémantiques et sociétaux contemporains, est dès lors particulièrement adaptée aux notions évolutives et ouvertes qui irriguent les régimes d'exception²⁹⁸⁶, à l'image de celles « d'urgence » ou « d'imminence »²⁹⁸⁷. Cet avantage doit cependant être relativisé au vu de la contrepartie directe qui l'accompagne : la difficulté, inhérente à sa logique, d'assurer la prévisibilité des interprétations²⁹⁸⁸. Dans la pratique, les multiples applications des états d'urgence français et espagnols ont en effet conduit à faire évoluer la signification des termes employés par les énoncés dans des directions parfois inattendues, à l'image de la toute première application de l'état d'alerte²⁹⁸⁹. Le risque est alors que l'actualisation du texte soit surtout un prétexte à la poursuite d'impératifs qui lui sont étrangers.

748.3. La doctrine « intentionnaliste statique » prescrit d'attribuer aux textes normatifs la signification correspondant à l'intention de leurs auteurs²⁹⁹⁰. Contrairement aux deux doctrines littéralistes, elle s'affranchit de la seule sémantique au profit d'indices internes et externes à l'énoncé, tenus comme des témoignages directs de la volonté de l'auteur, ou des auteurs du texte. Malgré une large diffusion²⁹⁹¹, cette doctrine souffre de lacunes sérieuses. D'une part, il est douteux de croire que l'autorité – souvent collégiale – à l'origine de l'acte dispose véritablement d'une volonté²⁹⁹². Comme le remarque très justement le professeur

²⁹⁸⁴ *Id.*, p. 233.

²⁹⁸⁵ **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 218-221.

²⁹⁸⁶ La définition d'un concept à texture ouverte n'étant jamais achevée, elle peut toujours être affinée lors de ses nouvelles applications (**VIDAL-NAQUET A.**, **FATIN-ROUGE STEFANINI M.** (dir.), *La norme et ses exceptions*, *op. cit.*, p. 114).

²⁹⁸⁷ Cf. not. *supra*, n° 207 et s.

²⁹⁸⁸ **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 218.

²⁹⁸⁹ Cf. *infra*, n° 437.

²⁹⁹⁰ **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 218-221.

²⁹⁹¹ *Id.*, p. 216-217.

²⁹⁹² À supposer qu'une telle volonté existe et puisse être connue, le seul matériau disponible serait l'examen des travaux préparatoires. Or, il est pour le moins douteux de parler « d'états mentaux collégiaux », c'est-à-dire de tenir une assemblée comme ayant, à proprement parler, une intention (*ibid.*).

Emmanuel Cartier, réduire une pluralité de volontés psychologiques à une volonté collective juridique et unique est, en soi, une fiction²⁹⁹³. D'autre part, les matériaux mobilisés pour connaître cette volonté et comprendre motifs de l'énoncé sont peu convaincants²⁹⁹⁴. Il en résulte, au mieux, une doctrine interprétative permettant d'éclairer l'interprétation sans la fonder²⁹⁹⁵ et, de manière moins optimiste, un moyen bien utile pour l'interprète qui cherche à dissimuler sa volonté personnelle derrière le masque de l'intention prêtée à l'auteur de l'énoncé²⁹⁹⁶. L'attribution rétrospective d'une finalité préventive à l'état d'urgence en constitue une illustration flagrante²⁹⁹⁷.

749. La doctrine « intentionnaliste dynamique » prescrit à l'interprète de retenir la signification de l'énoncé dictée par la volonté de l'autorité normative, mais au moment de l'interprétation²⁹⁹⁸. Le sens correct de l'énoncé serait ainsi à rechercher dans la « *ratio* » de l'énoncé, cette matrice infinie de normes implicites capables de résoudre des circonstances nouvelles et non prévues par l'auteur²⁹⁹⁹. Floue, sinon ubuesque, une telle approche légitimerait que l'interprète s'affranchisse à la fois des travaux préparatoires de l'énoncé et de son contenu sémantique, pour justifier, au nom d'une évolution sociétale – réelle ou supposée – ou d'un sens caché du texte, le revirement interprétatif qu'il souhaite. Considérée ainsi, la doctrine « intentionnalisme dynamique » ne trouve aucune correspondance empirique. Si la logique interprétative qui prédomine dans la pratique des états d'urgence appartient bien à cette famille, elle doit être pensée différemment.

²⁹⁹³ **CARTIER E.**, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », IX^e congrès français de droit constitutionnel, 2014, en ligne.

²⁹⁹⁴ Les actes et travaux préparatoires ne peuvent être tenus pour une émanation directe de la volonté de l'auteur du texte. En particulier, les comptes rendus et les rapports n'ont rien de matériaux bruts : ils ont été rédigés, ou retravaillés *a posteriori*, et sont loin d'être exhaustifs.

²⁹⁹⁵ La doctrine le rappelle fréquemment. Ainsi, Didier Maus considère qu'il serait erroné d'examiner la V^e République uniquement « au trébuchet des raisonnements de l'été fondateur » (« Introduction », in **MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L.** (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, *op. cit.*, p. 10) et Guillaume Drago souligne la difficulté inhérente à une interprétation de la Constitution à travers ces éléments (« La qualité de l'argumentation constitutionnelle », art. cit., p. 343).

²⁹⁹⁶ **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 216-217. Un constat analogue peut être fait pour les doctrines littéralistes, qui permettent d'arriver à la conclusion souhaitée en choisissant soigneusement le sens attribué à chaque terme de l'énoncé.

²⁹⁹⁷ Cf. *supra*, n° 452.1.

²⁹⁹⁸ Profondément fictionnelle, cette doctrine de l'interprétation part du postulat surprenant selon lequel « l'intention de l'autorité normative n'est pas donnée une fois pour toutes et cristallisée dans les documents normatifs, mais elle se développe de façon magique, en s'adaptant à l'évolution des circonstances » (**GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 218-221).

²⁹⁹⁹ *Ibid.*

b – La prédominance d’une logique interprétative téléologique et pragmatique

750. Les doctrines de l’interprétation stricte, comprise comme obéissance méticuleuse à la lettre du texte et à ses lacunes, comme de l’intentionnalisme statique, qui commande de voir le monde à travers les yeux fantomatiques de l’autorité normative originelle, paraissent bien inadaptées. L’état d’urgence confère à l’interprète la possibilité d’agir directement selon les données du problème à résoudre, en sortant, s’il le faut, de la route tracée – formellement – par le législateur³⁰⁰⁰. Le syllogisme intime des interprètes authentiques des états d’urgence satisfait ainsi aux critères de l’ultime catégorie typologique des doctrines interprétatives, mais sous un mode plus raisonnable.

751. Cette technique interprétative dynamique peut être qualifiée de « téléologique-pragmatique ». Elle prescrit d’interpréter l’énoncé de sorte que sa raison d’être et, plus généralement, les différents objectifs qu’il poursuit jouissent d’une pleine effectivité dans la situation concrète et actuelle qui se pose à l’interprète. Les trois dimensions de cette prémisse interprétative sont indissociables. Il n’est pas seulement question d’insuffler dans l’interprétation de l’énoncé des nouvelles réalités de droit et de fait³⁰⁰¹, comme dans l’approche dynamique dite du « droit vivant »³⁰⁰², de prendre en compte les seuls objectifs poursuivis par la norme³⁰⁰³, comme dans une approche purement téléologique, ou de n’envisager les interprétations potentielles qu’au regard de leurs seules conséquences, au nom d’un pragmatisme absolu. Il s’agit, de manière bien plus riche, d’identifier la solution interprétative qui permettra à l’énoncé d’accomplir le plus efficacement possible sa finalité dans le contexte concret et actuel de l’interprétation.

752. Si elle ne répond ni au sens littéral du texte ni à l’intention « post-mortem » du constituant, cette approche ne s’oppose pas frontalement aux approches littérales et intentionnalistes de l’interprétation des états d’urgence : elle en est la réalisation. Les pouvoirs dérogatoires – par nature intenses et flexibles – que confèrent les états d’urgence aux autorités habilitées ne sont en effet justifiables qu’au regard de l’objectif supérieur d’assurer le respect

³⁰⁰⁰ **FRIER P.-L.**, *L’Urgence*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1987, 600 p., p. 523 et s.

³⁰⁰¹ **V. SORABJEE S.**, « Débats », in **MELIN-SOUCRAMANIEN F.** (dir.), *L’interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 18.

³⁰⁰² Conformément à cette doctrine, le sens du texte « n’est pas derrière lui, mais devant lui » (**RICOEUR P.**, *Du texte à l’action. Essais d’herméneutiques II*, Paris, Seuil, 1986, p. 116, cité par **DISANT M.**, « Le(s) risque(s) générés par l’interprétation... », art. cit., p. 286.

³⁰⁰³ C’est la position que défend le président de la Cour suprême d’Israël, Aharon Barak, pour qui l’interprétation a pour unique fonction de permettre à l’énoncé d’accomplir ses objectifs (« Constitutional interpretation », in **MELIN-SOUCRAMANIEN F.** (dir.), *L’interprétation constitutionnelle*, op. cit., p. 92-93).

de l'intérêt général, dans les dimensions et selon les critères que chaque époque juge fondamentaux³⁰⁰⁴. Comme l'explique François Saint-Bonnet :

« L'exception ne se conçoit qu'en termes téléologiques : finalité anticipée par le législateur qui envisage la dérogation ou la dispense, finalité poursuivie par l'agent qui se détourne de la règle, finalité conçue par le juge qui valide un acte illégal lorsque l'exception est ignorée du texte. Cette pression de la finalité ébranle sérieusement la conception positiviste du droit »³⁰⁰⁵.

753. Ainsi, contrairement à ce que laisse à penser le droit ordinaire, le respect de la lettre du texte et l'expression d'une volonté créatrice ne sont pas toujours antinomiques. Une interprétation authentique apportant une réponse nécessaire, adaptée et proportionnée à un péril dont il était impossible de prévoir les modalités au moment de l'élaboration de l'énoncé s'inscrit indiscutablement dans le sillon de la raison d'être de l'état d'urgence. Dans cette perspective, l'indétermination textuelle des dispositifs des états d'urgence matérialise la volonté des autorités normatives originelles de permettre à ces régimes d'exception d'apporter, aux périls futurs qu'eux-mêmes ne pouvaient prévoir, la réponse qu'ils nécessitent.

754. Paradoxalement, la finalité de la lettre de l'état d'urgence est donc d'être, au nom même de l'intention qui a présidé à son écriture, dépassée pour lui permettre d'accomplir sa raison d'être. Refuser, au nom de la lettre du texte, l'innovation à laquelle la nouveauté du péril appelle, c'est faire gauchement prévaloir la projection brumeuse du législateur d'alors quant aux périls à venir, sur la nécessité impérieuse du présent et l'intention débordante du texte de lui obéir. C'est, assurément, en trahir l'esprit.

755. Finalement, toujours présente en tâche de fond dans la pratique ordinaire du droit, cette logique interprétative est, pour l'état d'urgence, la seule à même d'assurer aux autorités d'application une marge de manœuvre suffisante pour apprécier la nécessité d'y recourir, adapter le champ spatial et temporel de son application et en appliquer les mesures. Si la doctrine insiste fréquemment sur le danger de cette flexibilité en critiquant ses dimensions téléologiques³⁰⁰⁶ ou pragmatiques-conséquentialistes³⁰⁰⁷, elle ne peut remettre en question la légitimité de son emploi sans, au fond, désapprouver la logique d'un état d'urgence effectif.

³⁰⁰⁴ V. JESTAZ P., *L'Urgence et les principes classiques...*, *op. cit.* ; SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 675.

³⁰⁰⁵ SAINT-BONNET F., *id.*, p. 676 ;

³⁰⁰⁶ V. ROBBE S., « Clarté du sens... », art. cit., p. 42. ; FRIER P.-L., *L'Urgence*, *op. cit.*, p. 523 et s ; SAINT-BONNET F., « Exception, nécessité, urgence », art. cit., p. 676-677.

³⁰⁰⁷ V. par ex. SORABJEE S., « Débats », in MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 186).

SECTION II – UN REGARD NOUVEAU SUR LES OUTILS DE LA SCIENCE DU DROIT

756. Cette approche théorique de l'interprétation juridique est entièrement tournée vers l'objectif pragmatique de désenclaver la production de connaissances scientifiques sur les états d'urgence. Ses assertions dans le métadiscours sur le droit, qui sont le fruit d'une démarche résolument empirique, permettent de repenser – et au besoin, d'inventer – les outils de la science du droit. Cette étude entend, à titre principal, faire de la reconstruction du cadre interprétatif de l'énoncé non plus simplement une expérience de pensée, mais une ressource pleinement exploitable permettant, sur la base d'une approche typologique renouvelée, de décrire avec une grande précision les pratiques interprétatives dans un champ du droit, notamment pour en révéler les excès (A). L'analyse des contraintes juridique en constitue le complément naturel. Ciblée, consciente des limites pratiques, épistémologiques et disciplinaires qu'elle suppose et capable de composer avec l'infinie diversité des matériaux dont elle dispose, elle permet d'expliquer les comportements des interprètes authentiques, notamment au regard du degré de liberté pris par rapport à l'énoncé. En plus d'offrir deux éclairages complémentaires, ces deux outils ont vocation, à travers l'outil statistique, à fonctionner en synergie (B).

A – DÉCRIRE LE DROIT PAR LE PRISME DU CADRE INTERPRÉTATIF

757. La notion de cadre interprétatif est introduite par Hans Kelsen à la fin de sa *Théorie pure du droit*. Elle traduit la compossibilité des significations d'un énoncé, desquelles seul un acte de volonté permet de discriminer la valeur. Repensé en profondeur par Riccardo Guastini, qui a posé les fondements théoriques d'un usage scientifique plus sain de cet outil, il permet, en théorie, de rendre compte des pratiques interprétatives dans un champ du droit et de mettre en relief d'éventuels abus de la part des acteurs juridiques. Sa mobilisation effective pose toutefois, encore aujourd'hui, des défis majeurs (§1). Pour y remédier, cette étude propose un ensemble de pistes de réflexion et de solutions pratiques, dont les deux principales sont la création d'une catégorie typologique intermédiaire entre l'interprétation-décision et l'interprétation-création, ainsi qu'une méthode plus procédurale de mobilisation du cadre interprétatif, qui permet de compenser en partie le caractère conventionnel et stipulatif de sa reconstruction (§2).

§1 – Les fondements théoriques du cadre interprétatif

758. Par l'ajout d'une troisième catégorie typologique et par un plus grand souci de cohérence, la théorie guastinienne du cadre conventionnel d'interprétation pose les jalons théoriques d'une approche renouvelée des possibilités de significations des énoncés, servant directement la mission de description au cœur de la science du droit (a). Toutefois, par sa vocation même, cet outil est d'un emploi délicat. Il impose de naviguer soigneusement entre le risque de s'abandonner à l'illusion cognitive et celui de n'oser agir devant l'incertitude (b).

a – Une typologie tripartite aux conséquences majeures sur le cadre des possibilités de significations

759. Pour comprendre la notion de cadre interprétatif et les différentes conceptions qui en sont proposées, il faut revenir plus en détail sur les principales assertions, notamment relatives aux typologies des interprétations, proposées par les théories mixtes de l'interprétation. Alors que la typologie kelsénienne distingue l'interprétation authentique et l'interprétation scientifique, Riccardo Guastini, qui reprend à son compte cette célèbre dichotomie³⁰⁰⁸, y ajoute une troisième hypothèse aux implications majeures.

759.1. Sous la plume du théoricien autrichien³⁰⁰⁹, une « interprétation authentique » est une interprétation du droit à effet contraignant, dotée d'une portée générale ou individuelle et opérée par un organe d'application du droit. Elle est un acte de volonté, ce qui la distingue de toute autre interprétation. Au contraire, une « interprétation scientifique » est une interprétation du droit à valeur non contraignante, opérée par des juristes ou des chercheurs en droit qui n'ont pas la qualité d'organes du droit. Opération purement intellectuelle consistant à dégager les significations possibles des normes juridiques, l'interprétation scientifique, dénuée de toute portée contraignante, abandonne le choix de la signification qui deviendra du droit à l'organe juridique habilité.

759.2. En plus de proposer une lecture d'ensemble plus cohérente des propriétés des interprétations, la typologie tripartite de Riccardo Guastini permet à l'analyse de gagner en précision. Si « l'interprétation-connaissance » correspond grossièrement à l'interprétation

³⁰⁰⁸ VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit.

³⁰⁰⁹ V. KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 336-342.

scientifique de Kelsen, en étant comprise comme une opération intellectuelle de connaissance consistant à dégager les significations possibles d'un texte sans la perspective d'une décision³⁰¹⁰, les deux autres catégories typologiques ont pour effet de préciser substantiellement la notion d'interprétation authentique. Guastini distingue « l'interprétation-décision » et « l'interprétation-création ». La première est une opération qui consiste à effectuer un choix parmi les significations identifiées – ou du moins identifiables – par l'interprétation-connaissance, tout en écartant les autres³⁰¹¹. Elle peut être le fait de la doctrine – lorsqu'un auteur essaie de reconstituer le ou les sens d'une disposition – ou d'un interprète authentique. La seconde est, au contraire, une opération de volonté aboutissant à une signification nouvelle, une création normative non contenue dans le champ de l'interprétation-connaissance. Le texte n'est alors plus qu'un prétexte pour justifier un nouveau domaine du possible³⁰¹².

760. Ces deux typologies admettent, comme le fait également le décisionnisme du « dernier » Carl Schmitt³⁰¹³, l'existence d'un « cadre » autour de l'énoncé. Cette idée, selon laquelle l'interprétation scientifique de l'énoncé permet de révéler les possibilités interprétatives qu'il contient sous la forme d'un cadre, est rapidement évoquée par Kelsen à la fin de sa *Théorie pure*³⁰¹⁴. Elle est reprise et approfondie par Riccardo Guastini, qui choisit de nommer « cadre conventionnel d'interprétation » le faisceau de sens préexistants dans l'énoncé avant l'interprétation contraignante³⁰¹⁵. Pour autant, les différences de perspectives entre ces deux théories, d'apparence mineures, ont des implications substantielles sur la compréhension de la nature et de l'utilité scientifique du cadre interprétatif.

760.1. Si les deux auteurs s'accordent à dire que la connaissance scientifique des énoncés ne permet pas d'identifier une signification qui serait la seule valable³⁰¹⁶, comme sur le fait que les énoncés soient dotés de plusieurs significations potentielles avant

³⁰¹⁰ **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p., 20-25.

³⁰¹¹ *Ibid.*

³⁰¹² *Id.*, p. 199.

³⁰¹³ Dans ses écrits plus tardifs, Carl Schmitt envisage, à la manière des réalistes modérées, la disposition juridique comme un cadre de possibilités (**HERRERA C.-M.**, « Décisionnisme », art. cit., p. 1074 et s.). Il reconnaît que seules certaines interprétations ne peuvent être déduites de la disposition interprétée (**GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance...*, *op. cit.*, p. 237-238).

³⁰¹⁴ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 338.

³⁰¹⁵ V. not. **GUASTINI R.**, « Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle », art. cit., p. 115.

³⁰¹⁶ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 342 : « [L'interprétation scientifique] doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation (...) agir ainsi, c'est présenter faussement comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique ».

interprétation³⁰¹⁷, ils s'opposent frontalement sur la question de la valeur scientifique qui doit être reconnue au cadre interprétatif. Pour Kelsen, l'interprétation scientifique révèle des possibilités préexistantes dans le texte³⁰¹⁸. Le cadre reconstruit est donc objectif : il rend compte des possibilités réelles que confère l'énoncé à l'interprète authentique³⁰¹⁹. Au contraire, pour Guastini, l'interprétation-connaissance n'est pas la découverte d'une réalité préexistante, mais la reconstruction d'une « compossibilité de significations »³⁰²⁰, qui sont « conventionnellement admises à un moment donné » et dont le choix et la présentation dépendent directement de la subjectivité de celui qui les énonce³⁰²¹.

760.2. Les deux auteurs s'opposent également sur la question de l'impérativité du cadre interprétatif pour l'interprète authentique. Une des ambiguïtés majeures de l'approche kelsénienne réside dans sa volonté d'affirmer simultanément, d'une part, la liberté absolue d'un interprète authentique qu'aucune norme de droit positif ne contraint à choisir un sens parmi les ceux qui dérivent rationnellement de l'énoncé³⁰²² et, d'autre part, le caractère contraint de cette liberté, qui s'exerce par le choix d'une signification dans le seul champ ouvert par le cadre de l'énoncé³⁰²³, et ce, même s'il évoque brièvement l'existence d'interprétations authentiques en dehors du cadre³⁰²⁴. Pour y remédier, le théoricien du droit italien différencie les interprétations authentiques qui s'inscrivent dans le champ de la connaissance de l'énoncé³⁰²⁵, de celles qui

³⁰¹⁷ V. par ex. **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Présentation », in **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 22.

³⁰¹⁸ **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 340 : « Dans l'application du droit par un organe juridique, l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, s'unit à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur du droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance » (nous soulignons).

³⁰¹⁹ *Id.*, p. 342.

³⁰²⁰ **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Présentation », in **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 20-25.

³⁰²¹ En un mot, « tout reste de l'ordre du conventionnel et dépend entièrement de l'interprète » (**CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Présentation », in **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 22).

³⁰²² **BRUNET P.**, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 324 et s. : « [Il n'y a] aucune norme de droit positif qui contraigne les organes d'application à choisir une signification dans l'inventaire que l'interprétation scientifique pourrait proposer (...) C'est donc bien uniquement la question de l'autorité de l'organe qui détermine le caractère authentique ou non d'une interprétation et non son caractère rationnel ».

³⁰²³ **BRUNET P.**, « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation... », art. cit., p. 324.

³⁰²⁴ Kelsen ne s'intéresse que peu au cas de figure où l'interprète choisirait une interprétation extérieure au cadre de l'énoncé. Il se contente de signaler, très rapidement, que l'interprétation authentique « peut également aboutir à la création de normes qui sont tout à fait en dehors du cadre que constituent les normes à appliquer » (**KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 341).

³⁰²⁵ **CHAMPEIL-DESPLATS V.**, « Présentation », in **GUASTINI R.**, *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 22-23.

s'en détachent, au profit de l'expression d'une force créatrice souvent dissimulée derrière des liens pseudo-logiques avec l'énoncé³⁰²⁶.

760.3. Ces différences de conception expliquent la mésentente entre ces deux auteurs sur la finalité que doit revêtir cet outil. Pour Kelsen, chez qui la fixité des frontières du cadre à quelque chose de naïf³⁰²⁷, le cadre est avant tout un outil de connaissance scientifique du droit³⁰²⁸. Plus précisément, il permet de mener une entreprise scientifique de description de l'indétermination – intentionnelle ou involontaire³⁰²⁹ – du droit, visant à en révéler les dangers³⁰³⁰ et, *in fine*, à inciter le législateur à construire, progressivement, des énoncés qui soient les moins univoques possibles³⁰³¹. Au contraire, pour Guastini, la nature conventionnelle de la reconstruction du cadre interprétatif empêche, ou du moins limite fortement la possibilité d'en faire scientifiquement usage pour apprécier le degré d'indétermination du droit. En revanche, le cadre interprétatif constitue, pour Guastini, le moyen d'une description fructueuse du degré de rattachement à l'énoncé d'une interprétation authentique donnée³⁰³². Autrement dit, il permet de discriminer les décisions dans lesquelles les interprètes sont restés « raisonnables », de celles où ils ont fait preuve d'une activité créatrice dépassant ce qui était concevable à un moment donné³⁰³³ et, par-là, potentiellement abusive³⁰³⁴.

³⁰²⁶ L'interprétation-création procède classiquement d'une déduction pseudo-logique, par laquelle elle prétend le plus souvent découvrir une norme implicite, comme induire du principe d'ordre public le principe de protection de la dignité humaine (*ibid.*).

³⁰²⁷ JOUANJAN O., « La théorie des contraintes juridiques... », art. cit., p. 40 : « Dans la "théorie" kelsénienne de l'interprétation, il y a un alliage ou une alliance impossible entre le jeu de la volonté et la fixité du cadre connaissable (...) Du point de vue d'une théorie de l'interprétation, quelle qu'elle soit, la distinction du "cadre" et des "interprétations possibles (et limitées)" est arbitraire, naïve et, en vérité, impossible ».

³⁰²⁸ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 335.

³⁰²⁹ Dans ce premier cas, l'auteur de l'énoncé a souhaité conférer une certaine liberté à l'interprète de l'application, alors que dans le second, l'indétermination provient d'une maladresse de l'auteur de la norme (*id.*, p. 336-337). Cette distinction paraît cependant peu opérationnelle dans le cas de l'état d'urgence. Il est en effet réducteur de limiter le constat de l'équivocité du vocabulaire à l'indétermination involontaire des énoncés. Ces deux formes d'indéterminations s'entremêlent, pour ne pas conférer trop frontalement un pouvoir discrétionnaire à l'interprète, tout en lui ouvrant la voie en pratique.

³⁰³⁰ TROPER M., *Le droit et la nécessité*, op. cit., p. 155-156.

³⁰³¹ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 342 : « L'interprétation rigoureusement scientifique des lois étatiques (...) qui montre, sur la base d'une analyse critique, toutes les interprétations possibles, même celles qui ne sont pas politiquement souhaitables et qui n'ont peut-être pas été du tout voulues par le législateur (...) peut montrer à l'autorité qui crée le droit combien son œuvre est loin de satisfaire au postulat de technique juridique de formuler des normes de droit qui soient le plus univoques possible ».

³⁰³² GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 24-25.

³⁰³³ *Ibid.*

³⁰³⁴ V. MERCIER J., « Le droit constitutionnel réinterprété... », art. cit. ; GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 235.

b – L’outil d’une critique constructive des interprétations non conformes

761. Pour dissiper toute ambiguïté sur les finalités de l’exploitation du cadre interprétatif, il convient de différencier les jugements pouvant possiblement être portés sur leur objet empirique. Une interprétation authentique peut, indépendamment, être tenue pour souhaitable, pour valide sur le plan formel et/ou pour valide sur le plan matériel.

762. Le premier jugement, celui portant sur le caractère « souhaitable » d’une interprétation authentique, ne relève tout simplement pas de la science du droit. Tout comme ses autres outils scientifiques, le cadre interprétatif n’a pas vocation première à distinguer les bonnes interprétations des mauvaises, pas plus qu’il ne permet de déterminer celles qui sont utiles et opportunes de celles qui ne le sont pas. S’il peut éventuellement servir d’argument au soutien d’un jugement de valeur, une telle opération n’en serait pas moins contraire aux principes fondamentaux du positivisme juridique.

763. Le second jugement, celui portant sur la validité formelle d’une interprétation authentique, ne relève pas non plus du champ d’application du cadre interprétatif. En effet, adopter une lecture exclusivement formelle de la validité mène systématiquement à tenir pour valide l’interprétation authentique que l’ordre juridique reconnaît, fût-ce son contenu matériel antinomique avec les normes qui lui sont supérieures. C’est la position adoptée par les réalistes sceptiques, pour qui seul l’interprète de dernier ressort peut se prononcer sur la validité juridique de l’interprétation authentique qui n’est, en elle-même, jamais vraie ou jamais fausse³⁰³⁵, à la manière d’un énoncé performatif³⁰³⁶. C’est aussi la conclusion à laquelle mène la théorie schmittienne. Acte de volonté garant de la réalisation du droit dans sa totalité³⁰³⁷ et générateur de l’ordre juridique³⁰³⁸, la décision sur l’exception est intrinsèquement juridique, et ce, quand bien même elle serait irrégulière sur le plan matériel.

764. Le troisième jugement, celui portant sur la validité matérielle d’une interprétation authentique, c’est-à-dire sur sa conformité au contenu matériel des normes qui lui sont supérieures, relève ou ne relève pas, selon l’approche théorique retenue, du champ d’application du cadre interprétatif. En liant intimement les deux dimensions de la validité, Kelsen prive le

³⁰³⁵ V. NGUYEN T. H., *La notion d’exception...*, *op. cit.*, p. 230 et s. ; CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 30-31.

³⁰³⁶ Dans la terminologie austinienne, il ne s’agit pas d’un énoncé constatatif, c’est-à-dire susceptible d’être vrai ou faux, mais d’un énoncé performatif, ne se caractérisant que par sa réussite ou son échec (AUSTIN J. L., *How to Do Things with Words...*, *op. cit.*).

³⁰³⁷ GOUPY M., *L’état d’exception ou l’impuissance...*, *op. cit.*, p. 237-238.

³⁰³⁸ V. par ex. CASSELLA S., *La nécessité en droit international...*, *op. cit.*, p. 46.

cadre interprétatif de l'essentiel de son intérêt scientifique, alors que l'approche guastinienne, en définissant la validité matérielle comme l'inscription dans le cadre d'une interprétation authentique, confère à ce champ d'études un avenir certain.

764.1. Hans Kelsen reconnaît à la validité un double critère formel et matériel, mais refuse de les dissocier. Pour ce dernier, toutes les normes qui appartiennent au système juridique sont valides : soit une norme est valide, soit elle n'est pas une norme³⁰³⁹. Il n'est donc pas possible qu'une norme soit valide sans être conforme, formellement et matériellement, au droit. En effet, pour ce dernier, l'interprétation authentique s'effectue au sein du cadre interprétatif³⁰⁴⁰, ce qui lui confère son caractère régulier³⁰⁴¹. Or, comme la pratique l'a montré, certaines décisions reconnues par le système juridique sont matériellement « hors-cadre », c'est-à-dire contraires aux normes qui leur sont supérieures. Dérangé par une telle hypothèse, Kelsen laisse planer le doute sur leur validité juridique, ce qui revient, indirectement, à reconnaître que sa position mène à une impasse.

764.2. Riccardo Guastini reconnaît, pour sa part, qu'il peut exister dans le système juridique des normes valides sur le plan formel, mais invalides sur le plan matériel³⁰⁴², même si seule la reconnaissance de celle-ci par un interprète authentique – le « jugement de validité »³⁰⁴³ – est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques³⁰⁴⁴. Cette position implique qu'il soit possible, par un acte de connaissance scientifique, de constater la non-conformité d'une interprétation authentique. En effet, dès lors qu'il est possible d'analyser les limites acceptables d'interprétation de l'énoncé interprété et de l'énoncé qui lui est supérieur, alors il est possible de conclure qu'un des deux énoncés est invalide sur le plan matériel³⁰⁴⁵. Dans la perspective guastinienne, le cadre interprétatif autorise donc à mener une critique constructive de la validité matérielle des interprétations authentiques.

³⁰³⁹ MILLARD É., « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », art. cit.

³⁰⁴⁰ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 338 : « La décision se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi ».

³⁰⁴¹ *Ibid.* : « Tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier ».

³⁰⁴² Guastini ne définit pas la validité comme seule « appartenance au système juridique », mais comme le caractère d'une norme « formellement conforme et matériellement non incompatible avec les normes et métanormes qui lui sont formellement et matériellement supérieures » (CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 29-31).

³⁰⁴³ V. GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 87-100.

³⁰⁴⁴ La typologie guastinienne n'a pas d'incidence sur les critères formels ou procéduraux de reconnaissance d'une norme dans l'ordre juridique, mais seulement sur la compréhension de la production de son contenu. Une interprétation-création appartient au système juridique tant qu'un interprète authentique n'a pas tiré les conséquences de cette invalidité (CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in *id.*, p. 24).

³⁰⁴⁵ VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit.

765. Peu soucieuse de ces querelles théoriques et définitionnelles, la majorité de la doctrine admet comme lui qu'une décision peut aller à l'encontre du droit positif tout en appartenant à l'ordre juridique ou, *a minima*, qu'un discours utile sur le droit ne peut s'arrêter à la validité formelle des interprétations³⁰⁴⁶. Ce n'est pas le cas de certains théoriciens du droit, qui contestent sérieusement la validité scientifique de cette approche. En créant l'illusion de la possibilité d'une connaissance objective de la conformité matérielle des interprétations authentiques, la perspective guastinienne souffrirait d'un quasi-cognitivismes condamnable³⁰⁴⁷. Si Guastini s'en défend en insistant sur le caractère conventionnel et stipulatif de la reconstruction du cadre interprétatif et, par voie de conséquence, de tout jugement scientifique sur la conformité d'une interprétation authentique aux normes qui lui sont supérieures, cette prudence démontre aussi la fragilité intrinsèque de cette perspective. Prise en étau entre le piège cognitiviste et l'impossibilité de produire des données scientifiques certaines, la classification des interprétations authentiques au moyen du cadre interprétatif paraît condamnée à la stérilité.

766. Il existe pourtant un chemin épistémologique permettant de dépasser ces apparentes apories et de faire du cadre interprétatif un outil puissant, susceptible de servir la mission de connaissance de la science du droit par la rationalisation de l'étude des pratiques interprétatives potentiellement abusives de certains acteurs juridiques. En effet, s'il ne sait rendre directement compte de la réalité de l'énoncé positif, il peut devenir un indicateur fidèle de la démarche dans laquelle s'inscrivent ses interprètes et donc, indirectement, de l'acceptabilité des décisions.

767. La classification par le chercheur des interprétations authentiques par rapport au cadre interprétatif est une démarche à la vocation et aux méthodes scientifiques, produisant des résultats qui ne sont pas, en eux-mêmes, la vérité, mais qui portent la marque de l'intention d'y parvenir du chercheur, dans la limite des moyens qui sont les siens³⁰⁴⁸. L'exploitation du cadre

³⁰⁴⁶ La doctrine a par exemple critiqué sans ménagement l'interprétation extensive de l'article 11 par le Général de Gaulle en 1962, malgré sa validité formelle (V. NOËL J., « Pour une analyse épistémologique de la querelle autour de l'article 11 », *RFDC*, n° 106, juin 2016, p. 391-409, p. 394-396), tout comme elle a abondamment commenté les interprétations constructives des états d'urgence français. Par exemple, pour Fabrice Hourquebie, « l'état d'urgence, les pleins pouvoirs ou encore la théorie des circonstances exceptionnelles permettent, par interprétation constructive de l'autorité politique et abstention négligente du juge, d'aller au-delà de ce que les régimes permettent en réalité » (« Régimes d'exception et contre-pouvoirs... », art. cit., p. 98).

³⁰⁴⁷ Pour Alexandre Viala, la réfutation de la thèse kelsénienne selon laquelle toutes les normes appartenant à l'ordre juridique sont valides oblige Guastini, d'une part, à adopter une position quasi-cognitiviste, qui reviendrait *in fine* à soutenir que l'interprétation juridictionnelle conduisant à l'annulation d'une norme est un acte de connaissance et, d'autre part, à surestimer la logique langagière au détriment de la réalité (« Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit.).

³⁰⁴⁸ Les moyens dont le chercheur dispose sont, entre autres, de livrer ses présupposés, de rechercher les biais auxquels il s'expose, d'avoir le souci de l'épistémologie, de ne pas surinterpréter ses résultats et de ne jamais les tenir pour acquis.

interprétatif, comme son produit, procèdent ainsi d'une « intention de seule vérité ». Or, pour décider, l'interprète authentique dispose – du moins en ce qui concerne l'énoncé juridique³⁰⁴⁹ – des mêmes matériaux que le chercheur. Il est donc en mesure de choisir une signification s'inscrivant dans son champ, tout comme il peut s'en écarter³⁰⁵⁰, notamment au profit d'autres contraintes qu'il estime plus importantes³⁰⁵¹. L'interprétation authentique peut donc soit procéder d'une « intention de vérité et de performativité », soit d'une « intention de seule performativité ». Dès lors, en observant le positionnement de la décision par rapport au cadre reconstruit, la pertinence des motivations juridiques avancées ou encore la cohérence entre les décisions prises, le chercheur est en mesure de déterminer, en dépit des éléments de fait qui lui manquent, si les interprètes authentiques ont fait primer le sens de l'énoncé ou, au contraire, s'ils ont fait primer d'autres impératifs.

768. Finalement, l'imperfection du cadre interprétatif n'est pas un obstacle infranchissable à l'appréciation de la volonté de l'interprète authentique de respecter le sens conventionnellement admis de l'énoncé. Cet outil permet de révéler les abus interprétatifs, avec un degré de certitude d'autant plus grand que l'interprétation authentique considérée est créative³⁰⁵². Néanmoins, une telle faculté impose un souci constant du chercheur de rendre compte des sens de l'énoncé avec autant d'objectivité et de systématisme que possible. La première nécessité est donc de discuter des modalités précises de construction et d'exploitation du cadre interprétatif.

³⁰⁴⁹ En ce qui concerne la situation de fait, le chercheur ne dispose en effet, le plus souvent, que de la présentation qu'en livre l'administration ou le juge dans sa décision. Les faits, tels qu'ils apparaissent dans les notes blanches, les pièces versées au procès ou les échanges oraux de l'audience, lui restent le plus souvent inaccessibles.

³⁰⁵⁰ L'interprète authentique peut, comme le suggère d'ailleurs Kelsen, diligenter une interprétation scientifique de l'énoncé, préalablement à sa décision. Il est ainsi en mesure d'élire une signification raisonnable au regard des différentes techniques interprétatives conventionnellement admises qu'il est possible d'en faire, parmi celles qui répondent au mieux aux exigences de la situation. Il peut aussi choisir de ne pas mener d'interprétation scientifique préalable de l'énoncé, ou, ce qui revient au même d'un point de vue extérieur, choisir de s'en écarter sciemment.

³⁰⁵¹ Lorsque l'interprète authentique choisit la voie de l'interprétation-création, l'interprétation retenue se caractérise par une absence de volonté de respecter le champ ouvert par l'énoncé, au profit des bénéfices – effets sur le droit positif, sur le rapport de force politique ou sur l'opinion publique – que confère la création d'un sens nouveau.

³⁰⁵² Un exemple simple permet de s'en rendre compte. L'article 2 de la Constitution française dispose que « L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge ». Reconstruire le cadre interprétatif de cet énoncé ne permet pas de déterminer, avec certitude, des nuances précises de couleur qu'il autorise, au vu de l'existence de plusieurs classifications des couleurs, de précédents historiques contradictoires ou d'invocation de diverses techniques interprétatives. Pour autant, une interprétation authentique imposant aux mairies d'arborer un drapeau bicolore, ou à pois roses, procéderait manifestement d'une intention autre que celle de vérité.

§2 – Vers un emploi fructueux du cadre interprétatif

769. Pour que la communauté scientifique se saisisse de cet outil et des potentialités qu'il renferme, il faut parvenir à lever les obstacles à la reconstruction et à l'exploitation effective du cadre interprétatif. À ce titre, l'adoption d'une typologie quadripartite constitue une réponse satisfaisante au problème du flou des frontières du cadre en ce qu'elle permet de gagner en précision et en objectivité (a). Par ailleurs, une méthode plus procédurale et pragmatique permet de compenser efficacement le caractère nécessairement conventionnel de cet outil (b).

a – La création d'une nouvelle catégorie typologique

770. L'identification des différentes significations contenues dans un énoncé juridique, c'est-à-dire la construction de son cadre interprétatif, se heurte systématiquement au flou de ses propres frontières³⁰⁵³. En effet, si la théorie guastinienne du cadre d'interprétation ouvre des perspectives réelles dans la description des pratiques interprétatives les plus extrêmes des acteurs juridiques, et en particulier des abus interprétatifs, son champ d'action utile est fortement amoindri par la discrétionnarité inhérente à la délimitation précise des frontières entre l'interprétation-décision et l'interprétation-création. Celle-ci est d'autant plus marquée que les notions mobilisées par l'énoncé sont floues. Par exemple, la notion de « péril imminent » de l'état d'urgence sécuritaire ne permet aucunement de fixer *a priori* un nombre de jours à partir duquel l'imminence est caractérisée, pas plus qu'elle ne donne un *criterium* objectif, en nombre de vies humaines ou en coût matériel, à partir duquel il est conforme à l'énoncé de qualifier la situation de péril.

771. Pour les mêmes raisons qu'il est impossible de placer par un acte de connaissance certain la frontière entre un cas facile et un cas difficile³⁰⁵⁴, il est illusoire de voir dans la démarche de reconstruction du cadre interprétatif un acte de connaissance au sens fort, révélant les seules et vraies interprétations conformes d'un énoncé. Face à une interprétation authentique douteuse, le chercheur se voit donc contraint de choisir entre les qualificatifs parfaitement opposés de « conforme » ou de « non conforme ». La conclusion de cette opération de

³⁰⁵³ V. GUASTINI R., « Réalisme et antiréalisme dans la théorie de l'interprétation, in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 431-457, p. 439 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 25.

³⁰⁵⁴ Cf. *supra*, n° 728.

classification dépend ainsi d'un choix incertain, fragile et plus dépendant de celui qui l'opère que d'une réalité objective. D'autant qu'à n'en pas douter, la frontière des interprétations authentiques tenues pour acceptables est, en renvoyant à la place de l'acteur juridique dans un système juridique de référence et à une époque donnée, elle-même soumise à interprétation.

772. Il n'est toutefois ni besoin de faire le deuil d'une appréciation scientifique de la liberté interprétative prise par l'acteur juridique dans les cas les moins évidents, ni de se résigner à utiliser cet outil avec une modestie exacerbée lui enlevant tout intérêt. Il est au contraire possible d'apprivoiser le flou qui règne aux frontières du cadre interprétatif par la création d'une nouvelle catégorie typologique : « l'interprétation-superposée ».

773. Située entre l'interprétation-décision et l'interprétation-crédation, dans la zone-tampon – plus ou moins étendue selon la teneur matérielle de l'énoncé – que représente la frontière du cadre interprétatif, cette nouvelle catégorie typologique permet de subsumer l'ensemble des interprétations authentiques dont il est impossible ou hautement discrétionnaire, pour le sujet connaissant, de dire si elles appartiennent à l'une ou à l'autre de ces catégories.

774. Cet ajout, qui peut paraître mineur au premier abord, a pourtant une portée décisive sur la précision et l'objectivité de l'opération de classification des interprétations authentiques au prisme du cadre interprétatif. Il augmente en effet la valeur scientifique de la classification d'interprétations authentiques dans les deux autres catégories. À la manière de l'item « *no response* » – aussi appelé filtre « *don't know* » – des enquêtes psychologiques, sociologiques ou d'opinion³⁰⁵⁵, cette catégorie intermédiaire donne au chercheur confronté à un cas difficile la possibilité de s'abstenir de trancher entre deux réponses incertaines, fragiles et contingentes. Il limite donc le risque de classifications à faible valeur scientifique, avec un bénéfice qui l'emporte largement sur les externalités négatives supposées d'une telle possibilité³⁰⁵⁶. Plus qu'une absence de réponse³⁰⁵⁷, cette nouvelle catégorie typologique valorise utilement le

³⁰⁵⁵ KROSnick J. A., « Question and Questionnaire Design », in *Handbook of Survey Research*, 2nd Edition, 2009, en ligne, p. 31 : « *What happens when people are asked a question about which they have no relevant knowledge? Ideally, they will say that they do not know the answer. But respondents may wish not to appear uninformed and may therefore give an answer to satisfy the interviewer (...). In order to reduce the likelihood of such behavior, some researchers have recommended that don't know (DK) options (or filters) routinely be included in questions (...). By explicitly offering a DK option, filters tell respondents that it is acceptable to say they have no information with which to answer a question.* ».

³⁰⁵⁶ Dans le champ d'application précité, l'efficacité de ce filtre est parfois contestée, principalement parce qu'elle est utilisée par certains répondants comme une solution de facilité pour esquiver l'effort de choisir ou l'ambiguïté de la question (V. *id.*, p. 31 et s.). Néanmoins, la critique n'est pas ici transposable. En science, ne pas trancher en l'absence de certitude et ne pas réduire artificiellement l'ambiguïté d'un objet sont des vertus à préserver.

³⁰⁵⁷ Pour certains statisticiens, il n'est pas correct de traiter la réponse « je ne sais pas » comme une absence de réponse : « (...) "*don't know*" is a valid response to all extent, as it informs about a specific state of mind of the

constat de l'ambiguïté d'une interprétation. Le choix de classer une interprétation dans la catégorie des interprétations-superposées doit ainsi, en dernière lecture, être compris comme l'affirmation conjointe de l'impossibilité de la subsumer dans l'une des deux autres catégories et de son appartenance à cette catégorie intermédiaire des interprétations présentant un caractère ambigu³⁰⁵⁸.

775. En outre, cette nouvelle catégorie typologique est susceptible d'une exploitation statistique porteuse. Elle permet d'attirer l'attention des chercheurs et des acteurs du droit sur les énoncés juridiques dangereux du point de vue de la sécurité juridique. En effet, si le chercheur est fréquemment amené à classer les interprétations authentiques d'un énoncé d'interprétations-superposées, cela signifie que cet énoncé favorise, par l'emploi de notions indéterminées, par une structure ambivalente ou par des prévisions contradictoires, des interprétations « constructives » ou « discutables ». En conférant aux interprètes authentiques l'opportunité d'exercer une liberté interprétative réelle, mais cette fois dissimulable derrière des justifications formelles acceptables ou du moins, plus convaincantes que dans le cas précédent, ils réduisent substantiellement la possibilité de contrôle de contrepouvoirs déjà réticents à s'opposer aux autorités d'application dans des cas plus manifestes d'abus³⁰⁵⁹.

776. Si la création de la catégorie intermédiaire d'interprétation-superposée résout, au moins partiellement, le problème du flou des frontières du cadre interprétatif, elle ne répond cependant pas à la question brûlante des critères, ou des techniques interprétatives qui doivent être appliquées par le chercheur pour reconstruire le cadre d'un énoncé.

respondent, and then it is not correct to treat it as a missing value, as usual » (MANISERA M., ZUCCOLOTTO P., « A proposal for the treatment of "don't know" responses" », *Syrto working paper series*, n° 13, 2013, en ligne).

³⁰⁵⁸ Par définition savant dans le domaine du droit, le chercheur en droit est en mesure d'apprécier – au moins aussi bien – que l'interprète authentique si l'interprétation considérée est conforme à l'énoncé. S'il ne s'estime pas à même de classer avec conviction une interprétation authentique dans l'une des deux autres catégories, c'est qu'elle ne peut y appartenir de manière certaine. Ainsi, en subsumant l'interprétation authentique dans la catégorie d'interprétation-superposée, il choisit la seule catégorie pertinente, celle-là même qui souligne son ambiguïté.

³⁰⁵⁹ Un énoncé favorisant des interprétations-superposées est, à bien des égards, plus problématique qu'un énoncé explicitement contraire aux normes qui lui sont supérieures, ou qu'un énoncé ouvrant un large champ de significations potentielles, mais avec des frontières plus nettes. Ce n'est pas tant l'étendue du champ ouvert par l'énoncé qui est problématique du point de vue de la sécurité juridique que sa capacité à favoriser des interprétations ambiguës et donc, difficiles à censurer par les contrepouvoirs.

b – Une approche concrète de la construction du cadre interprétatif

777. Pour reconstruire les significations contenues dans l'énoncé, le chercheur doit nécessairement appliquer une méthode, c'est-à-dire un ensemble de techniques interprétatives et de moyens de résoudre les contradictions qu'elles engendrent. Les deux principaux théoriciens du cadre interprétatif proposent des réponses différentes. Pour Kelsen, la reconstruction du cadre d'un énoncé doit prendre en compte, outre la signification des mots employés, les indices relatifs à la volonté de l'auteur de l'énoncé³⁰⁶⁰, ainsi que les connexions qui existent entre l'énoncé et les autres éléments appartenant à l'ordre juridique³⁰⁶¹. Pour Guastini, elle s'effectue au moyen de la syntaxe et de la terminologie des énoncés, ou encore de leur logique intrinsèque.

778. Toutefois, que l'on interroge la portée des critères considérés (les finalités de l'énoncé entrent-elles dans le champ de sa logique ? L'identification des connexions qui unissent l'énoncé au reste de l'ordre juridique implique-t-elle de reconstruire également le cadre de ces autres éléments de droit positif ?), la nature des liens qui les unissent (lesquels priment lorsqu'ils entrent en contradiction ?) ou, tout simplement, leur légitimité par rapport aux autres critères envisageables pour reconstruire le cadre, force est de constater que ces instructions posent plus de questions qu'elles n'en résolvent. Il faut donc – comme le fait par ailleurs Guastini – se rendre à l'évidence qu'à l'image du cadre interprétatif lui-même, le choix des doctrines, des techniques interprétatives et des critères de sa construction du cadre ne peut être que stipulatif et imparfait.

779. De ce double constat de l'impossibilité de répondre objectivement à la question de la méthode de construction du cadre et de l'absence de consensus des théoriciens du droit sur les critères qui peuvent, ou doivent être pris en compte, il faut conclure à l'existence d'un noyau incompressible de discrétionnarité dans la construction du cadre interprétatif. Dit autrement, cet outil reflète toujours, au moins partiellement, la subjectivité du chercheur et, dans le meilleur des cas, l'intersubjectivité des juristes sur un énoncé. La seule voie raisonnable consiste donc à accepter de se conformer à un nombre réduit de méthodes de construction du cadre. Aussi

³⁰⁶⁰ Pour Kelsen, il peut en effet y avoir discordance entre « l'expression linguistique de la norme, son texte » et « la volonté de l'autorité créatrice de la norme que ce texte devait exprimer ». Cela implique que la volonté de l'autorité qui a édicté la norme peut ne pas correspondre aux expressions employées dans la norme, totalement ou partiellement (dans le cas d'une signification commune aux lectures littérales et téléologiques du texte), mais aussi qu'il est possible de rechercher la volonté de l'autorité dans d'autres sources que la lettre de l'énoncé (V. **KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 337).

³⁰⁶¹ *Id.*, p. 339.

arbitraires soient-ils, des critères communs sont essentiels pour faciliter le dialogue scientifique et construire une connaissance commune des énoncés juridiques, même si, n'en déplaise à Hans Kelsen³⁰⁶², ils ne permettent pas de prétendre à une parfaite répliquabilité scientifique³⁰⁶³.

780. Si le cadre interprétatif ne permet pas d'affirmer avec certitude si une interprétation authentique est conforme à un énoncé, il permet en revanche d'affirmer, avec un degré de certitude et d'objectivité bien supérieur à l'exégèse doctrinale classique des énoncés, si une seconde interprétation est, par rapport à une première, plus susceptible ou non d'être conforme à l'énoncé. Et ainsi de suite : plus le nombre de décisions traitées augmente, plus le cadre gagne en objectivité scientifique ; chaque nouvelle décision venant conforter, ou au contraire remettre en question les classifications précédentes³⁰⁶⁴. Dès lors, une détermination trop imprécise des frontières peut être corrigée si le nombre de décisions traitées est suffisant. De même, une détermination trop permissive ou, au contraire, trop stricte des frontières n'affectera que la « sensibilité de l'analyse » pour repérer les abus et non leur hiérarchie relative³⁰⁶⁵.

781. Sans chercher à minimiser le caractère conventionnel et stipulatif d'un cadre interprétatif n'existant qu'au prix de la lumière subjective portée sur l'énoncé par la communauté des chercheurs, ou à donner tort aux commentateurs qui y voient un outil contraire à la « logique pure du réalisme contemporain »³⁰⁶⁶, cette conception renouvelée de la typologie des interprétations et la méthode procédurale de reconstruction du cadre qui l'accompagne confèrent un avenir au cadre interprétatif. Ce n'est en effet qu'en s'affranchissant de la quête

³⁰⁶² Selon Kelsen, la raison pour laquelle le cadre ne permet pas de trouver la seule interprétation « correcte » dans un cas concret tient à l'absence d'un *critérium* objectif permettant d'identifier la « bonne » méthode d'interprétation à mobiliser, parmi les nombreuses à la disposition de l'interprète (V. KELSEN H., *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 337-340). Ce positionnement théorique, d'apparence raisonnable, traduit en fait une conception hautement cognitiviste, selon laquelle si la méthode interprétative était déterminée, une solution unique pourrait être identifiée. Or, comme expliqué ci-dessus, connaître la méthode interprétative employée ne suffit pas à appliquer objectivement l'énoncé dans une situation donnée.

³⁰⁶³ S'accorder sur ensemble commun de techniques interprétatives n'empêchera pas deux chercheurs d'aboutir à des résultats différents, et ce, même dans le cas le plus simple où ils auraient pour instruction d'interpréter littéralement et statiquement le texte. Il suffirait que l'un des mots soit polysémique pour risquer une compréhension différenciée du ou des sens d'un énoncé.

³⁰⁶⁴ À la manière de l'enseignant qui affine sa notation au fur et à mesure qu'il avance dans la correction des copies d'un examen, le chercheur peut réajuster procéduralement les frontières entre les trois catégories typologiques, en confrontant les décisions les unes par rapport aux autres.

³⁰⁶⁵ Par analogie, déterminer si le vote pour un parti politique donné est corrélé aux revenus ne nécessite pas de placer une quelconque frontière entre « riche » et « pauvre ». Ce qui compte, c'est d'être en mesure d'affirmer si, statistiquement, une personne plus pauvre qu'une autre aura, ou non, plus de probabilité de compter parmi les électeurs de ce parti politique.

³⁰⁶⁶ Soutenir qu'il existe des interprétations-décisions et des interprétations-crétions, c'est laisser entendre qu'un énoncé exprime déjà une norme avant interprétation et, par là, oublier la logique pure du réalisme contemporain (VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit.).

illusoire de pureté méthodologique et épistémologique, que partagent réalistes et cognitivistes, que la science du droit peut oser décrire le droit positif au moyen des outils les plus efficaces qui sont à sa portée, avec le souci constant d'en améliorer la scientificité.

B – EXPLIQUER LE DROIT PAR LE PRISME DES CONTRAINTES JURIDIQUES

782. En permettant au juriste d'expliquer le droit positif à l'aune de l'économie réelle de sa genèse, l'analyse des contraintes ouvre des perspectives nouvelles pour la science du droit. Elle ne saurait toutefois prétendre devenir un jour l'un des instruments fondamentaux de la recherche juridique sans avoir, au préalable, été dotée d'un cadre théorique en légitimant l'usage. Son avenir scientifique est, en outre, conditionné à la détermination précise de son champ empirique. Celui-ci, qui doit se limiter aux seules contraintes « juridiques », ne saurait en effet, sauf à abandonner l'idée même de frontière disciplinaire, inclure des éléments de faits n'ayant qu'un lien trop ténu avec le droit (§1). En dépit de l'obstacle majeur que représente l'identification *in casu* des contraintes juridiques, les efforts qui seront déployés en faveur d'une telle analyse ne sont pas vains. En témoigne, parmi d'autres exemples, l'objectivité nouvelle que confère une analyse de la félicité juridictionnelle des décisions à la description de l'effectivité du contrôle exercé par le juge (§2).

§1 – Les prérequis théoriques de l'étude des contraintes juridiques

783. Proposer un cadre théorique sécurisant la mobilisation de la théorie des contraintes juridiques implique de répondre méticuleusement à la question première de la nature du droit et de ses sources. Si l'ontologie adoptée ne peut être qu'expressive, ou *a minima*, duale, en permettant d'embrasser la richesse des chaînes causales menant aux décisions prises sans s'enfermer dans le prisme limitant d'une lecture univoque du réel (a), elle doit cependant être accompagnée d'une posture disciplinaire humble, seule à même de conférer de la valeur à ses résultats (b).

a – Une certaine conception de la nature du droit et de ses sources

784. Une ontologie juridique reconnaissant une interaction causale entre le droit et ses sources matérielles est un présupposé indispensable à toute prise en compte scientifique des contraintes. En effet, alors que l'étude de l'interprétation juridique peut, au prix de la richesse

de son analyse, s'accommoder d'une ontologie formelle du droit et de ses sources³⁰⁶⁷, un tel cadre théorique empêche purement et simplement toute étude des contraintes juridiques, sinon leur reconnaissance même :

« Les tenants de la norme, c'est-à-dire ceux qui mettent en avant une théorie fondée sur l'assimilation du droit à un système normatif conçu comme Sollen et non comme Sein, se désintéressent de la notion même de contrainte car elle échappe au champ juridique qu'ils définissent. Parce qu'elle est une conséquence et non un élément du système juridique, la contrainte n'est pas juridique et se situe sur le terrain du Sein. Elle ne relève donc pas d'une science normative, mais d'une science sociale et est rejetée dans l'arsenal des objets de la science politique, de la sociologie voire de la psychologie »³⁰⁶⁸.

785. Au prisme d'une ontologie expressive du droit et de ses sources – ou, *a minima*, d'une approche « mixte » reconnaissant au droit une double nature idéale et factuelle³⁰⁶⁹ –, l'interprétation authentique n'a pas pour seules sources les normes supérieures du système juridique, c'est-à-dire une chaîne de validité, mais un ensemble d'éléments factuels, c'est-à-dire une chaîne de causalité³⁰⁷⁰, elle-même susceptible, dans un sens, de fonder la validité du droit³⁰⁷¹. Partie intégrante des sources matérielles du droit, la contrainte représenterait donc le moyen privilégié d'expliquer – si ce n'est de prédire³⁰⁷² – le comportement des autorités normatives et des destinataires de la norme. Selon une telle approche, il est donc possible, sinon essentiel de décrire cette réalité matérielle et de retracer au plus proche des matériaux observables les liens entre les contraintes et la décision prise par l'interprète authentique, cette dernière étant appréhendée comme le produit d'un contexte et d'une subjectivité.

786. Si l'ensemble des théories modérées de l'interprétation permettent, dans l'absolu, l'étude des contraintes juridiques, elles lui ouvrent cependant des perspectives bien différentes en fonction des méthodes qu'elles revendiquent et de la définition factuelle du droit qu'elles

³⁰⁶⁷ Cf. *supra*, n° 34.

³⁰⁶⁸ MILLARD É., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 152 et s.

³⁰⁶⁹ V. par ex. ROSS A., *Introduction à l'empirisme juridique*, op. cit., p. 23 et s.

³⁰⁷⁰ TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Introduction », art. cit., p. 4 : « Quelle que soit l'explication que l'on donne d'un certain comportement, cette explication restera causale ».

³⁰⁷¹ Pour Alf Ross, les « facteurs libres » influencent les comportements de manière inconsciente alors que le droit le fait de manière explicite. Or, la répétition, l'habitude d'obéir de manière intéressée à la contrainte juridique va à son tour influencer les comportements non intéressés. Les facteurs libres vont donc, *in fine*, renforcer la légitimité de l'ordre de contrainte, et donc sa validité. L'obligation juridique n'est ainsi, selon cet auteur, pas une obligation morale, mais une obligation liée à la contrainte réelle (*Introduction à l'empirisme juridique*, op. cit., p. 23 et s.).

³⁰⁷² V. MICHAUT F., « L'École de la "sociological jurisprudence", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 17, 1986/2, p. 33-75.

élisent. En effet, les contraintes ne sont pas envisagées sous le même prisme selon que l'on adopte la perspective de l'école de Gênes, attachée aux préceptes de la théorie analytique du langage³⁰⁷³, ou celle de l'école de la « *sociological jurisprudence* » du réalisme américain, qui identifie le droit comme un phénomène sociologique et le traite donc comme tel³⁰⁷⁴. De même, le champ d'analyse dépend du cadre théorique choisi. Ainsi, pour Riccardo Guastini, qui part du postulat que le droit est fondamentalement « langage »³⁰⁷⁵, la science du droit doit avant tout se saisir des « comportements linguistiques » des acteurs juridiques³⁰⁷⁶, alors que la définition plus ouverte du droit des réalistes américains ou scandinaves mène logiquement à embrasser un ensemble plus large de comportements des autorités normatives³⁰⁷⁷.

787. La question de la nature et du champ des contraintes pris en compte est d'une importance capitale dans la perspective d'une utilisation scientifique concrète de la théorie des contraintes juridiques. En effet, dès lors que l'on admet que les normes qui constituent le système juridique ne sont plus que des facteurs parmi d'autres de l'agir juridique³⁰⁷⁸, la production et l'interprétation du droit apparaissent comme les produits d'une suite de faits juridiques, mais aussi politiques, idéologiques, économiques, linguistiques, historiques, sociétaux, anthropologiques psychologiques ou même physiologiques³⁰⁷⁹, qui font appel à une série complexe d'appréciations factuelles et idéelles de la part de l'autorité agissante³⁰⁸⁰.

³⁰⁷³ L'école de Gênes est née sous l'impulsion de Giovanni Tarello, le directeur de thèse de Riccardo Guastini. Très influencés par la lecture de ceux ayant contribué à construire la théorie analytique du langage (Bentham, Wittgenstein, Austin ou Searle), ses auteurs s'inscrivent dans la théorie analytique du droit ouverte par Norberto Bobbio dans son article fondateur de 1953 (V. CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 7 et s.). Chez Guastini en particulier, le droit est un objet qu'il s'agit d'appréhender au moyen d'une méthode qui utilise le langage comme outil précieux de déconstruction. La clarification du langage et l'art de la distinction étant, dans cette perspective, les principaux outils du chercheur en droit (VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit.).

³⁰⁷⁴ V. MICHAUT F., « L'École de la "sociological jurisprudence"... », art. cit., p. 33-75.

³⁰⁷⁵ GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio*, Turin, Giappichelli Editore, 2001.

³⁰⁷⁶ C'est-à-dire, de leurs décisions et des motivations qui les accompagnent, mais aussi des normes produites par la « conduite régulière des organes étatiques ». En effet, dans la logique de Riccardo Guastini, la coutume constitutionnelle ne doit pas être tenue pour fondamentalement différente des articles du texte constitutionnel (V. GUASTINI R., « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in AMSELEK P. (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, Paris, 1993, p. 250 ; VIALA A., « Riccardo Guastini, traduit et préfacé... », art. cit.).

³⁰⁷⁷ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Présentation », in GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, op. cit., p. 14.

³⁰⁷⁸ V. HERRERA C.-M., « Décisionnisme », art. cit., p. 1074 et s.

³⁰⁷⁹ Pour des tentatives d'énumérations des différentes sources du droit et de l'interprétation juridique, V. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, op. cit., p. 50 ; NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, op. cit., p. 231 ; DRAGO G., « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », art. cit., p. 345-346 ; MAZEAUD P., « La place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Conférence, Erevan, du 29 septembre au 2 octobre 2005.

³⁰⁸⁰ L'interprétation authentique ne peut faire abstraction du réel. La qualification des situations de fait prévues par les textes, l'appréciation des prévisions juridiques (qui mobilise la sémantique pour démêler la polysémie des mots et un savoir juridique transversal pour comprendre l'environnement de l'énoncé), mais aussi l'appréciation des effets prévisibles de la décision ou la construction de la motivation sont des opérations intimement liées à des

788. Les sources plus ou moins déterminantes, plus ou moins conscientes et plus ou moins certaines qui influencent l'interprète authentique ont une complexité et une multiplicité qui tendent vers l'infini. Dès lors, les connaître toutes est à jamais au-delà de l'entendement humain³⁰⁸¹. En plus de ne pouvoir prétendre remonter l'ensemble des liens de cause à effet qui mènent à la norme juridique, le chercheur en droit ne peut pas non plus apprécier toutes les contraintes qui sont "potentiellement" à la portée de son œil instigateur. Le risque d'une telle approche serait double. Disciplinaire d'une part, car la science du droit, en tant que science spécifique, ne pourrait embrasser tous les champs de la connaissance sans perdre son identité. Scientifique d'autre part, en menant inévitablement le chercheur à se prononcer sur des questions que son champ d'expertise ne lui permet pas d'appréhender et donc, à des conclusions de faible valeur scientifique.

b – Une limitation du champ d'étude aux seules contraintes juridiques

789. Seule une définition stricte du champ des contraintes et des méthodes qu'il peut mobiliser préserve le chercheur de se perdre dans l'infinie complexité des chaînes causales qui concourent à expliquer les énoncés juridiques et leurs interprétations authentiques, diluant alors dangereusement les spécificités de son champ disciplinaire.

790. La *Théorie des contraintes juridiques* de Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats représente la tentative la plus aboutie de construire une théorie proprement juridique des contraintes. Les auteurs consacrent une part importante des développements de cet ouvrage aux questions de la nature et les critères permettant de différencier les contraintes juridiques des contraintes *lato sensu*. Ils aboutissent à la conclusion que si, indéniablement, il existe de nombreuses contraintes extrajuridiques qui influent directement sur la décision prise³⁰⁸², le juriste ne peut et ne doit s'intéresser qu'à celles qui sont directement produites par le droit³⁰⁸³.

éléments extrajuridiques. L'interprétation, même juridique, ne saurait totalement s'abstraire de facteurs subjectifs liés à l'interprète.

³⁰⁸¹ Retracer l'enchaînement causal complet menant à un fait juridique est une entreprise totalement illusoire, allant bien au-delà du champ de l'entendement humain. Il faudrait, en fait, remonter jusqu'au Big Bang. Partant de là, voir dans la décision contemporaine un récit aux rationalités multiples et à la complexité inextricable ne serait qu'un doux euphémisme.

³⁰⁸² TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », art. cit., p. 1-7.

³⁰⁸³ MILLARD É., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 148 et s. : « La Théorie des contraintes insiste sur la démarche de dépsychologisation. Elle entend notamment distinguer des contraintes relevant du champ de la science du droit, parce qu'elles sont juridiques, d'autres contraintes qui, dépourvues de ce

Ainsi, si la composition d'une assemblée ou l'état de l'opinion publique sont assurément décisifs pour expliquer une loi, ces faits n'entrent pas dans le champ d'une étude des contraintes juridiques la prenant pour objet³⁰⁸⁴.

791. Cette définition étroite de la contrainte juridique comme « celle qui est produite par le droit »³⁰⁸⁵ a le mérite d'être fédératrice. En choisissant, par opposition aux réalistes américains ou scandinaves, de limiter l'explication des interprétations authentiques aux seules données analytiques relevant traditionnellement du champ d'expertise du juriste, cette approche paraît poser la première brique d'une réconciliation des différentes théories du droit positivistes, y compris hors du champ du réalisme de l'interprétation.

792. Cependant, l'illusion d'un rapprochement se dissipe dès lors que l'on interroge plus en profondeur le sens que les auteurs de la Théorie des contraintes juridiques attribuent aux mots de cette définition. Si elle est produite par le droit, la contrainte juridique n'en est pas moins une contrainte « de fait »³⁰⁸⁶. Une idée fondamentale du réalisme tropérien est en effet que l'interprète dispose d'une liberté absolue sur le plan juridique. Comme l'affirment sans détour les auteurs de cet ouvrage, « la solution retenue par l'acteur n'est pas déterminée par une norme qui le lierait : il se trouve dans une position de pouvoir discrétionnaire »³⁰⁸⁷. Ainsi, les contraintes « juridiques » ne le sont que par leur origine, et non, par leur nature ou par leurs effets. Elles n'agissent sur la liberté de l'interprète que sur les plans psychologiques et sociaux³⁰⁸⁸. Finalement, l'interprète est libre sur le plan juridique, mais contraint sur le plan matériel par les normes juridiques elles-mêmes.

793. C'est à juste titre que les commentateurs dénoncent une construction artificielle, dictée par un besoin de cohérence avec la thèse tropérienne de la liberté absolue de l'interprète³⁰⁸⁹. En effet, si cette caractérisation de la contrainte juridique ne contredit pas les autres préceptes théoriques du réalisme continental de Michel Troper, elle pose plus de problèmes qu'elle n'en résout. Elle apporte une complexité superfétatoire à l'analyse traditionnelle du droit, qui ne se justifie par aucun intérêt pratique supplémentaire. Plutôt que

caractère, échappent à cette science pour concerner soit la science politique, soit la psychologie, soit d'autres encore ».

³⁰⁸⁴ TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », art. cit., p. 12-13.

³⁰⁸⁵ *Id.*, p. 1.

³⁰⁸⁶ *Ibid.*

³⁰⁸⁷ *Id.*, p. 13.

³⁰⁸⁸ V. TROPER M., *Le droit et la nécessité*, *op. cit.*, spéc. p. 3 et 9 ; NGUYEN T. H., *La notion d'exception...*, *op. cit.*, p. 232.

³⁰⁸⁹ V. PICARD É., « Contre la théorie réaliste... », art. cit.

de reconnaître simplement que le droit contraint l'interprétation authentique, La *Théorie des contraintes juridiques* repose sur le présupposé fragile selon lequel l'interprète dispose d'un pouvoir juridique « discrétionnaire », mais qui, en parfaite contradiction avec la définition même de ce mot³⁰⁹⁰, ne peut être exercé « au bon plaisir » de son détenteur, contraint par le droit lui-même à renoncer à l'exercice d'une liberté absolue, au sens philosophique d'absence de tout déterminisme. Une solution plus satisfaisante aurait sûrement été de reconnaître, à l'image d'Alf Ross, la dualité ontologique du droit et de ses sources, tout en précisant, pour rester cohérent avec le réel, que les contraintes juridiques et matérielles pesant sur l'interprète ne sont pas absolues et que l'interprète qui souhaite les outrepasser le peut formellement, s'il est prêt à en payer les conséquences juridico-politiques³⁰⁹¹.

794. Surtout, cette définition limite l'intérêt pratique d'une étude des contraintes juridiques. En confondant son objet avec celui de la science du droit traditionnelle, cette théorie perd toute plus-value scientifique en matière de description et d'explication des pratiques interprétatives. Il est en effet peu aisé de discriminer une quelconque spécificité de ce champ d'analyse, par rapport aux objets que la grande majorité de la communauté scientifique accepte déjà de prendre en compte : la description du contenu matériel des normes positives, l'appréciation de leur validité et l'explicitation de leur articulation. Elle passe donc complètement à côté des ambitions légitimes d'une théorie des contraintes juridiques, que sont l'identification, la description et la pondération des différents facteurs qui entrent en ligne de compte dans le choix opéré par l'interprète authentique et qui participent, dès lors, à faire du droit positif ce qu'il est.

795. Finalement, si l'étude des contraintes nécessite, pour être légitime au regard des principes du positivisme juridique, de faire preuve de prudence épistémologique en limitant son champ aux seules contraintes « juridiques », elle ne peut, sous peine de redondance avec les outils les plus classiques de la science du droit, adopter une conception trop restrictive des contraintes juridiques. Toute la difficulté d'une mobilisation effective de cet outil réside donc dans la définition opérationnelle de son champ d'études.

³⁰⁹⁰ Le mot « discrétionnaire » admet trois acceptions principales : soit il renvoie à une décision libre, soit il dénote le pouvoir de celui qui décide « en dehors de toute législation établie à l'avance », soit encore le pouvoir de celui qui décide selon son « bon plaisir » (TLFI, entrée « discrétionnaire »).

³⁰⁹¹ Comme en témoigne l'histoire juridique, l'interprète authentique peut toujours choisir d'interpréter l'énoncé à l'encontre de sa lettre, fût-ce sa décision remise en cause ultérieurement et source, pour lui-même, de conséquences désastreuses.

§2 – Les perspectives pratiques ouvertes par la théorie des contraintes

796. L'étude des contraintes juridiques se heurte, en pratique, à un double obstacle : celui d'identifier une délimitation pertinente du caractère « juridique » des contraintes et celui, intimement lié, d'identifier une méthode empirique d'analyse se gardant de surestimer, sur le fondement de sources nécessairement partielles, la rationalité du comportement de l'interprète authentique (a). À condition de parvenir à dépasser ces difficultés, cet outil d'analyse offre des perspectives scientifiques enthousiasmantes, à l'image de son emploi synergique avec le cadre interprétatif et l'outil statistique pour apprécier la contrainte effective des autorités de contrôle sur les autorités d'application (b).

a – Une méthode pragmatique et consciente de ses limites

797. À l'image des critères de construction du cadre interprétatif, une typologie des contraintes ne peut avoir qu'une valeur conventionnelle et stipulative. Cela ne doit cependant pas décourager les tentatives de délimiter les champs respectifs des contraintes « juridiques » et « extrajuridiques », tant une telle opération est essentielle pour l'avenir de cet outil. La présente étude propose de penser cette opposition sous la forme d'un axe, allant des contraintes manifestement juridiques aux contraintes manifestement extrajuridiques avec, au centre, une large zone d'ambiguïté qui concentre l'essentiel de la difficulté de classification.

798. La première extrémité du spectre de la juridicité est constituée des contraintes intrinsèquement juridiques. Elles trouvent directement leur origine dans le droit positif, même si leur force contraignante et la conséquence de leur non-respect sortent au moins en partie du seul champ juridique³⁰⁹². Il s'agit des « normes supérieures du système juridique », mais aussi, n'en déplaie aux auteurs de la Théorie des contraintes juridiques, du « contenu sémantique de l'énoncé interprété »³⁰⁹³. En prévoyant l'habilitation de l'acteur à effectuer une interprétation

³⁰⁹² La loi du 3 avril 1955 conditionne la déclaration de l'état d'urgence à l'existence d'un « péril imminent ». Elle ne saurait cependant, en elle-même, exposer l'interprétation authentique subsumant une attaque terroriste dans le champ de cet article sur les plans politiques et juridiques. Le coût qui résulte d'une interprétation *contra legem* de cette prescription n'est ainsi pas contenu dans la loi elle-même, mais afférant aux contraintes – parfois extrajuridiques – qui l'accompagnent, à commencer par le contrôle juridictionnel ; Pour des réflexions analogues, V. BÉCHILLON (DE) D., « L'ordre juridique est-il complexe ? », in BÉCHILLON (DE) D. (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, l'Harmattan, 1994, 212 p., p. 48 et 49 ; TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », art. cit., p. 15.

³⁰⁹³ Contre tout bon sens, et alors qu'elle reconnaît pleinement les normes du système juridiques comme des contraintes juridiques, la Théorie des contraintes refuse de prendre en considération le contenu linguistique de l'énoncé (TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », art. cit., p. 12-13). Ce positionnement, qui découle du présupposé réaliste pur des auteurs selon lequel l'énoncé est

authentique, le cadre de validité formelle et matérielle dans lequel elle doit s'inscrire³⁰⁹⁴, la finalité juridique qu'elle doit poursuivre ou encore les modalités du contrôle dont elle peut faire l'objet, ces deux types de contraintes constituent les données juridiques premières avec lesquelles l'interprétation authentique doit composer.

799. À la seconde extrémité de l'axe se trouvent les contraintes intrinsèquement extrajuridiques. Il s'agit, d'une part, des « données relatives à l'interprète », c'est-à-dire ses convictions, son idéologie, son ambition personnelle, ses préférences culturelles, ses convictions religieuses ou son vécu et, d'autre part, des « circonstances triviales de l'interprétation », à l'image des relations interpersonnelles entre les acteurs de la procédure, de la disposition émotionnelle, de la qualité du sommeil ou de la teneur du petit-déjeuner de l'interprète. Dans leur ensemble, ces contraintes – qui relèvent au mieux de la sociologie et, au pire, de la vie privée de l'interprète – ne peuvent intéresser le chercheur en droit, quand bien même elles seraient déterminantes dans l'esprit de l'interprète authentique. Il faut cependant garder à l'esprit que la force exercée sur lui par les contraintes juridiques, si elle peut dépendre de facteurs objectifs, ne peut tout à fait s'extraire de tels facteurs inhérents à sa subjectivité³⁰⁹⁵.

800. Entre ces deux extrémités, les contraintes ne trouvent pas leur origine dans le seul droit positif, mais se rattachent plus ou moins directement au droit, en ayant le caractère d'une pratique juridique, d'une culture partagée au sein d'une institution ou, dans les cas les plus ténus, d'un élément relevant de sciences humaines et sociales que le juriste peut éventuellement appréhender. Dans cette zone-tampon, la frontière entre le champ du juridique et celui de l'extrajuridique est incertaine et mouvante. Parmi les contraintes dont la place dans le cadre d'une analyse juridique n'est pas acquise, il faut *a minima* distinguer deux grandes catégories aux destins différents.

800.1. Une première série de contraintes se rattache à la « perception commune du système juridique et de son fonctionnement ». Il s'agit, de manière non exhaustive, des

dénué de signification avant interprétation, n'a pas de raison d'être dans l'approche modérée de cette étude qui présuppose, pour rappel, que l'énoncé appartient déjà, avant interprétation, au droit positif, et porte un ensemble de significations conventionnellement admises.

³⁰⁹⁴ Sur les conflits matériels entre normes et leur résolution, V. not. LEURQUIN-DE VISSCHER F., *La dérogation en droit public*, *op. cit.*, p. 27-42.

³⁰⁹⁵ En ce sens, un mauvais temps en montagne est, ou n'est pas une contrainte, en fonction du niveau de l'alpiniste (GRZEGORCZYK CH., « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai de reconstruction conceptuelle », in TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C. (dir.), *op. cit.*, p. 27).

méthodes et techniques interprétatives recommandées à un moment donné³⁰⁹⁶, de la prédominance du modèle de la hiérarchie des normes³⁰⁹⁷, de l'impression de contrainte face à la jurisprudence³⁰⁹⁸ ou encore, de la nécessité institutionnelle pour les interprètes de justifier leurs décisions³⁰⁹⁹. Si ces contraintes sont plutôt d'ordre conventionnel et ont un caractère diffus, elles sont toutefois propres au monde des juristes et entretiennent des liens directs avec le droit positif³¹⁰⁰. Du fait de leur proximité avec le droit positif, leur présence traditionnelle dans le champ de la science du droit et leur grand pouvoir explicatif sur les comportements effectifs des interprètes, elles peuvent, si le chercheur l'estime pertinent, être utilement incluses dans le champ de l'analyse.

800.2. Une seconde série de contraintes est inhérente « à la position de l'interprète, au contexte institutionnel et politique de l'interprétation (l'état du jeu) ou aux conséquences prévisibles de l'interprétation ». Il s'agit, typiquement, de la fonction institutionnelle occupée par l'interprète authentique, d'une menace de destitution lors de la mise en œuvre de l'article 16 ou des conséquences politiques d'une sortie précoce de l'état d'urgence. La prise en compte de certaines de ces contraintes, déterminantes dans le choix de l'interprète, est déjà acquise dans les travaux doctrinaux, en particulier dans les champs du droit public et du droit d'exception³¹⁰¹. Pour autant, leur maniement dans le champ de la science du droit appelle à la prudence. Pour être comprises, elles nécessitent du chercheur qu'il mobilise des connaissances issues de

³⁰⁹⁶ Par exemple, pour la doctrine, « analogie ne vaut pas la déduction logique », ou bien encore « le juge est tenu de se référer, en cas de doutes sérieux, aux travaux préparatoires du texte qu'il interprète » (GÉRARD PH., « Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur », in VAN DE KERCHOVE M. (Dir.), *L'interprétation en Droit, approche pluridisciplinaire*, Publ. Des facultés universitaires St. Louis, 1978, p. 19).

³⁰⁹⁷ La prédominance de ce modèle a pour effet de contraindre les acteurs juridiques à recourir à des normes considérées comme supérieures pour valider des normes considérées comme inférieures (V. TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », art. cit., p. 23).

³⁰⁹⁸ Pour les auteurs de la Théorie des contraintes juridiques, le faible nombre de revirements jurisprudentiels s'explique en effet par la croyance dans le caractère contraignant de la jurisprudence et la volonté majoritairement partagée d'assurer la stabilité de l'ordre juridique (V. *id.*, p. 1-7).

³⁰⁹⁹ MILLARD É., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 11-12 : « Les réalistes présupposent (...) une contrainte générale pesant sur les acteurs juridiques, et particulièrement les acteurs institués (pouvoirs publics, juridictions, etc.), dont le pouvoir repose en dernière instance sur une forte dose de croyance de la part des gouvernés (...) C'est cette contrainte qui permet de supposer, et de vérifier, une forme de rationalité générale dans le fonctionnement du droit, qui, indépendamment de cas inévitables qui sciemment ou non s'écartent d'une ligne générale, rendrait compte du resserrement des choix possibles dans un certain sens ».

³¹⁰⁰ À titre illustratif, le modèle de la hiérarchie des normes se traduit directement dans le droit positif, le principe d'interprétation stricte (de la loi pénale) est explicitement prévu à l'article 111-4 du code pénal, la jurisprudence est constituée de décisions appartenant au champ du droit positif et la motivation des décisions est prévue à plusieurs niveaux dans le droit.

³¹⁰¹ Lorsqu'elle dénonce, par exemple, le manque de volontarisme des contrepouvoirs à s'opposer à l'exécutif de crise, le populisme des mesures sécuritaires de l'état d'urgence, l'utilisation des comités scientifiques comme paravents à la décision de crise ou des prorogations dictées par le coût politique d'une sortie de l'état d'urgence, la doctrine intègre directement cette catégorie de contrainte à son analyse juridique.

disciplines connexes à la science du droit, qui partagent avec elle des outils et une histoire, mais aussi des savoirs qui lui sont étrangers³¹⁰². Plutôt que de suggérer une frontière fixe, il est judicieux de laisser chaque chercheur explorer ou non ces différentes contraintes en fonction de ses savoirs spécialisés³¹⁰³.

801. Dans le champ précis qu'il aura déterminé, le chercheur doit encore dépasser l'obstacle méthodologique inhérent au caractère limité des matériaux dont il dispose. En effet, étant incapable de sonder directement l'esprit de l'interprète et, donc, d'avoir accès à la réalité subjective des contraintes qui l'influencent, le chercheur ne peut exploiter que les contraintes objectivables de l'interprète et de l'interprétation³¹⁰⁴. La *Théorie des contraintes juridiques*, à défaut de donner une méthode concrète pour parvenir à exploiter ces données³¹⁰⁵, constate qu'une telle entreprise scientifique consiste, au moins en partie, à modéliser le réseau des contraintes juridiques objectives dans lequel est enserrée l'interprétation authentique. Cela doit amener le chercheur à redoubler de vigilance.

801.1. Par nature abstraite et réductrice, la modélisation des contraintes expose le chercheur à d'importants biais qui limitent par avance la force explicative et, *a fortiori*, prédictive, des résultats de son analyse. En effet, toute tentative de franchir l'obstacle de l'impossibilité de sonder l'esprit de l'interprète en le reconstruisant par des éléments extérieurs se heurte, de manière plus ou moins rédhitoire, au risque d'exagérer sa rationalité en lui prêtant le comportement stéréotypé de l'*homo juridicus* ou de l'*homo strategicus*³¹⁰⁶. Selon cette construction fictionnelle, l'interprète du droit se comporterait de manière calculatrice et intéressée, pour conserver, optimiser et protéger son pouvoir³¹⁰⁷. Or les sciences économiques

³¹⁰² La connaissance scientifique des contraintes systémiques est compliquée par le peu d'inclinaison des interprètes authentiques à en rendre compte dans les justifications. Aussi, pour comprendre ce qui se joue dans les coulisses de la « scène politique » (sur l'application de la métaphore théâtrale à la science politique, V. BOURDIEU P., *Propos sur le champ politique*, Presses Universitaires de Lyon, 2000, 112 p., p. 28-29), l'analyse gagne à s'enrichir d'éléments relevant de l'histoire institutionnelle, des sciences et de la sociologie politique.

³¹⁰³ Il revient à chaque chercheur d'enrichir, s'il le souhaite, son analyse des contraintes juridiques par le recours à certains pans des contraintes de ce sous-groupe, avec parcimonie et modestie épistémologique. Par exemple, la prise en compte de l'opinion publique (sondages d'opinion, journaux de références, publications universitaires et culturelles, pétitions, etc.) est susceptible d'éclairer vivement le choix de l'interprète, mais demande un travail spécifique, demandant de maîtriser des outils issus de la science politique et de la sociologie.

³¹⁰⁴ TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Introduction », art. cit., p. 1-7.

³¹⁰⁵ V. PICARD É., « Contre la théorie réaliste... », art. cit. ; MILLARD É., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 16.

³¹⁰⁶ MEUNIER J., « Contraintes et stratégies en droit constitutionnel », art. cit., p. 193.

³¹⁰⁷ Sur les traits qui lui sont attribués, V. TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », art. cit., p. 15.

ont déjà démontré que les modèles idéalisés d'homme rationnel n'ont qu'un faible pouvoir explicatif de leur comportement effectif³¹⁰⁸, *a fortiori* dans les contextes de crise³¹⁰⁹.

801.2. Si une théorie juridique des contraintes ne peut échapper pleinement à ce mal nécessaire d'insérer de l'abstraction dans une approche qui se veut empirique, pas plus qu'à ses inévitables conséquences néfastes sur la portée des résultats qu'elle produit³¹¹⁰, le chercheur peut au moins en limiter l'influence en ayant conscience du caractère pour partie illusoire de la rationalité prêtée à l'interprète et, dans un même effort, en se prémunissant de la tentation de construire artificiellement de la cohérence – à la manière des approches cognitivistes – en reconfigurant le système juridique pour lui faire produire les contraintes propres à expliquer les comportements observés³¹¹¹. Finalement, si l'analyse des contraintes juridiques peut prétendre expliquer les interprétations authentiques retenues et même à prévoir, avec une probabilité variable, le comportement réel et futur des interprètes, elle doit toujours rester lucide sur le fait qu'en matière de décision juridique, rien n'est mécanique³¹¹².

b – La « félicité juridictionnelle » : un exemple de mobilisation croisée des contraintes juridiques et du cadre interprétatif

802. La prise en compte des contraintes juridiques par la science du droit ouvre la voie à de nombreuses approches fructueuses. Si, pris isolément, cet outil constitue déjà un moyen privilégié pour expliquer les choix interprétatifs opérés dans un champ du droit, il a aussi vocation à être utilisé conjointement à d'autres, en vue de développer des approches plus spécifiques. Pour le démontrer, cette étude se conclut sur un exemple innovant de mobilisation conjointe des contraintes juridiques, du cadre interprétatif et de l'outil statistique, qu'elle choisit de nommer « étude de la félicité juridictionnelle ». S'appuyant sur un ensemble de décisions d'application et de contrôle portant sur le même énoncé juridique, elle permet de rendre compte

³¹⁰⁸ V. ELSTER J., « Droit et causalité », in TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C. (dir.), *op. cit.*, p. 117-121.

³¹⁰⁹ Les situations de crises cumulent un ensemble de spécificités qui diminuent l'efficacité explicative et prédictive de ces modèles. D'une part, leur caractère hautement politique met à mal ces modèles, qui fonctionnent mieux pour la rationalité du succès prévalant en économie (ROCHLITZ R., « Débat », in FERENCZI T. et al (dir.), *L'irrationnel, menace ou nécessité*, *op. cit.*, p. 242). D'autre part, les contextes de crises obligent les acteurs à décider en urgence et sur la base d'informations parcellaires, ce qui accroît l'imprévisibilité des choix opérés (V. not. ELSTER J., « Droit et causalité », art. cit., p. 117-121).

³¹¹⁰ V. MILLARD É., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 152-153 ; CROTTET B., « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, en ligne.

³¹¹¹ C'est-à-dire, à passer « de la rétrodiction à l'historicisme » ou, plus simplement, à « voir des contraintes partout » (MEUNIER J., « Contraintes et stratégies en droit constitutionnel », art. cit., p. 197).

³¹¹² MILLARD É., « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes », art. cit., p. 154.

de l'effectivité des contraintes intrinsèquement juridiques – celles inhérentes aux « normes supérieures du système juridique » et au « contenu sémantique de l'énoncé interprété » – dans un champ du droit.

803. L'étude de la félicité juridictionnelle se décompose, dans sa version la plus exhaustive et rigoureuse – il est envisageable de se limiter seulement à certaines d'entre elles – en quatre étapes : une phase liminaire d'identification et d'analyse des interprétations authentiques, une phase analytique d'application successive de deux méthodes statistiques, l'une numéraire et l'autre graphique, une phase d'interprétation scientifique des données et, finalement, une phase de conclusion sur l'existence d'un lien causal entre la conformité et la félicité juridictionnelle des interprétations authentiques.

804. La phase liminaire permet d'associer des interprétations d'application (au respect plus ou moins prononcé du cadre interprétatif) à des décisions de contrôle (à la sévérité plus ou moins prononcée envers les interprétations d'application). Elle se subdivise en deux étapes successives d'identification et d'analyse des décisions de contrôle rendues sur les interprétations d'application cibles.

804.1. La première étape consiste à identifier les décisions de contrôle rendues sur chacune des interprétations d'application analysées. Concrètement, le chercheur va sélectionner un échantillon plus ou moins exhaustif de décisions rendues par les organes de contrôle, en prenant soin de les lier spécifiquement aux interprétations d'application précédemment classées au prisme du cadre interprétatif.

804.2. La seconde étape consiste à observer le dispositif des jugements et à déterminer, pour chacun d'entre eux, si l'interprétation d'application a réussi ou a échoué. L'analyse de la félicité juridictionnelle est à comprendre très simplement comme l'observation du destin de l'interprétation authentique après la décision de justice : a-t-elle été invalidée par l'autorité de contrôle ? Peut-elle continuer de produire ses effets ? Pour les mêmes raisons qui nous ont fait adopter le concept d'interprétation-superposée, nous proposons une typologie tripartite de la félicité juridictionnelle : « réussite » (validation totale de l'interprétation), « échec » (invalidation totale de l'interprétation) et « réussite partielle » (validation limitée, conditionnée, partielle ou avec réserve).

805. La phase analytique permet, sur la base de cette phase liminaire, de construire des données objectives permettant de penser la liberté de l'interprète authentique face aux contraintes intrinsèquement juridiques qui pèsent sur son action. Elle s'articule autour de deux méthodes statistiques successives.

806. La première méthode, numéraire, consiste à calculer le coefficient de corrélation entre la félicité juridictionnelle de l'interprétation authentique et le respect du cadre interprétatif, pour ensuite s'assurer de sa significativité. Elle se décompose en deux étapes.

806.1. La première étape consiste à calculer le coefficient de corrélation. Premièrement, il s'agit de construire un tableau à deux colonnes (pour les deux variables « félicité juridictionnelle (FJ) » et « Conformité au cadre » (CC) ») et à n lignes (n représentant le nombre de décisions de contrôle analysées). Deuxièmement, il s'agit de compléter le tableau avec, face à face, pour chaque décision d'application, sa félicité juridictionnelle et son respect du cadre interprétatif. La félicité juridictionnelle est notée 1 en cas de réussite (RJ), 0.5 en cas de réussite partielle (RP) et 0 en cas d'échec (EJ). Le respect du cadre est noté 1 en cas d'interprétation-décision (ID), 0.5 en cas d'interprétation-superposée (IG) et 0 en cas d'interprétation-crédation (IC)³¹¹³. Sur cette base, il est, troisièmement, possible de calculer le coefficient de corrélation r ³¹¹⁴, compris en -1 et 1.

806.2. La deuxième étape consiste à s'assurer de la significativité statistique de la corrélation obtenue. En effet, la corrélation observée peut être uniquement imputable au hasard de l'échantillonnage, surtout si le nombre de décisions de contrôle analysé est faible. Il faut donc procéder à un test d'hypothèse. Premièrement, il faut définir l'hypothèse nulle. Soit H_0 l'hypothèse selon laquelle il n'y a pas de relation entre le respect du cadre d'interprétation et la félicité juridictionnelle de l'interprétation authentique. Deuxièmement, il faut définir son seuil limite de rejet. Soit α le seuil de 5%³¹¹⁵, sous lequel H_0 peut être rejeté du fait du hasard de l'échantillonnage, alors que H_0 est vrai (cas de figure où il n'y a pas de corrélation, mais que r indique une corrélation). Troisièmement, il faut calculer la p -value, sur la base des valeurs de n et de r ³¹¹⁶. Finalement, il est possible d'apprécier la significativité statistique du coefficient de corrélation. Si $p < \alpha$ (0.05), alors r doit être tenu pour significatif et il est possible de passer à l'étape suivante. Si, au contraire, $p > \alpha$ (0.05), alors le risque de tirer des conclusions sur

³¹¹³ Cf. Annexe G : Tableau de corrélation illustratif.

³¹¹⁴ La formule de calcul du coefficient de corrélation (de type *Pearson*) étant quelque peu complexe, il est judicieux de recourir à un tableur. Sur le logiciel Excel, il suffit de créer le tableau décrit précédemment et reprenant les deux séries de valeur, puis d'utiliser la fonction "COEFFICIENT.CORRELATION". Plus simplement encore, certains sites web permettent d'effectuer ce calcul directement en ligne (V. par ex. <https://www.socscistatistics.com/tests/pearson/>).

³¹¹⁵ Cette valeur $\alpha=5\%$ est la plus couramment retenue en science.

³¹¹⁶ Il n'existe pas de fonction « clé-en-main » sur Excel pour calculer la p -value. Le plus simple est d'utiliser des outils spécifiques en ligne (V. par ex. <https://www.socscistatistics.com/pvalues/pearsondistribution.aspx>).

un simple hasard statistique est trop grand : la corrélation observée doit être tenue pour non significative et il faut attendre de nouvelles décisions de contrôle pour aller plus loin.

807. La seconde méthode, graphique, consiste à représenter visuellement la relation qui unit le respect du cadre interprétatif à la félicité juridictionnelle des interprétations d'application, sur la base du taux de félicité juridictionnel de chacun des types d'interprétations d'application³¹¹⁷.

807.1. La première étape consiste à observer la distribution de chacune des trois catégories de la félicité juridictionnelle au sein des trois catégories d'interprétations authentiques, de manière à obtenir leurs taux respectifs de félicité juridictionnelle. Premièrement, il faut donc dénombrer le nombre de réussites, de réussites partielles et de censures dont on fait l'objet, respectivement, les interprétations-crétions, les interprétations-superposées et les interprétations-décisions. Deuxièmement, il faut multiplier ces nombres par 1 s'il s'agit de réussites, par 0.5 s'il s'agit de réussite partielle et par 0 s'il s'agit d'échecs et les additionner. Enfin, il suffit de diviser le nombre obtenu par le nombre total de décisions de contrôle et de multiplier par 100 pour obtenir le pourcentage de réussite³¹¹⁸.

807.2. La deuxième étape consiste à obtenir une représentation graphique de la félicité juridictionnelle en fonction du respect du cadre, sur la base des taux de félicité juridictionnelle calculés précédemment. Premièrement, il faut construire un tableau à une colonne et à 3 lignes. Deuxièmement, il faut compléter le tableau avec, de haut en bas, le taux de félicité juridictionnelle des interprétations-crétions, celui des interprétations-superposées et celui des interprétations-décisions³¹¹⁹. Troisièmement, il faut représenter graphiquement les données de ce tableau sous la forme d'une courbe³¹²⁰.

808. La phase d'interprétation scientifique consiste à donner sens aux résultats numériques et graphiques de ces deux méthodes, pour tirer des conclusions provisoires sur la corrélation significative ($p < \alpha$) obtenue. Elle se décompose en trois étapes.

³¹¹⁷ À noter qu'il ne serait pas judicieux d'utiliser ces taux de félicité juridictionnelle par type d'interprétation pour calculer le coefficient de corrélation : la *p-value* serait trop élevée, et demanderait un coefficient de corrélation *r* presque parfait pour atteindre le seuil de significativité. Il est donc d'autant plus nécessaire de distinguer les méthodes numériques et graphiques.

³¹¹⁸ Par exemple, pour les interprétations-crétions ICR (il faut répéter ce processus pour les deux autres types d'interprétations), on dénombre 10 réussites (R), 8 réussites partielles (RP) et 6 échecs (E). Donc Félicité (F) de ICR = $10 * 1 + 8 * 0.5 + 6 * 0 = 14$ et Taux de félicité (TF) de ICR = $(14/24) * 100 = 58\%$.

³¹¹⁹ Cf. Annexe H : Tableau de taux de félicité juridictionnel illustratif.

³¹²⁰ Cf. Annexe I : Représentation graphique illustrative de taux de félicité juridictionnel.

808.1. La première étape consiste à observer le caractère positif ou négatif du coefficient de corrélation r . Si r est positif, cela signifie que plus une interprétation d'application s'écarte du cadre interprétatif de l'énoncé, plus elle est susceptible d'être censurée par les juges. Les juges jouent ici le rôle qui leur est dévolu en veillant à ce que les interprètes d'application respectent les prévisions textuelles. Si r est négatif, cela signifie au contraire que plus une interprétation d'application s'écarte du cadre interprétatif de l'énoncé, moins elle est susceptible d'être censurée par les juges. Dans ce scénario catastrophe, les juges agissent contre le droit positif, en veillant à ce que les interprètes d'application ne se soumettent pas au droit³¹²¹.

808.2. La deuxième étape consiste à observer la force du coefficient de corrélation r . Si r tend vers 1, le respect du cadre interprétatif apparaît comme une « condition de félicité juridictionnelle » déterminante pour les interprétations d'application. Cela suggère que le respect du cadre par une interprétation d'application renseigne directement sur sa probabilité de réussite juridictionnelle, les juges étant peu sensibles aux autres considérations. Si r tend vers 0.5, le respect du cadre interprétatif apparaît comme une « condition de félicité juridictionnelle » importante, mais en concurrence directe avec d'autres considérations. S'il est possible de prédire partiellement le sens des décisions à l'aune du respect du cadre interprétatif, il faudra mener une exploration plus large des autres considérations prises en compte par les juges pour affiner la compréhension du sens de leurs décisions. Enfin, si r tend vers 0, le respect du cadre interprétatif apparaît – mais ce constat peut tout particulièrement être remis en cause lors de l'étape suivante – comme une « condition de félicité juridictionnelle » faible ou négligeable. Il est alors nécessaire de rechercher les considérations qui ont été plus déterminantes du comportement des organes de contrôle, comme une croyance limitante en leur légitimité ou une prépondérance donnée à l'effet utile des décisions ou à d'autres méthodes interprétatives, négligées lors de la construction du cadre interprétatif.

808.3. La troisième étape consiste à observer la représentation graphique de la distribution de la félicité juridictionnelle en fonction des types d'interprétation, pour éclairer les résultats des deux étapes précédentes³¹²². Premièrement, cette représentation graphique peut permettre de corroborer les constats opérés lors des deux étapes précédentes. Si, par exemple, le coefficient de corrélation est positif et fort (r tend vers 1), alors la courbe devrait ressembler à celle de l'hypothèse 1. Deuxièmement, la représentation graphique peut permettre de préciser

³¹²¹ Étant donné qu'un tel scénario serait très peu probable, l'hypothèse d'une valeur r négative est exclue de la suite du raisonnement.

³¹²² Cf. Annexe J : Représentations graphiques types des différentes hypothèses de corrélation.

les constats opérés. Dans l'hypothèse d'un coefficient de corrélation très faible, la représentation graphique pourra par exemple permettre de déterminer si la courbe est plate ou chaotique, et si le contrôle décorrélé du cadre interprétatif est inexistant ou bien présent. Enfin, troisièmement, la représentation graphique peut permettre de révéler des modalités de prise en compte par les juges du cadre interprétatif qui auraient échappé au seul calcul du coefficient de corrélation. Par exemple, le coefficient calculé peut être nul ou très faible, mais dissimuler une corrélation de type non linéaire et non autonome³¹²³, comme l'illustre la troisième hypothèse graphique. Ainsi, se priver de la représentation graphique, ce serait manquer, dans de nombreux cas, l'opportunité de découvrir des résultats à grande valeur de description et de compréhension des contraintes systémiques qui pèsent sur l'interprétation d'application et le comportement effectif des juges.

809. La phase de conclusion scientifique consiste à déterminer si les corrélations observées s'expliquent par un lien direct de causalité et à conclure sur les « conditions de félicité » déterminante pour les interprétations authentiques considérées. Elle se décompose en deux étapes.

809.1. La première étape consiste à éprouver l'existence d'un lien causal entre la conformité et la réussite juridictionnelle des interprétations authentiques. En effet, le chercheur doit nécessairement suspendre son jugement sur l'existence d'une quelconque causalité tant qu'il n'est pas parvenu à le démontrer. Il doit impérativement se garder de l'effet cigogne, ce biais consistant à déduire que s'il y a corrélation, il y a causalité d'une variable sur l'autre (*cum hoc ergo propter hoc*). Pour affirmer l'existence d'un lien causal, il convient de rechercher si une éventuelle cause commune aux deux phénomènes n'explique pas de manière satisfaisante cette corrélation³¹²⁴. Il n'est, en revanche, pas besoin d'infirmer l'hypothèse selon laquelle la félicité juridictionnelle est la cause du respect du cadre³¹²⁵. En l'absence d'une cause commune,

³¹²³ V. par ex. GRASLAND C., *Initiation aux méthodes statistiques en sciences sociales* (cours), Chapitre 6, en ligne.

³¹²⁴ Par exemple, l'urgence absolue de certaines situations pourrait à la fois favoriser des interprétations d'application approximatives – car prise dans la précipitation – et un contrôle peu regardant sur le respect du cadre, pour laisser de la marge d'action à un exécutif devant faire face à une situation imprévue et dangereuse. Ici, un taux important d'interprétations-crétions, corrélé à un haut taux de réussite juridictionnel, n'impliquerait pas une relation de causalité entre ces deux variables, mais trahirait l'existence d'une cause commune : l'urgence (de l'action et du contrôle).

³¹²⁵ Il est indubitable que le résultat du contrôle ne saurait agir sur la décision d'application, le premier étant postérieur au second. Il en est différemment de la perspective du contrôle qui, elle, influence très plausiblement le sens de la décision de l'interprète de l'application.

il est possible de conclure que l'étude suggère un lien de causalité entre les deux variables étudiées.

809.2. La seconde étape consiste à interroger les traits communs des interprétations d'application qui ont réussi et de celles qui ont échoué – type d'acte, juridiction qui a opéré le contrôle, contexte de la décision ou encore qualité de la motivation – en vue d'identifier les autres « conditions de félicité » de l'interprétation d'application, qui sont, selon les cas, concurrentes, complémentaires ou alternatives au respect du cadre interprétatif. Ce n'est qu'après avoir donné sens aux données statistiques, après les avoir « interprétées », que la science du droit peut, à son tour, éclairer la liberté interprétative des interprètes authentiques.

810. Conclusion du chapitre. Imbriqués plus qu'alternatifs, les pôles actifs et passifs de l'interprétation concourent à l'élaboration d'une solution juridique. Exprimer le sens du texte, c'est en fait exercer l'acte de volonté contraint auquel sa finalité invite, à travers un raisonnement syllogistique dual, plus complexe que sa présentation habituelle peut le laisser à penser. Dans le cas-limite de l'interprétation des états d'urgence, la logique interprétative prédominante se veut, conformément à leur finalité même, téléologique, pragmatique et conséquentialiste. Cela ne signifie pourtant pas qu'il faille abandonner l'interprétation de l'état d'urgence à ses acteurs juridiques. Au contraire, la science du droit a le devoir de développer, en dépit de la complexité de cet objet d'étude, des outils concrets en permettant la description et la critique constructive. La création d'une catégorie typologique intermédiaire d'interprétation-superposée et les pistes proposées pour concrétiser le potentiel de la reconstruction du cadre interprétatif et de l'étude des contraintes juridiques concourent directement à cet objectif.

811. Conclusion du titre. S'il est impossible d'observer directement le processus intellectuel de l'interprétation authentique, ses manifestations indirectes en trahissent le fonctionnement. Au terme de cette étude, le processus interprétatif se laisse à voir comme enserré dans un réseau de contraintes qui, faisant peser un coût interne ou externe sur les différentes significations possibles de l'énoncé, influe directement sur le choix authentique. La concurrence systémique entre les interprètes de l'état d'urgence apparaît d'ailleurs, aujourd'hui, plus déterminante encore que la lettre du texte pour comprendre la pratique contemporaine des états d'urgence. Le Parlement et le juge, traditionnellement en retrait de l'exécutif de crise, ont montré, ces dernières années, un volontarisme renouvelant en profondeur la pratique des états

d'urgence. Partant, plusieurs hybridations et correctifs peuvent être proposés pour parfaire la compréhension du processus interprétatif en droit. Ces propositions théoriques – sur l'entremêlement entre connaissance et volonté, le raisonnement syllogistique et le cadre interprétatif – et scientifiques – notamment l'utilisation de la catégorie typologique intermédiaire de l'interprétation-grise et l'étude la félicité juridictionnelle – esquissent, lorsqu'elles sont prises ensemble, certaines perspectives nouvelles dans la compréhension et la critique de l'interprétation des états d'urgence et, au-delà, contribuent au débat sur certaines apories auxquelles mènent les thèses réalistes et cognitivistes.

812. Conclusion de la seconde partie. Loin de n'être qu'une abstraction dispensable, un plaisir de pensée sans implication réelle, le questionnement sur l'interprétation ne peut que saisir le discours sur le droit lorsqu'il interroge l'état d'urgence et ses manifestations. Si les tensions juridiques et sociétales qui naissent entre les attentes élevées de nos démocraties contemporaines et la réalité observable de la pratique sont pour partie inévitables, elles résultent aussi d'une mécompréhension générale du mécanisme exceptif à l'œuvre avec l'état d'urgence. La flexibilité interprétative et l'abus, les lacunes du texte et l'irrespect de sa lettre ou de son esprit sont tour à tour blâmés ou justifiés, indépendamment de ce que, par ses conditions matérielles et formelles de mise en œuvre et ses mesures, l'état d'urgence permet légitimement ou tente de décourager. À ce titre, l'étude méthodique des différentes dimensions des états d'urgence en France et en Espagne apporte des éléments de réponses inestimables à certaines des questions premières posées par l'interprétation en droit. Elle confirme, peut-être au-delà des attentes initiales, la pertinence du choix de cet objet pour décrypter les processus interprétatifs à l'œuvre dans la pratique juridique et les possibilités laissées à la science du droit de composer avec la réalité de leur nature dans l'œuvre de connaissance qui est la sienne. Elle révèle la nature complexe d'une interprétation prise dans de nombreuses oppositions qui peinent même, parfois, à en rendre fidèlement compte. Elle amène, enfin, à remettre en cause certains dogmes et habitudes de pensées limitantes des juristes. Ce n'est en effet qu'en réconciliant ses méthodes de connaissance avec les réalités ontologiques premières de son objet et les enjeux concrets que sa pratique contemporaine soulève que la science du droit pourra pleinement jouer son rôle. L'appareil théorico-scientifique proposé est, à cet égard, d'une ampleur plus que modeste. Il a néanmoins le mérite de poser les jalons d'une critique plus rationnelle du discrétionnaire sous l'état d'urgence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Il est vrai que pour saisir au-delà des mots ce que les mots veulent dire, une interprétation doit fatalement user de violence. Mais cette violence ne peut se confondre avec un arbitraire fantaisiste. L'interprétation doit être animée et conduite par la force d'une idée inspiratrice. La puissance de cette idée permet seule à l'interprète le risque, toujours présomptueux, de se confier à l'élan secret d'une œuvre, pour s'attacher à ce qu'elle n'exprime pas et tenter d'en trouver l'expression. L'idée directrice elle-même se confirme alors par sa puissance d'éclaircissement ».

HEIDEGGER M., *Kant et le problème de la métaphysique*, trad. A. de Waelhens et W. Biemel, Gallimard, 1953, p. 256.

813. Le chemin vers une meilleure compréhension de l'insoluble part de déraison dans l'interprétation du droit est arpenté de longue date par les philosophes et les juristes. Ce n'est pourtant pas une sinécure. À celui qui est épris de clarté, il donne l'absurde en tourment³¹²⁶. L'esprit peinant à se figurer – et le langage à exprimer – la tension inextricable entre ces deux côtés, il est tentant d'en élire un ; de prendre à travers champs en réduisant l'interprète juridique à un être connaissant ou symétriquement, de lui prêter une irréaliste omnipotence. L'intellect est satisfait, mais ni la science du droit ni l'urgent débat public sur l'état d'urgence – son acceptabilité et les excès de sa pratique – n'en bénéficient. À l'image des dispositions de l'état d'urgence elles-mêmes, la théorie du droit doit se mettre au service du réel. En embrassant la sinuosité de cette relation entre les pôles actifs et passifs de l'interprétation, la présente thèse ne pose pas de point final au processus de connaissance de l'état d'urgence. Elle espère au contraire, par sa contribution pragmatique à la connaissance théorique et scientifique de cet objet, y incarner un fécond soubresaut. Le temps d'un bref épilogue, il convient de revenir sur le contexte évolutif de l'écriture de ce travail (§1), sur la nécessité d'autonomiser l'étude de l'état d'urgence (§2), sur les limites des paradigmes théoriques dominants pour en décrire le fonctionnement (§3), sur les rectifications de la théorie de l'interprétation auxquels ces constats

³¹²⁶ CAMUS A., *Le Mythe de Sisyphe*, 1942, p. 37 : « Je disais que le monde est absurde et j'allais trop vite. Ce monde en lui-même n'est pas raisonnable, c'est tout ce qu'on en peut dire. Mais ce qui est absurde, c'est la confrontation de cet irrationnel et de ce désir éperdu de clarté dont l'appel résonne au plus profond de l'homme ».

appellent (§4) et sur les outils positivistes concrets esquissés par cette thèse et proposés à la communauté scientifique (§5).

§1 – Le double tranchant d’un sujet éminemment actuel

814. La recherche sur les régimes d’exception était, en Espagne, plongée dans une quasi-léthargie depuis les exégèses de référence de la Constitution de 1978. Elle oscillait, en France, entre dynamisme et désintérêt, au gré des actualités nationales ou internationales de cet objet. Initialement au passé et au futur, l’objet de recherche de cette thèse s’est pourtant transfiguré sous le joug d’une actualité funeste. Les attentats du 13 novembre 2015 et, ultérieurement, la crise sanitaire de la Covid-19 ont conféré aux états d’urgence une réalité de tous les instants.

815. Cette recherche a directement profité de l’actualité de son objet. Entretenant sa réflexion dans un monde où l’expression état d’urgence n’admettait pas le pluriel, le Parlement se soumettait à l’unité nationale et le juge n’osait prendre sa place, elle a traversé les crises de la pérennisation de l’exceptionnel, de l’instrumentalisation des états d’urgence et de l’aggravation déraisonnée de leurs dispositions, pour s’achever sur le constat d’un déclin du modèle traditionnel de l’état d’exception, au profit des régimes de sortie de crise et des habilitations législatives *ad hoc*, mais aussi sur celui, encore plus surprenant, d’un profond renouveau du contrôle de l’agir gouvernemental de crise, par la réaffirmation de la place du Parlement et le volontarisme du juge. Dans cette dynamique bayésienne, où chaque présupposé, chaque conclusion intermédiaire s’est vu validé ou infirmé, presque en temps réel, par de nouveaux éléments de fait, cette thèse est animée de la vie qu’insuffle un objet d’étude en perpétuelle réinvention.

816. Si elle ne pouvait qu’être catalysée par les enjeux de société pressants d’un sujet dépassant, de loin, les frontières de l’entre-soi scientifique, l’agitation médiatique, politique, sociale et doctrinale qui entoure les applications contemporaines des états d’urgence ne lui était pas, en elle-même, favorable. Cultiver le goût de la nuance et de l’objectivité quand journalistes, influenceurs, philosophes et médecins clivent le débat et multiplient les interventions chocs, c’est nager à contre-courant. Embrasser le temps long et la rationalité sans état d’âme de la recherche académique paraît inapproprié quand les portraits quotidiens des victimes du terrorisme et le décompte de celles du virus engourdissent l’esprit et l’enferment dans l’immédiateté.

817. Pour ne pas ajouter à la confusion ambiante, mais surtout, pour ne pas manquer ses objectifs scientifiques, cette thèse se caractérise par une volonté de prise de distance. D’abord, avec les passions contradictoires que déchaîne la crise, celles qui poussent à tout accepter pour trouver une issue rapide à la situation vécue, comme celles qui poussent aux envolées lyriques sur les libertés perdues. Ensuite, avec les croyances du chercheur. Si l’œuvre scientifique ne peut être désincarnée – « d’où parles-tu ? » demandent les marxistes –, au moins doit-elle faire l’effort de tendre vers la nuance, l’objectivité et la neutralité axiologique. Enfin, avec l’immédiateté des faits, en préférant les bilans globaux aux faits divers, les tendances aux fluctuations et les réflexions transversales au bruit contemporain. Au risque, peut-être, de laisser certains phénomènes contemporains lui échapper.

§2 – Un état d’urgence contemporain excédant le paradigme de l’état d’exception

818. Pour être utile à l’urgence du présent, la recherche juridique sur un phénomène aussi complexe implique paradoxalement de prendre du recul et de savoir s’en détacher. Pour appréhender les états d’urgence, cette étude a choisi de multiplier les perspectives. D’un point de vue historique, ces régimes juridiques sont les héritiers d’une longue tradition de l’exception juridique et, plus particulièrement en Europe continentale, de l’état d’exception. L’appréhension des liens complexes qu’entretiennent leurs manifestations juridiques avec les conjonctures de fait de l’histoire et l’évolution du rapport intellectuel aux mécanismes dérogatoires révèle en effet la constance de problématiques non résolues qui ont, aujourd’hui, quitté le seul champ des débats savants.

819. La généalogie de l’état d’urgence dans deux États, la France et l’Espagne, suggère l’universalité ou, du moins, la récurrence de certaines d’entre elles. Se pose de manière générale, aujourd’hui, le problème d’une contradiction en apparence irrésoluble entre d’une part, la volonté sincère d’en moderniser les procédures et les garanties substantielles, dans l’optique d’en rendre l’usage compatible avec les standards contemporains de l’État de droit et d’autre part, l’immodération qui caractérise bien souvent la pratique de régimes qui prolifèrent dans le droit. Cela, la doctrine l’a abondamment décrit : elle propose une littérature complète sur la dangerosité théorique, mais aussi historiquement avérée que de telles singularités juridiques font peser sur la séparation des pouvoirs, la démocratie, la sécurité juridique et, peut-être, l’idée de droit elle-même. Elle déplore très justement la multiplication dans la règle de droit, ainsi que la légèreté déconcertante avec laquelle ils sont mobilisés, qui contraste

grandement avec la difficulté d'en sortir et regrette le manque de volontarisme du juge pour s'ériger en véritable contre-pouvoir à l'action de l'exécutif, autant que le suivisme et l'unanimité qui semblent s'emparer du Parlement en période de crise.

820. Si la doctrine parvient utilement à décrire certaines réalités transversales des régimes d'exception français et espagnols, elle paraît, dans son ensemble, étrangement réticente à rendre compte avec la même vigueur des évolutions indéniablement positives que connaissent certaines dimensions de l'état d'urgence contemporain. Subodorons qu'il est de meilleur ton de déplorer les libertés perdues que de saluer le volontarisme du juge qui, au gré des mobilisations de l'état d'urgence, a redéfini son office et donné une effectivité nouvelle à son contrôle.

821. Au-delà du sens des écritures doctrinales, c'est le prisme même consistant à appréhender l'état d'urgence contemporain à travers le prisme exclusif de l'état d'exception mène à des apories. Les spécificités tenant aux périls auxquels il répond, à ses modalités d'application et à ses mesures, mais aussi et surtout, les tendances les plus récentes de la pratique, à l'image de son rapprochement de plus en plus explicite avec le modèle législatif, implique d'autonomiser son étude de celle de son ascendant historique ; et plus encore, d'en réinventer les outils. L'étude fonctionnelle et sémantique menée y a directement contribué.

§3 – Un modèle théorique fragilisé par l'analyse

822. Incitant à s'extraire des mots, des justifications et parfois, des cultures juridiques françaises et espagnoles elles-mêmes, le choix de l'approche comparée de ces deux systèmes juridiques voisins s'est avéré particulièrement fructueux. Il a donné à cette étude l'opportunité d'entrevoir, en trame de fond de constats comparés déjà édifiants, certains des mécanismes profonds à l'œuvre dans la pratique des états d'urgence. En particulier, si d'un point de vue exclusivement français, il était tentant d'expliquer les déboires de la pratique des états d'urgence par les faiblesses structurelles de la lettre des états d'urgence, le précédent espagnol de la crise des contrôleurs aériens a montré que les qualités rédactionnelles des états d'urgence sont bien insuffisantes pour prémunir des excès de la pratique.

823. Catalysée par de tels observations comparées, cette étude fait le constat d'une inadéquation pour expliquer les comportements juridiques adoptés par les acteurs de la crise, comme pour en mesurer le caractère constructif. La théorie cognitive, héritière directe d'un courant légaliste qui a inondé l'imaginaire des juristes de fictions sur l'univocité du droit, empêche de penser l'indétermination consubstantielle des régimes d'exception. Leur exégèse au moyen des maximes classiques d'interprétation, comme leur typologisation *in abstracto* sont

systématiquement infirmées par la pratique. Telle la loi de l'attraction universelle en son temps, la thèse de l'interprétation-connaissance ne décrit le réel que dans les cas ordinaires. Si certains choisissent de se satisfaire de cet état de fait, quitte à exclure l'état d'exception du champ de la science du droit, d'autres se mettent en quête d'approches plus adaptées.

824. Souhaitant lever le voile et regarder en face la réalité de ces cas limites de l'interprétation, ils fondent naturellement leurs espoirs sur les théories de l'interprétation-volonté. Carl Schmitt eut la grande lucidité de mettre l'emphase sur la décision d'exception, ce moment de pouvoir – par essence discrétionnaire – indispensable pour contrer le chaos des faits. En confinant la théorie schmittienne aux seuls états d'exception, les auteurs normativistes parviennent à préserver leur théorie. Les réalistes sceptiques, eux, voient en Schmitt un point d'entrée vers une théorie du droit plus positiviste de la volonté de l'interprète. Pourtant, les thèses que portent ces derniers mènent elles aussi à des impasses : celle d'un nihilisme juridique dans lequel l'énoncé, réduit au statut de coquille vide en attente d'un contenu normatif, ne permet ni de sécuriser ni de prévoir l'agir des autorités ; d'une science juridique qui, privée de sa vocation d'interpréter le droit, ne peut que se résigner à abandonner le sens des textes aux interprètes de dernier ressort.

825. L'erreur de ces deux grands courants de la théorie de l'interprétation juridique n'est pas d'avoir mal caractérisé la dimension élue de l'interprétation, mais d'avoir nié la réalité de celle occultée. C'est dans cette revue critique de la littérature sur les régimes d'exception et, plus encore, des présupposés théoriques limitants proposés à ceux qui se saisissent de cette thématique, que la présente étude a puisé sa finalité théorique. Pour permettre une connaissance scientifique renouvelée des régimes d'exception et, en particulier, des états d'urgence, qui en sont la principale déclinaison moderne, il était impératif que le prisme théorique proposé entretienne un lien direct avec la réalité étudiée. Cette intuition de départ, selon laquelle la théorie du droit ne saurait avoir de raison d'être, de fondement ou d'assertion dénués d'accents empiriques, nécessitait, pour se concrétiser, d'adopter une méthode faisant le pont entre l'objet de l'étude et la nécessaire abstraction théorique qui préside à son étude.

§4 – Une réinterprétation de l'interprétation juridique

826. Le cadre théorique initialement adopté, inspiré des théories mixtes de l'interprétation et plus ou moins consciemment répandu au sein de la doctrine, s'est avéré suffisant pour porter cette thèse vers ses objectifs. Ouvert à toutes les observations, il tient l'énoncé juridique pour

une suite ordonnée de mots qui, résultant d'un contexte et d'une culture juridique, véhicule un ensemble de significations. Lorsqu'il dit blanc, ce n'est pas noir ; mais c'est peut-être crème ou gris clair. L'interprète authentique exerce sa volonté dans cet interstice. Il ne choisit toutefois pas toujours une signification au sein de la compossibilité de l'énoncé et est en mesure – et c'est particulièrement fréquent dans le cas des régimes d'exception – de lui attribuer une signification nouvelle, qui ne peut être tenue pour raisonnable ou conventionnellement admise.

827. Confrontés à ce cadre théorique, les résultats empiriques obtenus indiquent clairement l'existence d'une imbrication plus insécable entre les deux pôles de l'interprétation. À la manière d'un panneau indicateur ou d'une partition de musique, le champ des significations véhiculées par la règle de droit n'a pas de frontière nette. Elles ne sont pas seulement susceptibles de faire l'objet d'interprétations-décisions ou d'interprétations-crétions, mais aussi d'interprétations-superposées, pour lesquelles il est non pas difficile, mais impossible d'affirmer l'acceptabilité à l'aune de l'énoncé. L'indétermination du langage, les contradictions entre les maximes d'interprétation et, plus fondamentalement, l'absence de consensus sur ce qui doit fonder l'interprétation juridique privent les tentatives herméneutiques de la science du droit du confort de la certitude.

828. Cette nouvelle conception de la nature de l'interprétation amène à réécrire le schéma traditionnel du processus interprétatif. Par un syllogisme intime, l'interprète authentique mêle la connaissance et la volonté en prenant conscience de l'ensemble des éléments de faits et de droit inhérent à l'interprétation. Juridiques ou extrajuridiques, avouables ou non, ils vont orienter la volonté de l'interprète. Cette dernière va, elle-même, conditionner la lecture et la mise en récit de ces contraintes. Ce jeu d'actions et de rétroactions permet à l'interprète d'attribuer un sens à l'énoncé. En partant de celui-ci, il est alors en mesure de reconstituer, à rebours, un syllogisme juridique justificatif. Si cet exercice de style n'informe pas directement sur les motifs réels de la décision, l'obligation de s'y soumettre réduit la marge décisionnelle de l'interprète authentique d'autant qu'il place haut, dans sa hiérarchie subjective, le souci d'assurer la légitimité et la réussite juridictionnelle de sa décision.

829. Les conclusions empiriques et théoriques de cette thèse permettent de penser différemment la liberté de l'interprète de l'état d'urgence. Ni exécutant du droit ni détenteur d'un pouvoir arbitraire, il est au centre d'un réseau de contraintes qui conditionnent sa liberté juridique effective. Les spécificités de l'agir interprétatif de crise, celles qui suscitent l'indignation de la société civile et les questionnements de la doctrine, s'expliquent par ces facteurs à la juridicité et à la force explicative variable. Les contraintes y incarnent à la fois le

rempart à la discrétionnarité de l'interprète et le moteur d'un renversement des valeurs. Dans les périodes d'exception, l'empire de la règle de droit cède le pas aux enjeux politiques, stratégiques et communicationnels ; les contraintes de l'interprétation ploient devant la force des contraintes de l'interprète.

829.1. Les réalités sociopolitiques contemporaines – culte de l'immédiateté, aversion au risque, importance démesurée des indicateurs d'opinion et sacralisation de l'efficacité – sont autant de facteurs causaux favorisant la créativité interprétative au détriment du respect de la lettre du droit. La demande d'autorité explique l'intensité démesurée de l'agir de crise, l'impératif de réactivité amène à malmener les procédures et le coût politique d'une sortie de l'état d'urgence explique l'inertie que connaissent ses applications. Ainsi, bien souvent, les comportements interprétatifs qualifiés d'abus ne sont que la résultante d'une prise en compte, par l'exécutif de crise, des signaux que le reste de l'univers social lui envoie.

829.2. La liberté interprétative prise par le décideur s'explique, plus fondamentalement, par les caractères intrinsèques des dispositifs relevant du modèle de l'état d'urgence. L'impossibilité de légiférer *a priori* sur la richesse factuelle des situations de crise auxquelles l'État devra faire face, la vocation de ces dispositifs à remettre – temporairement – en cause certains des droits et libertés garantis par la Constitution sans pouvoir y associer de limites à l'aune de l'impératif d'assurer la sauvegarde de l'État et l'urgence des situations, qui s'accommode mal du temps long de la démocratie, justifient que l'interprète authentique prenne de la distance avec la pratique ordinaire de gouvernement et la lettre du texte, aussi protectrice soit-elle.

829.3. Si une certaine marge d'interprétation est nécessaire pour que ces dispositifs accomplissent leur finalité, une autre leur est délétère. Des pratiques juridiques de crise, qui ont façonné l'interprétation des états d'urgence en France et en Espagne, doivent être décrites, discutées, critiquées et dépassées. Les lacunes rédactionnelles des régimes d'exception français, le manque de rigueur définitionnelle des conditions de fond et de forme, le suivisme parlementaire, la défiance envers le gouvernement des juges, la confusion savamment entretenue entre état d'urgence et État de droit, le mythe de l'évidence et le vernis de juridicité recouvrant l'agir interprétatif de crise sont autant de maux qui font courir un risque infondé à nos démocraties contemporaines.

830. Finalement, le caractère constructif de l'interprétation de l'état d'urgence, sa normalisation et les abus qui accompagnent sa pratique n'admettent pas d'explications simplificatrices. Il n'y a pas de complot d'État pour supprimer les libertés individuelles. Les

acteurs juridiques des états d'urgence, pouvoirs et contre-pouvoirs, jouent leurs rôles respectifs dans les limites que le déterminisme du réel érige à leur action. Ils sont pris dans un tissu d'interactions causales complexes, dont seul le détricotage méthodique permet de trouver les leviers d'action permettant, pour l'avenir, d'en contenir les excès.

§5 – Des outils au service d'un positivisme juridique plus fécond

831. Le succès d'une entreprise scientifique dépend du prisme théorique qu'elle adopte, mais aussi du cadre épistémologique, de la méthode et des outils qu'elle mobilise. En émancipant le discours scientifique sur le droit – descriptif et extérieur à son objet – de la dogmatique prescriptive, le mouvement positiviste a marqué une avancée majeure. Cependant, lorsqu'il impose à la science du droit les règles et les méthodes des sciences naturelles, qu'il interdit au juriste de prendre en compte le contexte de production des normes, les réalités auxquelles elles entendent répondre et, sinon, le contenu même des énoncés, il fait obstacle à la connaissance.

832. La réalité polymorphe de l'objet de cette thèse, placé en équilibre précaire entre le droit et le non-droit, son aspiration à construire une théorie de l'interprétation juridique empirique, par ses fondements comme par sa finalité, l'amène à revendiquer un positivisme affranchi de tout idéal de pureté délétère, qui érige l'utilité scientifique en valeur cardinale. Répondant aux standards scientifiques par son caractère inductif marqué, sa dimension comparée, sa neutralité axiologique et son souci de mettre à l'épreuve ses propres présupposés, elle s'autorise aussi, lorsque c'est nécessaire, des emprunts à la sémantique juridique, à la philosophie du droit, à la science politique ou à la sociologie juridique.

833. Cette même démarche préside à la lecture retenue de l'interprétation juridique. Si la radicalité est féconde pour le débat d'idées, en initiant une dialectique, de telles théories ont vocation à être discutées, critiquées, puis abandonnées aux profits de thèses plus raisonnables. La théorie intermédiaire de l'interprétation proposée n'a pas le tranchant ni le systématisme des modèles qu'elle entend dépasser, mais ce n'est pas là son but. Elle donne un fondement théorique porteur aux entreprises de connaissance scientifique des décisions d'application et de contrôle prises dans un champ du droit, qui fonctionne dans les cas ordinaires comme dans les cas limites de l'interprétation.

834. Accompagnée des outils qu'elle a développés, esquissés ou synthétisés, elle offre aux chercheurs qui ambitionnent de rendre compte de la réalité interprétative dans leurs propres thématiques des ressources scientifiques ordonnées et cohérentes :

834.1. Le *test pondéré d'appartenance* permet de faciliter et d'objectiver la subsomption de dispositifs dans une catégorie juridique, sur la base d'une définition préalable. Si celui développé dans la première partie de cette thèse n'a pas, en l'état, vocation à être exporté, il peut néanmoins inspirer d'autres chercheurs et servir de base de travail pour une adaptation à d'autres catégories juridiques.

834.2. Le *cadre interprétatif* permet la description scientifique du contenu d'un énoncé juridique. En renseignant à la fois sur les différentes significations qu'il peut conventionnellement admettre, sur l'étendue de celle-ci et sur le degré de détermination de ses frontières, il a vocation à devenir un des outils les plus fondamentaux de la connaissance du droit positif. Dans la continuité des travaux de Riccardo Guastini, cette étude répond aux questions essentielles qu'il soulève et propose différentes solutions pour en sécuriser l'utilisation scientifique.

834.3. La *typologie des interprétations juridiques* permet, en synergie avec le cadre interprétatif, d'apprécier la liberté prise par l'interprète authentique avec l'énoncé auquel il attribue une signification contraignante. Il favorise la connaissance scientifique des pratiques interprétatives réelles et fonde leur critique objective. L'apport substantiel de cette thèse réside dans la catégorie « d'interprétation-superposée », qui affine la typologie guastinienne, participe à désobjectiver son emploi et ouvre des perspectives nouvelles à l'analyse statistique des interprétations authentiques.

834.4. La *contrainte juridique* permet de rendre compte du contexte décisionnel et d'expliquer les choix interprétatifs. Si elle est en elle-même porteuse, la reconstruction du réseau des contraintes interprétatives et des contraintes de l'interprète a surtout vocation à éclairer les résultats de l'exploitation du cadre interprétatif, en permettant d'identifier les causes des comportements interprétatifs observés.

834.5. La *félicité juridictionnelle* permet de mesurer la force contraignante des contrepouvoirs juridictionnels sur les interprètes d'application, à travers leur capacité à dissuader des interprétations constructives des énoncés. D'usage complexe, cet outil nouveau démontre toutefois le potentiel scientifique des outils proposés lorsqu'ils sont employés de manière synergique.

835. Ces ressources scientifiques sont, pour certaines, déjà opérationnelles. D'autres, plus embryonnaires, posent encore des obstacles théoriques et pratiques substantiels. Leur devenir scientifique est, en ce sens, intimement lié aux critiques, itérations et améliorations futures que la communauté juridique en proposera ; si bien sûr elle accepte de s'en saisir.

* *

*

836. Dans les périodes ordinaires, la fiction juridique datée, infantilissante et trompeuse de l'interprète bouche de la loi suffit à assurer l'acceptabilité du droit. Mais dans les périodes de crise, ce mythe vole en éclat. Chacun prend soudain conscience de la force constructive de l'interprétation, de la part discrétionnaire de l'exercice du pouvoir. C'est pourquoi l'état d'urgence déchaîne les passions des juristes, comme celle de ses administrés. Cette résistance critique est nécessaire. Lorsque le réel couve sous l'épaisse couche de vernis de la fiction juridique, il devient impossible de se prémunir des monstres qui couvent – à l'abri de tout œil inquisiteur. La dénégation de la violence prépare sa radicalisation réelle.

837. Toutefois, une dénonciation des tendances liberticides, de l'immixtion dans la gouvernance ordinaire et des abus de l'état d'urgence n'a une valeur qu'à la condition d'être fondée sur des constats empiriques falsifiables. Pour reprocher au Conseil des ministres d'avoir interprété de manière constructive, fautive ou inopportune l'état d'urgence, encore faut-il reconstruire les significations qu'admet son dispositif, comprendre les finalités des pouvoirs qu'il confère et replacer l'interprétation dans son contexte. Cela, seule une science du droit rigoureuse, mais aussi ambitieuse et créatrice, peut s'y atteler.

838. Se refusant aussi bien à l'exégèse passive des décisions prises par les dirigeants qu'à la dénonciation facile et démagogique des atteintes commises aux libertés publiques dans l'application de dispositifs dont c'est le moyen d'action, cette science du droit porte la lourde responsabilité d'informer la société civile sur les pratiques interprétatives réelles de ses dirigeants et sur solutions juridiques permettant, le cas échéant, de les contenir. Ayons le courage de *regarder dans l'abîme* – mais sans préjuger trop vite de ce qui y sied.

Lille, le 1^{er} janvier 2023.

BIBLIOGRAPHIE

I – DICTIONNAIRES, LEXIQUES ET ENCYCLOPÉDIES

- ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos Poche, PUF, 2003, 1668 p.
- CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige Dicos Poche, 9^e éd., 2011, 1095 p.
- LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, PUF., coll. Quadrige, 2002, 1376 p.
- RAYNAUD PH., RIALS S., *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, Dictionnaire Quadrige, 2003, 928 p.
- REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Vol. I et II, 1992, 2383 p.

II – OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS ET TRAITÉS

- ALZAGA VILLAAMIL Ó. (dir.), *Comentarios a la constitución española de 1978*, T. I, IV y IX, Cortes Generales, Editoriales de derecho reunidas, 1996.
- BARRAUD B., *La recherche juridique. Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2016, 550 p.
- CARCASSONNE G., *La constitution*, Seuil, 11^e éd., 2013, 496 p.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2016, 438 p.
- CORNU G., *Linguistique juridique*, LGDJ, Précis Domat, 2005, 456 p.
- FERNÁNDEZ SEGADO F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, 1136 p.
- GARRIDO FALLA F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Tercera edition, Madrid, Civitas, 2001, 2528 p.
- GUASTINI R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, trad. V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, Rivages du droit, janvier 2010, 269 p.
- HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, LGDJ-Lextenso éditions, 2015, 36^e éd., 833 p.
- HASTINGS M., *Aborder la science politique*, Seuil, Mémo, 1996, 96 p.
- MAUS D., FAVOREU L., PARODI J.-L. (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 858 p.
- OZER A., *L'État*, GF Flammarion, Corpus, Paris, 1998, 256 p.
- PIERRÉ-CAPS S., *Droit constitutionnels étrangers*, PUF, Licence, 2010, 256 p.
- RIVERO J., MOUTOUH H., *Libertés publiques*, Tome I, 9^e éd, Puf droit, Thémis Droit public, 271p.
- SÉGUR PH., *La Ve République*, Ellipses, Mise au point, 2^e éd, 2013, 208 p.
- TRUCHET D., *Droit administratif*, PUF, Themis, 2015 (6^e édition), 496 p.

III – OUVRAGES JURIDIQUES SPÉCIALISÉS, THÈSES ET MONOGRAPHIES

- ACKERMAN B.**, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, Yale University Press, 2006, 227 p.
- ADAMA.**, *La lutte contre le terrorisme. Etude comparative Union européenne – États-Unis*, Mémoire, Préf. Y. Gauthier, L'Harmattan, Inter-Nationale, 2005, 136 p.
- AGAMBEN G.**, *Homo sacer*. Tome I. Le pouvoir souverain et la vie nue., Seuil, l'Ordre philosophique, 1997, 224 p.
- ÁLVAREZ GARCÍA V.**, *El concepto de necesidad en derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, 602 p.
- BASILIEN-GAINCHE M.-L.**, *Etat de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, PUF, Fondements de la politique, 2013, 304 p.
- BEAUD O., GUÉRIN-BARGUES C.**, *L'état d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes, 2016, 204 p.
- BÉCHILLON (DE) D.** (dir.), *Les défis de la complexité. Vers un nouveau paradigme de la connaissance ?*, l'Harmattan, 1994, 212 p.
- BENHESSA G.**, *L'État de droit à l'épreuve du terrorisme*, L'Archipel, 2017, 170 p.
- CAMUS G.**, *L'état de nécessité en démocratie*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 1965, 428 p.
- CARCASSONNE G., SUBRA DE BIEUSSES P.**, *L'Espagne ou la démocratie retrouvée*, Enaj, Institutions et politique, 1978, 300 p.
- CARRÉ DE MALBERG R.**, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris, Sirey, t. 1, 1920, 837 p.
- CASSELLA S.**, *La nécessité en droit international. De l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Etudes de droit international, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2011, 577 p.
- CASSIA P.**, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016, 252 p.
- CODACCIONI V.**, *Justice d'exception. L'État face aux crimes politiques et terroristes*, CNRS Editions, 2015, 320 p.
- CRUZ VILLALÓN P.**, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, 200 p.
- DELANLSSAYS T.**, *La motivation des décisions juridictionnelles du Conseil d'État*, Thèse de doctorat, Sous la dir. d'E. Cartier, 2017, 971 p.
- FEREJOHN J., PASQUINO P.**, « The law of the exception: A typology of emergency powers », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2, avril 2004, p. 210–239.
- FRIER P.-L.**, *L'Urgence*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1987, 600 p.
- GONZÁLEZ H. R.**, *Estado de no derecho. Emergenciay derechos constitucionales*, Editorial Del Puerto, 2007, 392 p.
- GOUPY M.**, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, Paris, CNRS Éditions, CNRS, 2016, 342 p.
- GRONDIN J.**, *L'herméneutique*, PUF, Que sais-je ?, 2017, 128 p.
- JESTAZ P.**, *L'Urgence et les principes classiques du droit civil*, Paris, LDGJ, 1968, 331 p.
- JOUANJAN O., HELLER H.**, *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, 2012, 114 p.
- KELSEN H.**, *Qui doit être le gardien de la constitution ?*, trad. S. Baume, Michel Houdiard, Le sens du droit, 2006 [1931], 142 p.
- KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, Bruylant LGDJ, 1999 [1962], 384 p.
- LE BOS-LE POURHIET A.-M.**, *Les substitutions de compétences en droit public français*, Thèse, Paris I, 1985, 513 p.

- LEURQUIN-DE VISSCHER F.**, *La dérogation en droit public*, préf. François Rigaux, Bruylant, Centre d'études constitutionnelles et administratives, 1991, 312 p.
- MARTÍNEZ CUEVAS M. D.**, *La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la constitución de 1978*, thesis, 1997, 854 p.
- MATHIEU-IZORCHE M.-L.**, *Le Raisonnement juridique*, PUF, Thémis, 2001, 439 p.
- NEGRETTO G. L.**, *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1994, 204 p.
- NGUYEN T. H.**, *La notion d'exception en droit constitutionnel français*, thèse, sous la dir. de B. Mathieu, 2013, 643 p.
- NIZARD L.**, *La jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles et la légalité*, LGDJ, Paris, 1962, 295 p.
- QUINART É.**, *L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 -1958)*, thèse, sous la dir. D'E. Cartier, Université de Lille, 2019, 811 p.
- REMOTTI CARBONELL J. C.**, *Constitución y medidas contra el terrorismo. La suspensión individual de derechos y garantías*, prologo de Teresa Freixes Sanjuan, Colex, 1999, 343 p.
- ROUYÈRE AU.**, *Recherche sur la dérogation en droit public*, Thèse de doctorat, sous la dir. de J.-M. Auby, Bordeaux I, 1993, 505 p.
- ROSS A.**, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. É. Millard et E. Matzner, Bruylant, LGDJ, La pensée juridique, 2004, 234 p.
- SACHICA L. C.**, *Entre la regla y la excepción*, Universidad del Rosario, Textos de jurisprudencia, Bogota, 2005, 96 p.
- SAINT-BONNET F.**, *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, 400 p.
- SCHMITT C.**, *Théologie politique*, trad. J.-L. Schelgel, Gallimard, 1988 [1922], 182 p.
- SCHMITT C.**, *La dictature*, Points, Essais, 2015 [1928], 432 p.
- SCHMITT C.**, *Le gardien de la constitution*, Dalloz, 2015 [1931], 250 p.
- SCHMITT C.**, *La notion de politique. Théorie du partisan*, trad. M.-L. Steinhauser, Champs, Classiques, 2009 [1932 et 1962], 323 p.
- SEDANO LORENZO A.**, *El estado de alarma y la justicia militar. A propósito de la crisis de controladores aéreos*, Liber Factory, 2015, 212 p.
- SFEZ G.**, *Les doctrines de la raison d'État*, Armand Colin, Collection U, 2000, 224 p.
- SUPIOT A.**, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France 2012-2014*, Fayard, Poids et mesures du monde, 2015, 512 p.
- TERRÉ D.**, *Les questions morales du droit*, PUF, Ethique et philosophie morale, 2007, 362 p.
- TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C.** (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant L.G.D.J, La pensée juridique, 2005, 203 p.
- TROPER M.**, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, Léviathan, 2001, 352 p.
- TROPER M.**, *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, 2011, 294 p.
- TROPER M.**, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, Que Sais-Je ?, 2015, 4^e éd., 128 p.
- TUSSEAU GU.**, *Les normes d'habilitation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006, 813 p.
- TUSSEAU GU.**, *Jeremy Bentham : La guerre des mots*, Paris, Dalloz, Les sens du droit, 2011, 186 p.
- VERMEULE A.**, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, 2013, 200 p.
- VIDAL-NAQUET A., FATIN-ROUGE STEFANINI M.** (dir.), *La norme et ses exceptions*, Bruylant, À la croisée des droits, 2014, 302 p.

IV – ACTES DE COLLOQUES, OUVRAGES COLLECTIFS ET NUMÉROS SPÉCIAUX

- BOTTINI E. ET AL** (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2014, 224 p.
- BRILLA M. et Al** (dir.), *Le droit face à l'urgence. Disputatio magistrorum et scholarium argendorati, Secunda*, Mare & Martin, Droit et science politique, 2015, 236 p.
- BURDEAU G.**, *Écrits de droit constitutionnel et de science politique*, Panthéon Assas, Introuvables, 2011, 674 p.
- CAIRE A.-B.** (dir.), *Les fictions en droit. Les artifices du droit : les fictions*, LGDJ-Lextenso, Actes de colloque, 2015, 198 p.
- CAMBY J.-P., FRAISSEX P., GICQUEL J.** (dir.), *La révision de 2008 : une nouvelle Constitution ?*, LGDJ-Lextenso éditions, 2011, 461 p.
- CARTIER E.**, « Le rôle des fictions juridiques dans le processus transitoire », IX^e congrès français de droit constitutionnel, 2014.
- CARTIER E.**, (dir.), *Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation autour d'un outil processuel sui generis*, Rapport de recherche « 2010-2020 : dix ans de QPC », octobre 2020, 551 p.
- CARTIER E., TOULEMONDE G.** (dir.), *Le Parlement et le temps. Approche comparée*, Institut Universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2017, 370 p.
- CARTIER E., TOULEMONDE G., RIDARD B.** (dir.), *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des parlements en Europe*, Étude, Fondation Robert Schuman, 2020, 150 p.
- CAUDAL S.** (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2013, 304 p.
- HALPÉRIN J.-L., HENNETTE-VAUCHEZ S., MILLARD É.**, *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, P.U de Paris-Nanterre, Actualité, 2017, 268 p.
- HENNETTE VAUCHEZ S.** (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Rapport de recherche, Convention n° 2016 DDD/CREDOF, 2018, 279 p., en ligne.
- HERRERA C. M.** (dir.), *La Constitution de Weimar et la pensée juridique française : réception, métamorphose, actualité*, Paris, Kimé, 2011, 206 p.
- JULIEN-LAFERRIERE F. et al.** (dir.), *Quel sens pour le droit ?*, L'Harmattan, Presses Universitaires de Sceaux, Paris, 2008, 174 p.
- MABAKA P. M.** (dir.), *Constitution et risque(s)*, L'Harmattan, Droit, Société et Risque, 2010, 356 p.
- MELIN-SOUCRAMANIEN F.** (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Actes, 2005, 248 p.
- PERES H., ROUX CH.** (dir.), *La Démocratie espagnole. Institutions et vie politique*, Presses universitaires de Rennes, Didact Sciences politiques, 2016, 308 p.
- PIERRÉ-CAPS S.** (dir.), « États de crise. Sécurité et liberté », 5^e édition de l'université d'été de l'IRENEE, Nancy, 27 juin - 1^{er} juillet 2016.
- ROBBE F.** (dir.), *Le temps et le droit constitutionnel*, Actes de colloque, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2010, 168 p.
- SENAT** (dir.), *L'écriture de la loi*, Les colloques institutionnels du Sénat, Actes de colloque n° 3, juillet 2014, [en ligne](#).
- SERGUES B.** (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Actes de colloques de l'IFR, 2016, 218 p.
- TUSSEAU GU.** (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, Etudes juridiques, 2009, 166 p.

V – ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET NOTES

ALCARAZ H., « Le Tribunal constitutionnel espagnol censure l'état d'alarme : Vice juridique ou erreur politique ? », *Le Club des Juristes*, 2021, [en ligne](#).

ÁLVAREZ GARCÍA V., « La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el pasaporte covid en un país carente de una legislación antipandemias », *Diario del derecho*, édition de 10 de enero de 2022, 2022, [en ligne](#).

BARANGER D., « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », in **HERRERA C.-M.**, **LE PILLOUER A.**, (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Kimé, 2012, 198 p., p. 117-140.

BARANGER D., « Quel "état de droit" ? quels contrôles ? Le juge des référés et le maintien en vigueur de l'état d'urgence », *RFDA*, Dalloz, 2016, p. 355 et s.

BARANGER D., « L'état d'urgence dans la durée », *RFDA*, Dalloz, 2016, p. 447 et s.

BARASH J. A., « Hermann Heller critique de Carl Schmitt », *Cités* 2001/2 (n° 6), p. 175-178.

BASILIEN-GAINCHE M.-L., « État d'urgence et lutte contre le terrorisme. La mécanique de l'entropie », *JDA*, Dossier n° 1 (« L'état d'urgence »), 2016, [en ligne](#).

BÉCHILLON (DE) D., « La valeur anthropologique du Droit. Éléments pour reprendre un problème à l'envers », *RTD Civ.*, 1995, p. 835 et s.

BRUNET P., « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits. Revue française de théorie juridique*, PUF, 2004, p. 197-217, [en ligne](#).

BRUNET P., « Aspects théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *Revue générale de droit international public*, n° 2/2011, p. 311-327.

CAHN O., « La politique criminelle française en matière de lutte contre le terrorisme », in **PELLÉ S.** (dir.), *Le terrorisme, nouveaux enjeux, nouvelles stratégies*, Presses de l'Université de Pau, Le droit en mouvement, 2017, 110 p., p. 19-33, p. 28.

CASADEVANTE MAYORDOMO (DE) P. F., « El derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía », *Revista de Derecho Político*, n° 107, enero-abril 2020, p. 111-145.

CERDA-GUZMAN C., « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *RFDC* n° 73, janvier 2008, p. 41-63.

CHENOT B., « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de science politique*, n° 1, 1953. p. 57-68.

CHRÉTIEN P., « La notion d'urgence », *RFDA*, 2007, p. 38-44.

CLAVERO ARÉVALO M. F., « Ensayo de una teoría de la urgencia en el Derecho administrativo », *RAP*, n° 10, 1953, p. 25-52.

COSSALTER, PH., « Légalité de crise et état d'urgence », *Revue générale du droit*, n° 22919, 2015, [en ligne](#).

COSSALTER PH., « Le contrôle par le juge des référés de la légalité des assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, Note sous CE, Sect. 11 décembre 2015, n° 394989, 394990, 394991, 394992, 394993, 395002, 395009 », *Revue générale du droit*, n° 23098, 2015, [en ligne](#).

CROTTET B., « Une tentative de reformulation de la théorie des contraintes », *Jus Politicum*, n° 7, 2012, [en ligne](#).

DENQUIN J.-M., « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, n° 1, décembre 2008, [en ligne](#).

DEROSIER J.-PH., « Enquête sur la limite constitutionnelle : du concept à la notion », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n° 76, p. 785-795, [en ligne](#).

- DEROSIER J.-PH.**, « L'état d'urgence : un régime exceptionnel et provisoire », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 47, 23 novembre 2015.
- DEROSIER J.-PH., CARTIER E.**, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020) », *Titre VII*, octobre 2020, n° 5 p. 99-111, [en ligne](#).
- DISANT M.**, « Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence », *RDP*, Numéro spécial (« Les États d'exception : un test pour l'État de droit ? »), 2021, p. 233-247.
- DOMINO X.**, « Assignations à résidence en état d'urgence (note sous CE, 11 décembre 2015, n° 394990, L. Gauthier) », *RFDA*, n° 1, janvier-février 2016, p. 106 et s.
- DRAGO G.**, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, n° 102, juillet 2015, p. 335-351.
- DRAGO R.**, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 670 et s.
- DUQUE VILLANUEVA J. C. et autres**, « Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2021 », *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 124, p. 257-309.
- ENÉRIZ OLAECHEA F. J.**, « La declaración del estado de alarma para la normalización del transporte aéreo », *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9/2011, 2011, p. 79-94.
- ENRÍQUEZ MALAVÉ GU.**, « Naturaleza jurídica de las medidas sanitarias adoptadas frente al COVID-19 : ¿actos administrativos o disposiciones judiciales? Algunas consideraciones a propósito de la ratificación judicial de las mismas y del nuevo estado de alarma », *Diario La Ley*, N° 9740, 20 de noviembre de 2020.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ D.**, « Sentencia del Tribunal Supremo 171/2021, de 10 de febrero », *Reseñas de jurisprudencia (Enero-Junio 2021)*, 2021, p. 437-439, [en ligne](#).
- GAL (LE) S.**, « Réformer les législations d'exception. Étude d'un projet de l'État-Major des armées (1968-1971) », *Champ pénal/Penal field*, 17/2019, 2019, [en ligne](#).
- GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS A., NAVARRO MEJÍA I.**, « La actuación de las cortes generales durante el estado de alarma para la gestión de la crisis del covid-19 », *Revista de las Cortes Generales*, n° 108, Primer semestre 2020, mayo 2020, p. 245-288.
- GARRIDO LÓPEZ C.**, « Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción », *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 110, mayo-agosto 2017, p. 43-73, [en ligne](#).
- GAUTHIER L.**, « Les voies et les moyens de la lutte anti-terroriste », *Pouvoirs*, n° 158, septembre 2016, p. 39-50.
- GLINIASTY (DE) J.**, « La force du discours en droit administratif », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2 (Volume 79), p. 77-92.
- GOUPY M.**, « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? Une réflexion sur le succès de la notion d'état d'exception à l'ombre de la pensée de Michel Foucault », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2, vol. n° 79, p. 97-111.
- GRONDIN J.**, « L'interprétation. Qu'est-ce que l'interprétation ? », *Philopsis*, 2004, p. 126-131.
- GUASTINI R.**, « Michel Troper. Sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, 2003, n° 37, p. 111-122.
- GUASTINI R.**, « Réalisme et antiréalisme dans la théorie de l'interprétation, in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 431-457.
- GUITTET E.-P.**, « Les recours à l'état d'exception sous le régime franquiste (1956-1975) », *Cultures & Conflits*, n° 113, p. 89-98, [en ligne](#).
- HAURIOU M.**, « Limites des pouvoirs de police en temps de guerre. Note sous C.E., 28 février 1919, Dames Dol et Laurent », *Sirey*, 1918-1919.3.33.
- HAURIOU M.**, « Révocation de fonctionnaires publics se mettant en grève et communication préalable du dossier. Note sous Conseil d'État, 7 août 1909, Winkell », reprint. *Revue générale du droit*, 2014, n° 13160.
- HEUSCHLING L.**, « État de droit », in **AUBY J. B.** (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 541 et s.

- JALUZOT B.**, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n° 1, 2005, p. 29-48.
- JAN P.**, « Les oppositions », *Pouvoirs*, n° 106, janvier 2004, p. 23-44.
- JESTAZ P.**, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *Revue générale de droit*, vol. 27, n° 1, 1996, p. 5-19, [en ligne](#).
- JOUANJAN O.**, « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales – Cahiers Vilfredo Pareto*, vol. XXXIX, n° 121, 2001, p. 55-64.
- JOUANJAN O.**, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011/2, 2011, p. 27-48.
- JOUVE D.**, « L'état d'alerte : la centralisation des pouvoirs face au Covid-19 en Espagne », *RDLF*, chron. n° 31, 2020, [en ligne](#).
- LAFUENTE BALLE J. M.**, « El decreto de alarma: rango jerárquico y control de constitucionalidad (un cambio de criterio) », *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, p. 343-374.
- LE BOS-LE POURHIET A.-M.**, « La limitation du pouvoir politique : la garantie des droits subjectifs face à la démocratie politique », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 102, juillet 2015, p. 277-286.
- LEBRETON G.**, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », *CRDF*, Caen, n° 6, 2007, p. 81-92, [en ligne](#).
- LECATELIER A.**, « Rhétorique de l'unité nationale et pratique du consensus dans le climat contemporain de menace terroriste : conséquence sur la pratique institutionnelle française », X^e congrès de l'Association Française de Droit Constitutionnel, 2017.
- LECATELIER A.**, « The perception of immigration in France : from facts to identity mythologies », *Przeegląd europejski*, n° 2018-3, 2019, p. 193-208, [en ligne](#).
- LECATELIER A.**, « Los parlamentos español y francés frente a la crisis: una prueba para la democracia representativa », XIV^e Congreso iberoamericano de derecho constitucional, 2019.
- LECATELIER A.**, « La gouvernance par le nombre et la lutte contre le terrorisme : quand la raison lucide sustente l'absurde », in **BROSSET BRIAND M. ET AL.**, *Le nombre et le droit*, l'Harmattan, Le Droit aujourd'hui, 2020, 240 p.
- LECATELIER A.**, « L'état d'urgence sanitaire : une innovation qui pose question », *The Conversation*, 19 mars 2020, [en ligne](#).
- LECATELIER A.**, « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables précisément identifiés aux potentialités d'action limitées », in **CARTIER E.**, (dir.), *Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation autour d'un outil processuel sui generis*, Rapport de recherche « 2010-2020 : dix ans de QPC », octobre 2020, 551 p., p. 233-236.
- LECATELIER A.**, « Les QPC de l'état d'urgence : des justiciables cultivant un usage à contre-courant du contrôle de constitutionnalité a posteriori », in **CARTIER E.**, (dir.), *Les justiciables de la QPC. Identification et mobilisation autour d'un outil processuel sui generis*, Rapport de recherche « 2010-2020 : dix ans de QPC », octobre 2020, 551 p., p. 376-379.
- LOYNES DE FUMICHON (DE) B.**, « Introduction au droit comparé », *Comparative Law Journal of the pacific*, Ex Professo, Vol. II, 2013.
- LUCHAIRE F.**, « Note sur DC 25 janvier 1985 », *Dalloz*, 1985, p. 361.
- MACKAAY E.**, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langage*, n° 53, mars 1979, p. 33-50.
- MANIN B.**, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme », *La Vie des idées*, 2015, [en ligne](#).
- MARRET J.-L.**, « action-réaction : le terrorisme et l'État », *Pouvoirs*, n° 158, Seuil, Septembre 2016, p. 5-14.

- MASTOR W., SAINT-BONNET F.**, « De l'inadaptation de l'état d'urgence face à la menace djihadiste », *Pouvoirs*, 2016/3, n° 158, p. 51-65.
- MATA (DE LA) N. J.**, « Pandemia, estado de alarma y suspensión de libertad », *Almacén de derecho*, 6 de abril de 2020, [en ligne](#).
- MCELWAIN K. M.**, « Using Constitutional Data to Understand "State of Emergency" Provisions », *Social Sciences of Crisis Thinking*, Tokyo University, 2017, [en ligne](#).
- MERCIER J.**, « Le droit constitutionnel réinterprété. À propos de : R. Guastini, Leçons de théorie constitutionnelle, Dalloz, 2010 », *La Vie des idées*, 14 mai 2010, [en ligne](#).
- MICHAUT F.**, « L'École de la "sociological jurisprudence", le réalisme américain et la "théorie de la prédiction" », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol. 17, 1986/2, p. 33-75.
- MILET M.** « La doctrine juridique pendant la Guerre : à propos de Maurice Hauriou et de Léon Duguit », *Jus Politicum*, n° 15, janvier 2016, [en ligne](#).
- MILLARD É.**, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 21 (dossier : « La normativité »), 2007, [en ligne](#).
- MILLARD É.**, « Le concept : outil de communication ? », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 2012, p. 2179-2185.
- MOINE A.**, « Prévention du terrorisme islamique et liberté religieuse », *Civitas Europa*, Université de Lorraine, IRENEE, n° 36, juin 2016, p. 179-195.
- NOËL J.**, « Pour une analyse épistémologique de la querelle autour de l'article 11 », *RFDC*, n° 106, juin 2016, p. 391-409, p. 394-396.
- OBBERDORFF H.**, « La République française face au défi du terrorisme », *Revue de droit public*, n° 2-2015, p. 357 et s.
- ORENES RUIZ J. C.**, « Capítulo 28. Estado de alarma y control parlamentario », in **LUQUIN BERGARECHE R.** (dir.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Wolters Kluwer, 2020, 828 p., p. 545-563.
- ORTEGA SANTIAGO C.**, « La dimensión constitucional de la guerra: conflictos armados e intervenciones militares en el extranjero », Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, *Documentos de Trabajo*, n° 43/2004, 2004, 44 p.
- ORTEGA SANTIAGO C.**, « El derecho constitucional en su contexto : el ámbito cultural del constitucionalismo », UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 21, 2008, p. 331-353.
- OST F.**, « La thèse de doctorat en droit : du projet à la soutenance », *Annales de Droit de Louvain : revue trimestrielle*, vol. 1-2, n° 66, 2006, p. 5-23, [en ligne](#).
- PFERSMANN O.**, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 53 n° 2, Avril-juin 2001, p. 275-288, [en ligne](#).
- PFERSMANN O.**, « Contre le néo-réalisme. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 50, 2002, p. 789-836.
- PFERSMANN O.**, « Une théorie sans objet – une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 52, 2002, p. 759-788.
- PIC E.**, « Faire de la terminologie en droit ? », *Cahier du Ciel 2007-2008*, 2008, p. 57-69.
- PICARD É.**, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation », in **SÉNAT**, *L'office du juge*, Actes de colloque, 2006, p. 42-115, [en ligne](#).
- PICARD É.**, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Droit & Philosophie*, n° 1, 2009, [en ligne](#).
- PIERRÉ-CAPS S.**, « Constitutionnaliser l'état d'urgence », *Civitas Europa*, Université de Lorraine, IRENEE, n° 36, juin 2016, p. 141-154.
- PIERRÉ-CAPS A.**, « L'état d'exception dans la Rome antique », *Civitas Europa*, 2016/2, n° 37, p. 339-349.

- PLATON S.**, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/5, HS n° 2, p. 97-116, [en ligne](#).
- PONTHOREAU M. C.**, « Les droits de l'opposition en France. Penser une opposition présidentielle », *Pouvoirs*, n° 106, janvier 2004, p. 101-114.
- PROTIÈRE G.**, « Situation exceptionnelle et théorie générale de l'Etat. L'exception en droit », avril 2008, [en ligne](#).
- PULIDO QUECEDO M.**, « La prórroga del estado de alarma "por incertidumbre" », *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 813/2011, 2011.
- RABAULT H.**, « Le problème de l'interprétation de la loi : la spécificité de l'herméneutique juridique », *Le Portique*, n° 15/2005, 2005, [en ligne](#).
- RIBES D.**, « Le réalisme du Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, [en ligne](#).
- RIBES D., DOMINGO L.**, « Le contrôle par le Conseil d'État aujourd'hui », in **FATIN-ROUGE STEFANINI M., SEVERINO C.**, *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, Dice éditions, Confluence des droits, 2017, 504 p., p. 51-58.
- ROBERT J.**, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42, n° 2, Avril-juin 1990, p. 751-764, [en ligne](#).
- ROBLOT-TROIZIER A.**, « Assignations à résidence en état d'urgence (note sous CE 11 décembre 2015, M. C. Domenjoud, n° 395009 et Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, M. Cédric. D., n° 2015-527 QPC) », *RFDA*, n° 1, janvier-février 2016, p. 123 et s.
- ROBLOT-TROIZIER A.**, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 424 et s.
- ROSS A.**, « La définition en droit », in **MATZNER E.** (dir.), *Droit et langues étrangères : concepts, problèmes d'application, perspectives*, 2000, p. 73-89.
- ROUDIER K.**, « L'état d'urgence dans les pays de l'Union européenne : approche comparative », *P@ges Europe*, mai 2017.
- ROUSSEAU D.**, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Revue Projet*, 2/2006, n° 291, p. 19-26.
- ROUSSEAU D.**, « Charlie ou l'expérience de la construction juridique du peuple », *Revue de droit public*, n° 2-2015, p. 371-376.
- ROUSSEAU D.**, « La force magique de la Constitution », *La revue lacanienne*, 2016/1, n° 17, p. 31-41, [en ligne](#).
- ROUVIÈRE F.**, « Karl Popper chez les juristes : peut-on falsifier un concept juridique ? », *Cahiers de méthodologie juridique*, 2014-5, n° 28, p. 2213-2230.
- SADOUN M.**, « Opposition et démocratie », *Pouvoirs*, n° 106, janvier 2004, p. 5-21.
- SAINT-BONNET F.**, « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 6/2008, p. 29-38.
- SAVONITTO F.**, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité », *RDLF*, chron. n° 15 2016, [en ligne](#).
- SFEZ A.**, « Espagne : le confinement inconstitutionnel ? », *JP Blog, Juspoliticum*, 8 juillet 2020, [en ligne](#).
- STIRN B.**, « Constitution et droit administratif », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, n° 37, octobre 2012.
- TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Reflexiones críticas sobre la evolución contemporánea del Estado de Derecho en España », *Civitas Europa*, IRENEE, n° 37, 2016, p. 121-139.
- TORRES GUTIÉRREZ A., LECATELIER A.**, « Doctrina del Tribunal Constitucional sobre la aplicación del artículo 155 de la Constitución Española a raíz de la Declaración de Independencia por el Parlamento de Cataluña: Estudio de las STC 89 y 90/2019, de 2 de julio », *Civitas Europa*, IRENEE, n° 43, 2019, p. 131-151.

- TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Las medidas tomadas por las confesiones religiosas en España, ante el estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020 por la epidemia de coronavirus COVID-19 », *OLIR*, 2020.
- TORRES GUTIÉRREZ A.**, « Capítulo 25. Retos de la declaración del estado de alarma con motivo de la COVID-19 para el Estado de Derecho y el ejercicio de los derechos fundamentales », in **LUQUIN BERGARECHE R.** (dir.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Wolters Kluwer, 2020, 828 p., p. 485-515.
- TROPER M.**, « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », *Pouvoirs*, n° 16, Le Seuil, 1981, p. 5-15, [en ligne](#).
- TROPER M.**, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 50, 2002, p. 335-353.
- TROPER M.**, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista Opinião Jurídica*, 2006-2, n° 8, 2006.
- TUCHSCHERER E.**, « Le décisionnisme de Carl Schmitt : théorie et rhétorique de la guerre », *Mots. Les langages du politique*, n° 73, 2003, p. 25-42.
- TUSSEAU GU.**, « Jeremy Bentham et les droits de l'homme : un réexamen », *RTDH*, n° 50, 2002, p. 407-431.
- TUSSEAU GU.**, « Sur le métalangage du comparatiste », *Revus*, n° 21/2013, 2013, p. 91-115, [en ligne](#).
- VEDEL G.**, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP* 1948.I.682, 1948.
- VIALA A.**, « Riccardo Guastini, traduit et préfacé par Véronique Champeil-Desplats, Leçons de théorie constitutionnelle, Paris, 2010 », *Jus Politicum*, n° 5, décembre 2010, [en ligne](#).
- VIALA A.**, « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, n° 2/2011, 2011, p. 95-117.
- VIDAL PRADO C., DELGADO RAMOS D.**, « Algunas consideraciones sobre la declaración del estado de alarma y su prórroga », *Revista española de derecho constitucional*, n° 92, 2011, p. 243 et s.
- WROBLEWSKI J.**, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société*, 1988, n° 8, p. 13-27.

VI – ŒUVRES CLASSIQUES, LITTÉRAIRES OU ISSUES DE DISCIPLINES TIERCES

- AMBROISE B.**, « La philosophie du langage de J. L. Austin : ce que la parole fait ». *Philopsis*, janvier 2015, [en ligne](#).
- ARENDT H.**, *Condition de l'homme moderne*, Pocket, Agora, 408 p.
- ARKES H. R., BLUMER C.**, « The psychology of sunk cost », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 35, n° 1, 1985, p. 124-140, [en ligne](#).
- AUBERT N.**, *Le Culte de l'Urgence : La société malade du temps*, Flammarion, Champs essais, 2003, 384 p.
- AUGÉ M.**, *Les Nouvelles Peurs*, Payot, Manuels Payot, 2013, 93 p.
- AUSTIN J. L.**, *How to Do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press [1976], trad. fr. G. Lane, *Quand dire c'est faire*, Paris, Seuil, 1970, rééd. Points, 1991, 208 p.
- BECK U.**, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, trad. L. Bernardi, Aubier, 2001, 521 p.
- BENAMRANE Y.**, *La gestion des situations d'urgence à l'interface entre expertise et décision*, thèse de doctorat, dirigée par Jean-Luc Wybo, Ecole nationale des Mines, 2005, 260 p.
- BÉNÉTON PH.**, *Les fers de l'opinion*, PUF, 2000, 96 p.
- BÉNÉVENT R.**, « La rhétorique de l'urgence », *La Lettre de l'enfance et de l'adolescence*, n° 76, 2009/2, p. 13-20.

- BERGER P., LUCKMANN T.**, *La construction sociale de la réalité*, Armand Colin, Individu et société, 2008 [1966], 358 p.
- BERNARDI B.**, *Qu'est-ce qu'une décision politique ?*, Vrin, Chemins philosophiques, 128 p.
- BOLTANSKI L.**, *Rendre la réalité inacceptable. À propos de "La production de l'idéologie dominante"*, Demopolis, 2008, 187 p.
- BOURDIEU P.**, *Propos sur le champ politique*, Presses Universitaires de Lyon, 2000, 112 p.
- BURGESS J. P., PERRET S.**, « La lutte contre le terrorisme : une gouvernance par l'incertitude ? », *The Conversation*, septembre 2017, en ligne.
- CHOLLET M.**, *La tyrannie de la réalité*, Gallimard, Folio actuel, 2004, 384 p.
- DAUVOIS D.**, « Le chef et le génie. De la théâtralisation du commandement », *Cités 2/2001*, n° 6, p. 25-36, en ligne.
- DAVID CH.-PH.**, « L'invasion de l'Irak : les dessous de la prise de décision de la présidence Bush », *Revue internationale et stratégique*, 2005/1, n° 57, p. 9-20.
- DORNA A.**, *Faut-il avoir peur de l'homme providentiel ?*, Bréal, 2012, 176 p.
- DROZDA-SENKOWSKA E., RIC F., MULLER D.**, *Agir et décider collectivement en situation d'exception : une étude de cas*, Centre d'études en sciences sociales de la défense, 2007, 246 p.
- DUMEZ H., SUQUET J.-B.** (dir.), *Les jeux de la règle : Une approche interdisciplinaire*, L'Harmattan, Logiques de gestion, 2009, 217 p.
- DURR M.**, *La notion de pertinence en traduction juridique bidirectionnelle français-allemand*, Université de Strasbourg, p. 399 et s.
- DWORKIN R.**, « George W. Bush, une menace pour le patriotisme américain », *Esprit*, n° 285, juin 2002, p. 6-23.
- FERENCZI T. et al** (dir.), *L'irrationnel, menace ou nécessité*, Seuil, Dixième forum Le Monde Le Mans, 1998, 357 p.
- FINCHELSTEIN G.**, *La dictature de l'urgence*, Fayard, Pluriel, 2013, 228 p.
- FOGLIA M.**, « La question de l'interprétation chez Montaigne », *Cahiers philosophiques*, 4/2011 (n° 127), p. 81-96.
- GARAPON A., ROSENFELD M.**, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, PUF, 2016, 232 p.
- GIL F.**, *Traité de l'évidence*, Jérôme Millon, Krisis, 1993, 269 p.
- GODEFROID J.**, *Psychologie : Science humaine et science cognitive*, De Boeck, Ouvertures psychologiques, 3^e éd, 2012, 1160 p.
- GRASLAND C.**, *Initiation aux méthodes statistiques en sciences sociales* (cours), Chapitre 6, en ligne.
- GRUMILLIER F.**, « L'indécision : un modèle négatif pour l'action ? », *Philoflo*, 2007, en ligne.
- GUESPIN-MICHEL J.**, *Émancipation et pensée du complexe*, Éditions du Croquant, Enjeux et débats, 2015, 128 p.
- GUINERET H.** (dir.), *L'action - délibérer, décider, accomplir*, Ellipses, 2006, 144 p.
- HOBBS**, *Léviathan*, trad. F. Tricaud, Sirey, 1971, rééd. Dalloz-Sirey, 1999, 474 p.
- JAEGER C. C. et Al.**, *Risk, Uncertainty, and Rational Action*, Earthscan, London, 320 p.
- KLEIN É., SPIRO M.** (dir.), *Le Temps et sa flèche*, Flammarion, Champs Sciences, 2013, 288 p.
- KLEIN N.**, *La Stratégie du choc. La montée d'un capitalisme du désastre*, Actes Sud, 2008, 669 p.
- KROSNICK J. A.**, « Question and Questionnaire Design », (To appear) in *Handbook of Survey Research*, 2nd Edition, 2009, en ligne.
- LA BOÉTIE (DE) É.**, *Discours de la servitude volontaire*, rééd. Mille et une nuits, 1995, 64 p.

- LEEMAN D., VAGUER C.**, « États "d'urgence" : "en urgence" ou "dans l'urgence", deux expressions synonymes ? », *Scolia*, Université des sciences humaines Strasbourg, 2015, p. 37-58, [en ligne](#).
- MACHIAVEL**, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, trad. J.-V. Périès, 1825 [1517], [en ligne](#).
- MACHIAVEL**, *Le prince*, Librio, 2011 [1532], 128 p.
- MANISERA M., ZUCCOLOTTO P.**, « A proposal for the treatment of "don't know" responses », *Syrto working paper series*, n° 13, 2013, [en ligne](#).
- MOATTI C.**, « La République romaine, un modèle ? », in **HOLEINDRE J.-V., RICHARD B.** (dir.), *La Démocratie. Histoire, théories, pratiques*, Éditions Sciences Humaines, Synthèse, 2010, p. 23-34, [en ligne](#).
- MONTE M., OGER C.**, (dir.), *Discours d'autorité : des discours sans éclat(s) ?*, *Mots. Les langages du Politique*, n° 107/2015, 162 p.
- MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, Livre XI et XII.
- MORIN E.**, *Pour une crisologie*, Paris, L'Herne, Carnets, 2016, 72 p.
- MUZET D.**, *De la crise mondiale à la crise de soi. Les Mots de la Crise*, Eyrolles, La nouvelle société de l'emploi, 2013, 110 p.
- NIETZSCHE**, *Généalogie de la morale*, trad. É. Blondel, Poche, 2000, 278 p.
- NOËL É.**, *Le hasard aujourd'hui*, Points, Sciences, 234 p.
- PERELMAN CH., OLBRECHTS-TYTECA L.**, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Université de Bruxelles, 1992, 384 p.
- POPPER K. R.**, *Des sources de la connaissance et de l'ignorance*, trad. M. Irène et M. B. De Launay, Payot & Rivages, Rivage poche/ Petite Bibliothèque, 1998, 160 p.
- RIVELINE C.**, « De l'urgence en gestion », *Annales des mines, Gérer et Comprendre*, mars 1991, [en ligne](#).
- ROBERT D.**, « Présentation. De l'autorité et de son chef », *Cités* 2/2001, n° 6, p. 9-12, [en ligne](#).
- ROBERT PH., ZAUBERMAN R.**, *Du sentiment d'insécurité à l'état sécuritaire*, le Bord de l'eau, Clair & Net, 2017, 128 p.
- ROSANVALLON P.**, *La démocratie inachevée*, Gallimard, Coll. Folio Histoire, 2003, 592 p.
- ROSCH E.**, « Prototype classification and logical classification: The two systems », in **SCHOLNICK E. F.** (Ed.), *New trends in conceptual representation: Challenges to Piaget's theory?*, 1983, p. 73-86.
- ROUSSEAU**, *Du contrat social*, G.F. Flammarion, Paris, 2001, 256 p.
- SAINT-AUGUSTIN**, *Les confessions*, Tome II : Livre IX-XIII, Belles lettres, Bude Serie Grecque, 1969, 412 p.
- SIZAIRE V.**, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, La Dispute, 2016, 133 p.
- TOCQUEVILLE**, *De la démocratie en Amérique*, G.F. Flammarion, 1981, 574 p.
- TODD E.**, *Qui est Charlie ? Sociologie d'une crise religieuse*, Seuil, 2015, 252 p.
- TRONTO J.**, *Le risque ou le care ?*, PUF, Care Studies, 2012, 50 p.
- TRUC G.**, *Sidérations. Une sociologie des attentats*, PUF, Le Lien Social, 2016, 344 p.
- VASSY C.**, « L'organisation des services d'urgences, entre le social et le sanitaire », *Mouvements*, n° 32 2004/2, mars 2004, p. 67-74.
- WALTER F.**, *Catastrophes. Une histoire culturelle. XVIe-XXIe siècle*, Seuil, L'univers historique, 2008, 383 p.
- WEBER M.**, « Les trois types purs de la domination légitime », in *Sociologie* 2014/3 (Vol. 5), p. 291-302.
- WITTGENSTEIN L.**, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, 2004, 380 p.

VII – RAPPORTS, ÉTUDES ET COMMUNIQUÉS

CE, Communiqué, Assignations à résidence prononcées à l'occasion de la COP 21 dans le cadre de l'état d'urgence, 11 décembre 2015.

CE, « Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des libertés », 21 avril 2021.

CE, Étude annuelle, Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes, *La Documentation française*, 2021, 222 p.

CNCDH, Communiqué, État d'urgence : l'État de droit et les droits de l'homme en péril. Ayons le courage Épolitique d'en sortir !, 26 janvier 2017.

CNCDH, Avis, sur le projet de loi renforçant la sécurité intérieure, 6 juillet 2017.

COMMISSION DE VENISE, *Emergency Powers, Science and technique of democracy*, n° 12, 1995.

COMMISSION DE VENISE, Rapport sur le contrôle démocratique des forces armées, n° 389/2006, 2008.

COMMISSION DE VENISE, Rapport intérimaire, sur les mesures prises dans les États membres de l'UE à la suite de la crise de la COVID-19 et leur impact sur la démocratie, l'état de droit et les droits fondamentaux, 8 octobre 2020.

COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport 2020 sur l'état de droit, COM (2020), 30 septembre 2020.

COMMISSION EUROPÉENNE, Rapport 2021 sur l'état de droit, COM (2021), 20 juillet 2021.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, communiqué, « La Nuit du droit au Conseil constitutionnel le 4 octobre 2021 : "L'État de droit face aux crises" », 8 septembre 2021.

LDH, Rapport, L'urgence d'en sortir !, 3 février 2016.

PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution, sur l'incidence des mesures relatives à la COVID-19 sur la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux, 2020/2790 (RSP), 13 novembre 2020.

RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS SUR LES DROITS FONDAMENTAUX, Observation thématique, L'équilibre entre liberté et sécurité dans les réponses de l'UE et de ses États membres à la menace terroriste, 31 mars 2003.

SÉNAT, Note, Législation comparée. L'état d'urgence, LC n° 156, janvier 2006.

SÉNAT, Note, Législation comparée. Le régime de l'état d'urgence, LC n° 264, mars 2016.

SÉNAT, Rapport d'information, n° 542, 4 juin 2019.

VIII – MÉDIAS, BILLETS ET INTERVENTIONS ORALES

AFP, « État d'urgence : l'inquiétant constat du Conseil d'État », *LePoint.fr*, 20 juin 2017, [en ligne](#).

AGAMBEN G., « L'état d'exception », *Le Monde*, 12 décembre 2002.

AGAMBEN G., « De l'État de droit à l'État de sécurité », *Le Monde*, 24 décembre 2015.

ANTENNE 2, Journal télévisé de 20 heures, 25 octobre 1987.

BADINTER R. (Propos recueillis par Alan Salles), « Ne pas confondre justice et thérapie », *Le Monde*, 8 septembre 2007.

BEAUD O., « L'état d'urgence et l'État de droit », Conférence à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, Nouméa, 28 novembre 2016, [en ligne](#).

BEAUD O., « La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales », *Jus Politicum blog*, 23 mars 2020, en ligne.

BORDENET C., « "J'ai encore trop peur" : une majorité de Français soutient l'état d'urgence », *Lemonde.fr*, janvier 2016, [en ligne](#).

BORDENET C., « État d'urgence : l'ère du soupçon, du flou et de l'arbitraire », *Lemonde.fr*, février 2016, [en ligne](#).

BUSH G. W., Discours devant le Congrès, 20 septembre 2001.

CASSIA P., « Prorogation « bis » de l'état d'urgence : difficultés juridiques en perspective ? », *Le Club de Mediapart*, 12 février 2016, [en ligne](#).

CAZENEUVE B., Discours devant la Commission des Lois à l'Assemblée nationale, 20 novembre 2015.

CHIRAC J., Discours télévisé, 14 novembre 2005.

DEBRÉ M., Discours de Ligué, 17 août 1958.

DEBRÉ M., Discours prononcé devant le Conseil d'État, 27 août 1958.

DEROSIER J.-PH., « L'état d'urgence est justifié mais la précipitation inquiétante », *L'opinion.fr*, 24 juillet 2016, [en ligne](#).

DEROSIER J.-PH., « L'état d'urgence sanitaire : nos libertés en danger ? », *Marianne.net*, 28 mars 2020, [en ligne](#).

EUROPA PRESS, « Casado reclama activar la Ley de Seguridad Nacional y Rivera pide a Sánchez que actúe », *El Confidencial*, 16 de octubre de 2019, [en ligne](#).

FABIUS L., Discours du 12 janvier 1985, [en ligne](#).

GAULLE (DE) CH., Discours de Bayeux, 16 juin 1946.

GAULLE (DE) CH., Communiqué de presse, 15 mai 1958.

GAULLE (DE) CH., Discours radiotélévisé, 23 avril 1961.

GAULLE (DE) CH., Message devant les parlementaires, 23 avril 1961.

GAULLE (DE) CH., entretien d'entre deux tours avec Michel Droit, 15 décembre 1965

GISCARD D'ESTAING V., Interview accordée à la télévision et à la radio, 2 octobre 1979.

HASKINS C., « Soon every weather event could become a state of emergency », *Theoutline.com*, juillet 2018, [en ligne](#).

HASSNER P., « Vers l'État d'exception permanent ? », *Le Monde*, 23 juin 2003.

HOLLANDE F., Discours télévisé, 13 novembre 2015.

HOLLANDE F., Discours télévisé, 15 juillet 2016.

HUFFINGTON POST (LE), I>TÉLÉ, « Étude YouGov France », juillet 2016, [en ligne](#).

IFOP, « Les Français et l'état d'urgence », sondage pour Valeurs Actuelles, juin 2016, [en ligne](#).

JACQUIN J.-B., « La Constitution ne suffit pas à garantir l'État de droit », *Lemonde.fr*, 5 octobre 2021, [en ligne](#).

KIS M., « Comment les maires font droit à l'état d'urgence », *Le Courrier des maires et des élus locaux*, n° 299, mars 2016, p. 8 et s.

L'ÉCHO.BE, « Déclarons l'état d'urgence environnemental », septembre 2018, [en ligne](#).

LAZERGES CH., « L'État d'urgence à des conséquences désastreuses sur la cohésion sociale », *Lemonde.fr*, 19 février 2016, [en ligne](#).

LINHARDT D., « Dans l'espace du soupçon : terrorisme et société », Conférence à l'école nationale supérieure des mines, 11 décembre 2006, [en ligne](#).

MACRON E., Discours aux forces de sécurité intérieure, 18 octobre 2017.

MACRON E., Discours télévisé sur France 2, 10 décembre 2018.

MARTIGNY V., « Les intellectuels ont-ils encore du pouvoir ? », L'Atelier du pouvoir, France culture, émission du 3 octobre 2015.

MAZEAUD P., « La place des considérations extrajuridiques dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité », Conférence, Erevan, du 29 septembre au 2 octobre 2005.

MGEN, Baromètre « Confiance et bien-être 2017 », février 2017, [en ligne](#).

MOLINS F., conférence de presse, 30 mars 2016.

NOIVILLE F. (propos recueillis par), « Russell Banks : après les attentats, "rester vigilant" », *Lemonde.fr*, 13 janvier 2015, en ligne.

PISANI E., intervention du 12 janvier 1985, [en ligne](#).

ROGER P., « Coronavirus : ce que contient la loi instaurant un « état d'urgence sanitaire » votée par le Parlement », 22 mars 2020, *Lemonde.fr*, [en ligne](#).

ROSANVALLON P. (propos recueillis par Nicolas Truong), « Une communauté d'effroi ne doit pas conduire à l'illusion de l'unité », *Lemonde.fr*, republ. 10 février 2015, [en ligne](#).

ROVAN A., DE ROYER S., « Hollande et Valls face au délitement de l'unité nationale », *Lefigaro.fr*, 15 juillet 2016, en ligne.

SALINGUE J., « L'état d'urgence médiatique », vidéo, février 2016, [en ligne](#).

SARKOZY N., Discours d'Épinal, 12 juillet 2007.

TANDONNET M., « Petite histoire de l'unité nationale », *Lefigaro.fr*, 9 janvier 2015, [en ligne](#).

TRÉGUIER C., « L'urgence laisse place à l'arbitraire », *Politis*, 3 décembre 2015, [en ligne](#).

VALLS M., Discours prononcé à l'Assemblée nationale en hommage aux dix-sept victimes des attentats des 9 et 11 janvier, 13 janvier 2015.

IX – WEBOGRAPHIE

<https://www.assemblee-nationale.fr/>
<http://www.atilf.atilf.fr/>
<https://www.boe.es/>
<https://www.cnrtl.fr/>
<https://www.conseil-constitutionnel.fr/>
<https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/>
<https://www.dpej.rae.es/>
<https://www.dictionary.cambridge.org/>
<https://www.dle.rae.es/>
<https://www.dvlf.uchicago.edu/>
<https://www.legifrance.gouv.fr/>
<https://www.reflex.sne.fr/guide>
<https://www.senat.fr/>
<https://www.tribunalconstitucional.es/>
<https://www.universalis.fr/encyclopedie/etat-d-urgence/>

INDEX JURIDIQUE ET JURISPRUDENTIEL

SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS

ACTES CONTRAIGNANTS

Lois

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| L. 9 août 1849, sur l'état de siège | L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège |
| L. const., 10 juillet 1940 | L. n° 55-385, 3 avril 1955, relative à l'état d'urgence |
| L. n° 55-1080, 7 août 1955, relative à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie | L. n° 58-487, 17 mai 1958, déclarant l'état d'urgence sur le territoire métropolitain |
| L. n° 60-101, 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'État, à la pacification et à l'administration de l'Algérie | L. n° 85-96, 25 janvier 1985, relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances |
| L. n° 2000-516, 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes | L. n° 2005-1425, 18 novembre 2005, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 |
| L. n° 2015-1501, 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 | L. n° 2016-162, 19 février 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence |
| L. n° 2016-629, 20 mai 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence | L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste |
| L. n° 2016-1767, 19 décembre 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence | L. n° 2017-1154, 11 juill. 2017, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence |
| L. n° 2017-258, 28 février 2017, relative à la sécurité publique | L. n° 2017-1510, 30 octobre 2017, renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme |
| L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 | L. n° 2020-546, 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions |

L. n° 2020-856, 9 juillet 2020, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire

L. n° 2020-1379, 14 novembre 2020, autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire

L. n° 2021-160, 15 février 2021, prorogeant l'état d'urgence sanitaire

L. n° 2021-689, 31 mai 2021, relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire

L. n° 2021-1040, 5 août 2021, relative à la gestion de la crise sanitaire

L. n° 2021-1465, 10 novembre 2021, portant diverses dispositions de vigilance sanitaire

L. n° 2022-46, 22 janvier 2022, renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique

L. n° 2022-1089, 30 juillet 2022, mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19

Décrets et arrêtés

D. n° 55-386, 6 avril 1955, relatif à l'application de l'état d'urgence en Algérie

D. n° 55-449, 23 avril 1955, concernant l'état d'urgence en Algérie

D. n° 55-544, 19 mai 1955, relatif à l'application de l'état d'urgence en Algérie

D. n° 55-1147, 28 août 1955, relatif à l'application de l'état d'urgence

D. n° 58-489, 17 mai 1958, relatif à l'application de l'état d'urgence

D. n° 58-490, 17 mai 1958, portant application de certaines dispositions de la loi instituant un état d'urgence

D. n° 58-491, 17 mai 1958, portant création d'un tribunal de cassation des forces armées pour les circonscriptions de la métropole où est appliqué l'état d'urgence

D. n° 61-395, 22 avril 1961, portant déclaration de l'état d'urgence

D. n° 61-396, 22 avril 1961, relatif à l'application de l'état d'urgence

A. n° 85-035, 12 janvier 1985, proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire de la nouvelle Calédonie et dépendances

A. n° 85-036, 12 janvier 1985, prévoyant en application de l'état d'urgence les mesures de police nécessaires au maintien de l'ordre public en Nouvelle-Calédonie et Dépendances

D. n° 85-46, 14 janvier 1985, portant application de l'article 119 de la loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

A. de l'administration supérieure de Wallis et Futuna n° 117, 29 octobre 1986, proclamant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire des îles Wallis et Futuna

A. de l'administration supérieure de Wallis et Futuna n° 118, 29 octobre 1986, prévoyant en application de l'état d'urgence les mesures de police nécessaires au maintien de l'ordre public au Territoire des Îles Wallis et Futuna

A. de l'administration supérieure de Wallis et Futuna n° 120, 30 octobre 1986, levant l'état d'urgence sur l'ensemble du Territoire des îles Wallis et Futuna

A. n° 1214 CAB, 24 octobre 1987, portant déclaration de l'état d'urgence dans le territoire de la Polynésie française

A. n° 1215 CAB, 24 octobre 1987, portant application des mesures prises pour l'état d'urgence

A. n° 1285 CAB, 5 novembre 1987, portant levée de l'état d'urgence dans le territoire de la Polynésie française

D. n° 2005-1386, 8 novembre 2005, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955	D. n° 2005-1387, 8 novembre 2005, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955
D. n° 2006-2, 3 janvier 2006, mettant fin à l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955	D. n° 2015-1475, 14 novembre 2015, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955
D. n° 2015-1476, 14 novembre 2015, portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955	D. n° 2015-1478, 14 novembre 2015, modifiant le décret no 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955
D. n° 2015-1493, 18 novembre 2015, portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955	D. n° 2015-1494, 18 novembre 2015, portant application outre-mer de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955
Ord. n° 2020-463, 22 avril 2020, adaptant l'état d'urgence sanitaire à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française et aux îles Wallis-et-Futuna	D. n° 2020-1257, 14 octobre 2020, déclarant l'état d'urgence sanitaire
D. n° 2020-1262, 16 octobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire	D. n° 2020-1310, 29 octobre 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire
D. n° 2020-1505, 2 décembre 2020, modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire	D. n° 2021-1068, 11 août 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire en Polynésie française
D. n° 2021-931, 13 juillet 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République	D. n° 2021-990, 28 juillet 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République
D. n° 2021-1161, 8 septembre 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie	D. n° 2021-1328, 13 octobre 2021, mettant fin à l'état d'urgence sanitaire à La Réunion
D. n° 2021-1828, 27 décembre 2021, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République	D. n° 2022-9, 5 janvier 2022, déclarant l'état d'urgence sanitaire dans certains territoires de la République
D. n° 2022-107, 2 février 2022, déclarant l'état d'urgence sanitaire en Nouvelle-Calédonie	D. n° 2022-303, 2 mars 2022, mettant fin à l'état d'urgence sanitaire en Guyane et à Mayotte
D. n° 2022-1097, 30 juillet 2022, relatif aux mesures de veille et de sécurité sanitaire maintenues en matière de lutte contre la covid-19	

Autres actes réglementaires

Ord. n° 60-372, 15 avril 1960, modifiant certaines dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence	Déc., 24 avril 1961, relative à la durée de l'état d'urgence
Déc., 29 septembre 1961, relative à certaines mesures prises en vertu de l'article 16 de la Constitution	Ord. n° 62-797 du 13 juillet 1962, prorogeant les dispositions des décisions des 24 et 27 avril 1961 et modifiant l'ordonnance n° 628-1309 du 23 décembre 1958
Rap. au Président de la République relatif à l'ordonnance 62-797 du 13 juillet 1962	Rap. au Premier ministre relatif au décret n° 2995-1387 du 8 novembre 2005
Circ., 9 novembre 2005, de mise en œuvre des décrets 1386 et 1387	

PROCESSUS PARLEMENTAIRE

Projets de loi

Projet de loi, 14 novembre 2005, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955	Projet de loi, 18 novembre 2015, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et renforçant l'efficacité de ses dispositions
Projet de loi constitutionnelle, n° 3381, 23 décembre 2015, de protection de la Nation	Projet de loi, 4 mai 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence
Projet de loi, 19 juillet 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence	Projet de loi, 10 décembre 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence
Projet de loi, 22 juin 2017, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence	Projet de loi n° 3077, 10 juin 2020, organisation la fin de l'état d'urgence sanitaire
Projet de loi, 21 décembre 2020, instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires	

Rapports parlementaires

Rap. Conseil de la République, 3 août 1955	Rap. Sénat, n° 193, 24 janvier 1985
Rap. Sénat, n° 84, 16 novembre 2005	Rap, du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, 29 octobre 2007

Rap. Ass. nat., n° 2675, 15 novembre 2015

Rap. Ass. nat. n° 3753, 17 mai 2016

Rap. Ass. nat. n° 4616, 28 octobre 2021

Débats à l'Assemblée nationale

JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 30 mars 1955

JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 31 mars 1955

JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 24 janvier 1985

JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 15 novembre 2005

JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 16 février 2016

JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} séance du 19 mai 2016

JO, déb. parl., Ass. nat., 1^{ère} et 2^e séances du 6 juillet 2017

JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 22 mars 2020

JO, déb. parl., Ass. nat., séance du 9 mai 2020

JO, déb. parl., Ass. nat., 3^e séance du 2 juillet 2020

JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 7 novembre 2020

JO, déb. parl., Ass. nat., 2^e séance du 11 juillet 2022

Débats au Conseil de la République et au Sénat

JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 1^{er} avril 1955

JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 4 août 1955

JO, déb. parl., Conseil de la République, séance du 16 mai 1958

JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 novembre 2015

JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2016

JO, déb. parl., Sénat, séance du 15 décembre 2016

JO, déb. parl., Sénat, séance du 19 mars 2020

JO, déb. parl., Sénat, séance du 20 juillet 2022

JURISPRUDENCE

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

- Cons. const., déc. n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*
- Cons. const., déc. n° 2005-33 RÉF, 7 avril 2005, *de Villiers et Peltier*
- Cons. const., déc. n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*
- Cons. const., déc. n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*
- Cons. const., déc. n° 2016-535 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*
- Cons. const., déc. n° 2016-536 QPC, 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*
- Cons. const., déc. n° 2016-567/568 QPC, 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*
- Cons. const., déc. n° 2016-600 QPC, 2 décembre 2016, *M. Raïme*
- Cons. const., déc. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyán*
- Cons. const., déc. n° 2017-635 QPC, 9 juin 2017, *M. Émile L.*
- Cons. const., déc. n° 2017-677 QPC, 1^{er} décembre 2017, *Ligue des droits de l'homme*
- Cons. const., déc. n° 2017-684 QPC, 11 janvier 2018, *Association la cabane juridique / Legal Shelter et autre*
- Cons. const., déc. n° 2019-823 QPC, 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes*
- Cons. const., déc. n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*
- Cons. const., déc. n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*
- Cons. const., déc. n° 2020-808 DC, 13 novembre 2020, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*
- Cons. const., déc. n° 2020-878/879 QPC, 29 janvier 2021, *M. Ion Andronie R. et autre*
- Cons. const., déc. n° 2021-819 DC, 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*
- Cons. const., déc. n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*
- Cons. const., déc. n° 2021-828 DC, 9 novembre 2021, *Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*
- Cons. const., déc. n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*
- Cons. const., déc. n° 2022-840 DC, 30 juillet 2022, *Loi mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19*

Jurisprudence du Conseil d'État

- CE, 6 août 1915, *Delmotte*, n° 54583, Rec.
- CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 63412, Rec.
- CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n° 61593, Rec.
- CE, 31 octobre 1924, *Cotte*, RDP, 1924, p. 597
- CE, 23 janvier 1925, *Sieur Anduran*, Rec. CE p. 278
- CE, Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, Rec., p. 279
- CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, n° 58502, Rec.
- CE, 20 décembre 1967, *Ministre de l'intérieur c/ Fabre-Luce*, n° 71383, Rec.
- CE, 25 juin 1969, *Ministre de l'intérieur c/ Minute*, n° 73935, Rec.
- CE, 1^{ère}/4^e sous-sect., 25 juillet 1985, *Mme Dagostini*, n° 68151, Rec.
- CE, (ord.), 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec.
- CE, (ord.), 14 novembre 2005, n° 286837, Rec.
- CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287217, Rec.
- CE, (ord.), 21 novembre 2005, n° 287275, Rec.
- CE, (ord.), 22 novembre 2005, n° 287277, Inédit au Recueil
- CE, (ord.), 9 décembre 2005, *Mme Allouache et autres*, n° 287777, Rec.
- CE, (ord.), 20 décembre 2005, n° 288253, Rec.
- CE, Ass., 24 mars 2006, *Rolin et Boisverts*, n° 286834, Rec.
- CE, 10^e/9^e sous-sect., 3 avril 2006, n° 287273, Inédit au Recueil
- CE, 10^e/9^e sous-sect., 3 avril 2006, n° 288252, Inédit au Recueil
- CE, 10^e/9^e sous-sect., 19 juin 2006, n° 286836, Inédit au Recueil
- CE, 5^e sous-sect., 19 juin 2006, n° 288631, Inédit au Recueil
- CE, 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827
- CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. A...B...*, n° 394989, Inédit au Recueil
- CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. B...A...*, n° 394990, Rec.
- CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. B...C...*, n° 394991, Inédit au Recueil
- CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. B...A...*, n° 394992, Inédit au Recueil
- CE, Sect., 11 décembre 2015, *Mme C...D...*, n° 394993, Inédit au Recueil
- CE, Sect., 11 décembre 2015, *Mme J...K...*, n° 395002, Inédit au Recueil
- CE, Sect., 11 décembre 2015, *M. H...X...*, n° 395009, Rec.
- CE (Avis), Ass., 11 décembre 2015, *sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, n° 390866
- CE, (ord.), 22 janvier 2016, n° 396116, Rec. Tables
- CE, (ord.), 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*, n° 396220, Rec.
- CE, (avis), Ass., 28 avril 2016, *Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, n° 391519

CE, (avis), Ass., 6 juillet 2016, n° 398234, 399135, Rec.

CE, 2^e/7^e sous-sect., 30 décembre 2016, n° 395337, Rec. Tables.

CE, (avis), Ass., 15 juin 2017, *Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, n° 393347

CE (ord.), 29 octobre 2020, n° 445367

CE, (ord.), 3 mars 2021, *Ordre des avocats du barreau de Montpellier*, n° 449764

CE, (avis), Commission permanente, 24 juin 2022, *Avis sur un de loi maintenant provisoirement un dispositif de veille et de sécurité sanitaire en matière de lutte contre la Covid-19*, n° 405549

CE, (ord.), 5 août 2016, n° 402139, Rec. Tables.

CE, (Réf. Collégial), 25 avril 2017, n° 409677, Rec.

CE, (ord.), 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, n° 439674

CE, (ord.), 29 novembre 2020, n° 446930, 446941, 446968, 446975

CE, (avis), Commission permanente, 30 août 2021, *Avis sur un projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire dans les outre-mer*, n° 403827

SYSTÈME JURIDIQUE ESPAGNOL

ACTES CONTRAIGNANTS

Lois et lois organiques

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público | Ley 36/1971, de 21 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 |
| Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum | Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio |
| Ley 14/1986, de 25 de abril, general de Sanidad. | Ley Organica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana |

Décrets-lois et décrets-royaux

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Decreto-Ley 13/1962, de 4 de mayo, por el que se declara el Estado de Excepción en algunas zonas industriales, B.O.E, núm. 108, de 5 de mayo de 1962, p. 5989 | Decreto-ley 1/1969, de 24 de enero, por el que se declara el estado de excepción en todo el territorio nacional, B.O.E, núm. 22, de 25 de enero de 1969, p. 1175 |
| Decreto-ley 14/1970, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de excepción en la provincia de Guipúzcoa, B.O.E, núm. 291, de 5 de diciembre de 1970, p. 19830 y 19831 | Decreto-ley 4/1975, de 25 de abril, por el que se declara el estado de excepción en las provincias de Guipúzcoa y Vizcaya, B.O.E, núm. 100, de 26 de abril de 1975, p. 8870 |
| Decreto 1125/1976, de 8 de abril, sobre colaboración de las autoridades militares con las gubernativas en estados de anormalidad y excepción, B.O.E, núm. 122, de 21 de mayo de 1976, p. 9800 | Real Decreto-Ley 4/1977, de 28 de enero, por el que se suspende parcialmente la vigencia de los artículos 15 y 18 del Fuero de los Españoles, B.O.E, núm. 25, de 29 de enero de 1977, p. 2199 |
| Real Decreto-Ley 14/1977, de 25 de febrero, por el que se prorroga la vigencia del Real Decreto-Ley 4/1977, de 28 de enero, por el que se suspende parcialmente la vigencia de los artículos 15 y 18 del Fuero de los Españoles, B.O.E, núm. 50, de 28 de febrero de 1977, p. 4759 a 4760. | Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, B.O.E, Núm. 295, de 4 de diciembre de 2010, p. 101222 a 101223 |
| Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, B.O.E, Núm. 307, de 18 de diciembre de 2010, p. 104354 | Real Decreto 942/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del M. H. Sr. Presidente de la Generalitat de Cataluña, don Carles |

Puigdemont i Casamajó, B.O.E, núm. 261, de 28 de octubre de 2017, p. 103562 a 103563

Real Decreto 943/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, el cese del Vicepresidente de la Generalitat de Cataluña y de los Consejeros integrantes del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña, B.O.E, núm. 261, de 28 de octubre de 2017, p. 103564 a 103565

Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña, y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña, B.O.E, núm. 261, de 28 de octubre de 2017, p. 103566 a 103569

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 67, de 14 de marzo de 2020

Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 101 de 11 de abril de 2020

Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 129 de 9 de mayo de 2020

Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 159 de 6 de junio de 2020

Real Decreto 944/2017, de 27 de octubre, por el que se designa a órganos y autoridades encargados de dar cumplimiento a las medidas dirigidas al Gobierno y a la Administración de la Generalitat de Cataluña, autorizadas por acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, B.O.E, núm. 260, de 27 de octubre de 2017, p. 103545 a 103557

Real Decreto 946/2017, de 27 de octubre, de convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña y de su disolución, B.O.E, núm. 261, de 28 de octubre de 2017, p. 103558 a 103559

Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 86, de 28 de marzo de 2020, p. 27560 a 27561

Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 115 de 25 de abril de 2020

Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se proroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 145 de 23 de mayo de 2020

Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, B.O.E, Núm. 163, de 10 de junio de 2020

Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, B.O.E, Núm. 268 de 9 de octubre de 2020

Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, B.O.E, Núm. 291 de 4 de noviembre de 2020

Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, B.O.E, Núm. 282 de 25 de octubre de 2020

Relations entre le Parlement et le Gouvernement

Requerimiento del Gobierno a la Generalitat de Cataluña al amparo del artículo 155 de la Constitución, de 11 de octubre de 2017

Acuerdo del Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, por el que se aprueban las medidas requeridas por el Gobierno, al amparo del artículo 155 de la Constitución, B.O.E, n.º 260, de 27 de octubre de 2017

Resolución de 9 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, B.O.E, Núm. 101 de 11 de abril de 2020

Resolución de 6 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, B.O.E, Núm. 129, de 9 de mayo de 2020

Resolución de 3 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, B.O.E, Núm. 159 de 6 de junio de 2020

Referencia del Consejo de Ministros, de 21 de octubre de 2017

Resolución de 25 de marzo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, B.O.E, Núm. 86 de 28 de marzo de 2020

Resolución de 22 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, B.O.E, Núm. 115 de 25 de abril de 2020

Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, B.O.E, Núm. 145 de 23 de mayo de 2020

Resolución de 29 de octubre de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, B.O.E, Núm. 291 de 4 de noviembre de 2020

PROCESSUS PARLEMENTAIRE

Sesión plenaria núm. 203 del Congreso de los Diputados, de 16 de diciembre de 2010, IX Legislatura, Núm. 214	Pleno del Senado, de 27 de octubre de 2017, XII Legislatura, Núm. 45
Sesión plenaria núm. 15 del Congreso de los Diputados, de 25 de marzo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 16	Sesión plenaria núm. 16 del Congreso de los Diputados, de 9 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 17
Sesión plenaria núm. 18 del Congreso de los Diputados, de 22 de abril de 2020, XIV Legislatura, Núm. 19	Sesión plenaria núm. 20 del Congreso de los Diputados, de 6 de mayo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 21
Sesión plenaria núm. 22 del Congreso de los Diputados, de 20 de mayo de 2020, XIV Legislatura, Núm. 23	Sesión plenaria núm. 24 del Congreso de los Diputados, de 3 de junio de 2020, XIV Legislatura, Núm. 25
Sesión plenaria núm. 56 del Congreso de los Diputados, de 29 de octubre de 2020, XIV Legislatura, Núm. 59	

JURISPRUDENCE

Jurisprudence du Tribunal constitutionnel

STC 25/1981, de 14 de julio de 1981, BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1981	STC 76/1983, de 5 de agosto de 1983, BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1983
ATC 7/2012, de 13 de enero de 2012, BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012	STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016, BOE, núm. 85, de 8 de abril de 2016
STC 83/2016, de 28 de abril de 2016, BOE núm. 131, de 31 de mayo de 2016	STC 215/2016, de 15 de diciembre de 2016, BOE núm. 1, de 20 de enero de 2017
ATC 40/2020, de 30 de abril de 2020, Inadmite a trámite el recurso de amparo 2056-2020	STC 148/2021, de 14 de julio de 2021, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2021
STC 168/2021, de 5 de octubre de 2021, BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2021	STC 183/2021, de 27 de octubre de 2021, BOE núm. 282, de 25 de noviembre de 2021

Jurisprudence du Tribunal suprême

STS 621/1989, de 24 de julio de 1989	ATS 2478/2020, de 4 de mayo de 2020
ATS 2629/2020, de 27 de mayo de 2020	ATS 886/2021, de 4 de febrero de 2021
STS 171/2021, de 10 de febrero de 2021	ATS 1822/2021, de 18 de febrero de 2021
STS 719/2021, de 24 de mayo de 2021	STS 788/2021, de 3 de junio de 2021
STS 1103/2021, de 18 de agosto de 2021	STS 1112/2021, de 14 de septiembre de 2021

ANNEXES

TABLE DES ANNEXES

ANNEXE A : Tableau inventoriant les régimes d'exception en vigueur sur la période étudiée et leur niveau dans la hiérarchie des normes

ANNEXE B : Tableau synthétisant le nombre de mots des énoncés prévoyant les régimes d'exception

ANNEXE C : Critères du test d'appartenance

ANNEXE D : Programme informatique du test d'appartenance

ANNEXE E : Passage du test d'appartenance

ANNEXE F : Tableau inventoriant les champs spatiaux de déclaration et d'application de l'état d'urgence sécuritaire

ANNEXE G : Tableau de corrélation illustratif

ANNEXE H : Tableau de taux de félicité juridictionnel illustratif

ANNEXE I : Représentation graphique illustrative de taux de félicité juridictionnel

ANNEXE J : Représentations graphiques types des différentes hypothèses de corrélation

Annexe A

	NIVEAU LÉGISLATIF	NIVEAU ORGANIQUE	NIVEAU CONSTITUTIONNEL
Espagne anté-1978	<p>LOP 1959, art. 25-34 (état d'exception franquiste)</p> <p>LOP 1959, art. 35-42 (état de guerre franquiste)</p>		<p>Art. 35, <i>Fuero de los españoles</i> (suspension de garanties)</p>
Espagne post-1978		<p>LOPSC</p> <p>LOAES</p>	<p>Art. 116.2 C1978 (état d'alerte)</p> <p>Art. 116.3 C1978 (état d'exception)</p> <p>Art. 116.4 (état de siège)</p> <p>Art. 155 C1978 (coercition de l'État central)</p> <p>Art. 55.1 C1978 (suspension de garanties)</p> <p>Art. 55.2 C1978 (exception procédurale en matière de terroriste)</p> <p>Art. 86 C1978 (décrets-lois d'urgence et de nécessité)</p>
France anté-1958	<p>L. 15 février 1872, relative au rôle éventuel des conseils départementaux dans des circonstances exceptionnelles (loi Tréveneuc)</p> <p>L. 3 avril 1878, relative à l'état de siège (état de siège)</p> <p>L. n° 55-385, 3 avril 1955, relative à l'état d'urgence (état d'urgence sécuritaire)</p> <p>L. n° 56-258, 16 mars 1956, conférant des pouvoirs spéciaux en Algérie au gouvernement (pouvoirs spéciaux en Algérie)</p>		
France post-1958	L. n° 55-385, 3 avril 1955, relative à l'état d'urgence		Art. 16 C1958 (pouvoirs exceptionnels du Président de la République)

	<p>telle que modifiée (état d'urgence sécuritaire)</p> <p>Art. L. 2121-1 à L. 2121-8 C. déf (état de siège)</p> <p>L. n° 2020-290, 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (état d'urgence sanitaire).</p>		<p>Art. 36 C1958 (état de siège)</p>
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--------------------------------------

Annexe B

DISPOSITIONS	NOMBRE DE MOTS TOTAL	NOMBRE DE MOTS RELATIFS À L'HYPOTHÈSE FACTUELLE (% DU TOTAL)
<i>Art. 35, Fuero de los españoles.</i>	34	0
LOP 1959, art. 25-42.	3800 ³¹²⁷	état d'exception : 12 état de guerre : 50
<i>Espagne anté-1978 (moyenne)</i>	1917	20 (1%)
Art. 116 C1978 et LOAES	3532	état d'alerte : 78 ³¹²⁸ état d'exception : 52 état de siège : 33
Art. 155 C1978 et art. 189 règl. Sénat	385	31
Art. 55.2 C1978	87	16
Article 86 C1978	145	7
LOPSC, Titulo III	823	22
<i>Espagne post-1978 (moyenne)</i>	994	34 (3%)
L. 15 février 1872	313	18
L. 3 avril 1878	272	12
L. 3 avril 1955 (originale)	1444	28
L. 16 mars 1956	165 ³¹²⁹	20
<i>France anté-1958 (moyenne)</i>	548	19 (3%)
Art. 16 C1958	206	38
Art. 36 C1958 et art. L. 2121-1 à L. 2121-8 C. déf.	551	10

³¹²⁷ Chapitres III et IV.

³¹²⁸ Cette donnée quantitative semble aller directement à l'encontre de l'assertion de Pedro Cruz Villalón selon laquelle l'état d'alerte serait le plus imprécis des dispositifs de l'article 116 dans son champ d'application et dans les moyens qu'il permet de mettre en œuvre. (*Estados excepcionales...*, *op. cit.*, p. 66-67).

³¹²⁹ Articles 5 et 6.

L. 3 avril 1955 (2022)	3186	28
L. 23 mars 2020	1719	19
<i>France post-1958 (moyenne)</i>	1415	24 (2%)
France (moyenne)	1067	22 (2%)
Espagne (moyenne)	1258	30 (2%)

Annexe C

N°	CRITÈRE	VARIABLES (correctes en haut)	ÉLIM.
1	Dénomination du régime d'exception dans le droit positif	"État d'urgence" ou terminologie proche	Non
		Autre (e.g. état d'exception, pouvoirs de crise)	
2	Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes	Constitutionnel et/ou législatif	Oui
		Autre (e.g. réglementaire, agir de fait)	
3	Nature des hypothèses factuelles visées	Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique	Oui
		Autre (e.g. guerre, nécessité d'accélérer une procédure)	
4	Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception de son système juridique d'appartenance)	Intermédiaire	Non
		Minimale ou maximale	
5	Niveau de détermination des hypothèses factuelles	Terminologie précise et/ou exemples	Non
		Terminologie imprécise, sans exemple ou absence de prévision	
6	Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation	Implication conjointe des organes exécutifs et législatifs	Non
		Organe unique ou autres organes	
7	Limitation temporelle de la mise en œuvre	Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s)	Non

		Application illimitée dans le temps	
8	Autorités habilitées à mettre en œuvre les mesures	Autorités civiles ordinaires	Oui
		Autre (e.g. autorités militaires)	
9	Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire	Atteinte localisée à certains droits fondamentaux et/ou réorganisation des pouvoirs	Oui
		Autre (e.g. simple procédure dérogatoire ou clause générale)	
10	Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures	Possibilité d'un contrôle juridictionnel de toute mesure prise	Non
		Impossibilité d'exercer un contrôle juridictionnel des mesures prises	

Annexe D

NB : Ce code en langage de programmation « python » a été créé pour limiter le risque d'erreur humaine dans le calcul des scores d'appartenance, mais aussi et surtout pour faciliter le réemploi de ce test dans d'autres travaux. Il peut être exécuté par un simple « copier/coller » sur des sites web spécialisés, comme www.replit.com.

```
import tkinter as tk
from tkinter import ttk #nécessaire aux combobox
window = tk.Tk()
window.title("Test d'identification v1.0")
window.geometry('1200x1200')

frame_accueil = tk.Frame()
frame_test = tk.Frame()
frame_resultat = tk.Frame()

def commencer():
    #btn_button["text"] = "C'est parti !"
    lbl_nom["text"] = "« " + entry.get() + " »"
    lbl_nom["text"] = lbl_nom["text"].upper()
    frame_accueil.pack_forget()
    frame_test.pack()

def quitter():
    window.destroy()

def resultat():
    rep_q1 = cb_q1.current()
    rep_q2 = cb_q2.current()
    rep_q3 = cb_q3.current()
    rep_q4 = cb_q4.current()
    rep_q5 = cb_q5.current()
    rep_q6 = cb_q6.current()
    rep_q7 = cb_q7.current()
    rep_q8 = cb_q8.current()
    rep_q9 = cb_q9.current()
    rep_q10 = cb_q10.current()
    rep_elim = 0
    score = rep_q1 + rep_q2 + rep_q3 + rep_q4 + rep_q5 + rep_q6 + rep_q7 + rep_q8 + rep_q9 + rep_q10
    indice = float(score/10)
    if (rep_q2 == 0):
        rep_elim = rep_elim + 1
    if (rep_q3 == 0):
        rep_elim = rep_elim + 1
    if (rep_q8 == 0):
        rep_elim = rep_elim + 1
    if (rep_q9 == 0):
        rep_elim = rep_elim + 1
    if rep_q1 < 0 or rep_q2 < 0 or rep_q3 < 0 or rep_q4 < 0 or rep_q5 < 0 or rep_q6 < 0 or rep_q7 < 0 or rep_q8 < 0 or rep_q9 < 0 or rep_q10 < 0 :
        lbl_espace["text"] = "Répondez à toutes les questions"
    else :
        frame_test.pack_forget()
        frame_resultat.pack()
        lbl_annonceresultat["text"] = "Le régime d'exception nommé « " + entry.get() + " »"
        if score >= 8 and rep_elim == 0:
            lbl_ouiounon ["text"] = "est un état d'urgence !"
            lbl_details_ouiounon ["text"] = "Son indice de conformité est de " + str(indice) + " sur 1. Aucune réponse éliminatoire."
        elif score >= 8 and rep_elim == 1 or score >= 6 and rep_elim == 0:
            lbl_ouiounon ["text"] = "est un régime d'exception voisin de l'état d'urgence !"
            lbl_details_ouiounon ["text"] = "Son indice de conformité est de " + str(indice) + " sur 1. " + str(rep_elim) + " réponse(s) éliminatoire(s)."
        else :
            lbl_ouiounon ["text"] = "n'est pas un état d'urgence"
            lbl_details_ouiounon ["text"] = "Son indice de conformité est de " + str(indice) + " sur 1. " + str(rep_elim) + " réponse(s) éliminatoire(s)."

lbl_titre = tk.Label(
    text="\n\nTEST D'IDENTIFICATION DES ÉTATS D'URGENCE",
    font=('Aerial 16 bold'),
```

```

fg="black",
height=5).pack()

lbl_description = tk.Label(master=frame_accueil, font=('Aerial 10'),
text="Ce test vous permet de tester l'adéquation d'un régime d'exception avec la catégorie d'état d'urgence définie dans la thèse d'Alexis
Lecatelier\n(L'interprétation juridique des états d'urgence, dir. E. Cartier et A. Torres Guttiérrez, 2022).\n\n Veuillez entrer le nom de la
disposition soumise au test :",
fg="black").pack()

entry = tk.Entry(master=frame_accueil, width=35)
entry.pack()
entry.focus()

lbl_espace = tk.Label(master=frame_accueil,height=2)
lbl_espace.pack()

btn_button = tk.Button(
master=frame_accueil,
text="Valider le nom et commencer le test",
width=30,
height=3,
fg="white",
bg="black",
command=commencer).pack()

frame_accueil.pack()

#Nom du régime d'exception
lbl_nom = tk.Label(master=frame_test,height=2, font=('Aerial 11'))
lbl_nom.pack()

lbl_consignes = tk.Label(master=frame_test, font=('Aerial 10'), text=" Veuillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de
la lettre du régime d'exception testé,\n soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective.\n Il est cependant nécessaire de ne
pas mélanger ces deux approches.").pack()

#Question 1
lbl_q1 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?").pack()
selected_q1 =tk.StringVar()
cb_q1 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q1,values=[
"Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)",
"État d'urgence (ou terminologie proche) " ] )
print(dict(cb_q1))
cb_q1.current()
print(cb_q1.current(), cb_q1.get())
cb_q1.pack()

#Question 2
lbl_q2 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?").pack()
selected_q2 =tk.StringVar()
cb_q2 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q2,values=[
"Autre (réglementaire, agir de fait...)",
"Constitutionnel et/ou législatif" ] )
print(dict(cb_q2))
cb_q2.current()
print(cb_q2.current(), cb_q2.get())
cb_q2.pack()

#Question 3
lbl_q3 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?").pack()
selected_q3 =tk.StringVar()
cb_q3 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q3,values=[
"Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)",
"Menace pour l'ordre public et/ou calamite publique" ] )
print(dict(cb_q3))
cb_q3.current()
print(cb_q3.current(), cb_q3.get())
cb_q3.pack()

#Question 4
lbl_q4 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système
juridique ?").pack()
selected_q4 =tk.StringVar()
cb_q4 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q4,values=[
"Autre (maximale ou minimale)",

```

```

"Intermédiaire" ] )
print(dict(cb_q4))
cb_q4.current()
print(cb_q4.current(), cb_q4.get())
cb_q4.pack()

#Question 5
lbl_q5 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?").pack()
selected_q5 =tk.StringVar()
cb_q5 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q5,values=[
    "Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)",
    "Terminologie précise et/ou exemples" ] )
print(dict(cb_q5))
cb_q5.current()
print(cb_q5.current(), cb_q5.get())
cb_q5.pack()

#Question 6
lbl_q6 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?").pack()
selected_q6 =tk.StringVar()
cb_q6 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q6,values=[
    "Autre (organe unique ou autres organes)",
    "Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs" ] )
print(dict(cb_q6))
cb_q6.current()
print(cb_q6.current(), cb_q6.get())
cb_q6.pack()

#Question 7
lbl_q7 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?").pack()
selected_q7 =tk.StringVar()
cb_q7 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q7,values=[
    "Autre (i.e. application illimitée dans le temps)",
    "Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s)" ] )
print(dict(cb_q7))
cb_q7.current()
print(cb_q7.current(), cb_q7.get())
cb_q7.pack()

#Question 8
lbl_q8 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="8 - Autorités habilitées à mettre en oeuvre ses mesures ?").pack()
selected_q8 =tk.StringVar()
cb_q8 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q8,values=[
    "Autre (i.e. autorités militaires)",
    "Autorités civiles ordinaires" ] )
print(dict(cb_q8))
cb_q8.current()
print(cb_q8.current(), cb_q8.get())
cb_q8.pack()

#Question 9
lbl_q9 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?").pack()
selected_q9 =tk.StringVar()
cb_q9 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q9,values=[
    "Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale)",
    "Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs" ] )
print(dict(cb_q9))
cb_q9.current()
print(cb_q9.current(), cb_q9.get())
cb_q9.pack()

#Question 10
lbl_q10 = tk.Label(master=frame_test,height=2, text="10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?").pack()
selected_q10 =tk.StringVar()
cb_q10 = ttk.Combobox(master=frame_test,state="readonly",width=100,textvariable=selected_q10,values=[
    "Autre (impossibilité d'exercer un contrôle contraignant des mesures prises)",
    "Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises" ] )
print(dict(cb_q10))
cb_q10.current()
print(cb_q10.current(), cb_q10.get())
cb_q10.pack()

lbl_espace = tk.Label(master=frame_test,height=2)
lbl_espace.pack()

```

```
btn_resultat = tk.Button(
    master=frame_test,
    text="Valider pour obtenir le résultat",
    width=30,
    height=3,
    fg="white",
    bg="black",
    command= resultat).pack()

lbl_annonceresultat = tk.Label(master=frame_resultat,height=2, font=('Aerial 12'))
lbl_annonceresultat.pack()

lbl_ouiounon = tk.Label(master=frame_resultat,height=2,font=('Aerial 14 bold'))
lbl_ouiounon.pack()

lbl_details_ouiounon = tk.Label(master=frame_resultat,height=2, font=('Aerial 12'))
lbl_details_ouiounon.pack()

lbl_espace2 = tk.Label(master=frame_resultat,height=2).pack()

btn_quitter = tk.Button(
    master=frame_resultat,
    text="Quitter",
    width=20,
    height=3,
    fg="white",
    bg="black",
    command=quitter).pack()

window.mainloop()
```

Annexe E

« ÉTAT D'URGENCE SÉCURITAIRE »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

État d'urgence (ou terminologie proche) ▼

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif ▼

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique ▼

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire ▼

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision) ▼

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs ▼

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s) ▼

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires ▼

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs) ▼

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises ▼

« ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

État d'urgence (ou terminologie proche) ▼

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif ▼

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique ▼

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Autre (maximale ou minimale) ▼

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Terminologie précise et/ou exemples ▼

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs ▼

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s) ▼

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires ▼

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs) ▼

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises ▼

« ÉTAT DE SIÈGE (VE RÉPUBLIQUE) »

Veuillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Terminologie précise et/ou exemples

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autre (i.e. autorités militaires)

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« POUVOIRS EXCEPTIONNELS DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE »

Veuillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Autre (maximale ou minimale)

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes)

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Autre (impossibilité d'exercer un contrôle contraignant des mesures prises)

« POUVOIRS SPÉCIAUX EN ALGÉRIE »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes)

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Autre (impossibilité d'exercer un contrôle contraignant des mesures prises)

« LOI TRÉVENEUC »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Autre (maximale ou minimale)

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Terminologie précise et/ou exemples

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes)

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Autre (impossibilité d'exercer un contrôle contraignant des mesures prises)

« ESTADO DE ALARMA »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Terminologie précise et/ou exemples

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« ESTADO DE EXCEPCIÓN »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Terminologie précise et/ou exemples

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« ESTADO DE SITIO »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Autre (maximale ou minimale)

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Durée plafonnée et/ou nombre limité de prorogation(s)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autre (i.e. autorités militaires)

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« DECRETOS-LEYES DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes)

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« SITUACIÓN DE INTERÉS »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes)

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« SUSPENSIÓN INDIVIDUAL DE DERECHOS Y LIBERTADES »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Autre (maximale ou minimale)

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes)

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« COERCIÓN ESTATAL »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...)

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Implication conjointe des organes législatifs et exécutifs

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures prises

« ESTADO DE EXCEPCIÓN FRANQUISTO »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...)

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Menace pour l'ordre public et/ou calamité publique

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Intermédiaire

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision)

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes)

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps)

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autorités civiles ordinaires

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Atteinte localisés à certains droits et libertés fondamentaux et réorganisation de certains pouvoirs)

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Autre (impossibilité d'exercer un contrôle contraignant des mesures prises)

« ESTADO DE GUERRA FRANQUISTO »

Veillez répondre à toutes les questions suivantes, soit sur la base de la lettre du régime d'exception testé, soit, si c'est là votre objectif, sur la base de sa pratique effective. Il est cependant nécessaire de ne pas mélanger ces deux approches.

1 - Dénomination du régime d'exception dans le droit positif ?

Autre (état d'exception, pouvoirs de crise...) ▼

2 - Place du régime d'exception dans la hiérarchie des normes ?

Constitutionnel et/ou législatif ▼

3 - Nature des hypothèses factuelles visées ?

Autre (guerre, nécessité d'accélérer une procédure...) ▼

4 - Gravité de la menace (relativement aux autres régimes d'exception du système juridique) ?

Autre (maximale ou minimale) ▼

5 - Niveau de détermination des hypothèses factuelles ?

Autre (terminologie imprécise sans exemples ou absence de prévision) ▼

6 - Organes de la déclaration, de la prorogation et de la cessation ?

Autre (organe unique ou autres organes) ▼

7 - Limitation temporelle de la mise en oeuvre ?

Autre (i.e. application illimitée dans le temps) ▼

8 - Autorités habilités à mettre en oeuvre ses mesures ?

Autre (i.e. autorités militaires) ▼

9 - Force dérogatoire et discrétionnaire des mesures pouvant être prises sous son empire ?

Autre (i.e. possibilité de prendre toute mesure utile, simple réorganisation procédurale) ▼

10 - Possibilité d'un contrôle juridictionnel des mesures ?

Autre (impossibilité d'exercer un contrôle contraignant des mesures prises) ▼

Annexe F

DATE	DÉCLARATION	APPLICATION	% DU TERRITOIRE DE LA DÉCLARATION
1955	Sur le territoire algérien (3 avril 1955)	<p>Sur les arrondissements de Tizi-Ouzou et de Batna, ainsi que sur la commune mixte et commune de plein exercice de Tébessa (6 avril 1955)</p> <p>Sur le département de Constantine, l'arrondissement de Tizou-Ouzou, les communes mixtes de Marla, de Sebdou, de Biskra et d'El-Oued (19 mai 1955)</p> <p>Sur l'ensemble du territoire algérien (28 août 1955)</p>	De 30% à 100%
1958	Sur l'ensemble du territoire métropolitain (17 mai 1958)	Sur tous les départements du territoire métropolitain (17 mai 1958)	100%
1961	Sur l'ensemble du territoire métropolitain (22 avril 1961)	Sur tous les départements du territoire métropolitain (22 avril 1961)	100%
1985	Sur l'ensemble du Territoire de Nouvelle-Calédonie et Dépendance (12 janvier 1985)	Sur l'ensemble du Territoire de Nouvelle-Calédonie et Dépendance (12 janvier 1985)	100%
1986	Sur l'ensemble du territoire des îles Wallis et Futuna (29 octobre 1986)	Sur l'ensemble du territoire des îles Wallis et Futuna (29 octobre 1986)	100%

1987	Sur les communes de la subdivision des îles du Vent (Iles de Tahiti et Moorea) (24 octobre 1987)	Dans les communes de Papeete, Faa'a, Pirae, Anie, Mahina (24 octobre 1987)	Moins de 25% (inclut le chef-lieu)
2005	Sur l'ensemble du territoire métropolitain (8 novembre 2005)	Au sein de 25 départements, soit dans les villes les plus importantes soit, pour les départements de région parisienne, dans l'ensemble des communes (8 novembre 2005)	Moins de 25% (inclut la capitale)
2015 (Métropole)	Sur le territoire métropolitain et en Corse (14 novembre 2015)	Sur l'ensemble des communes d'Ile-de-France, puis, le même jour, sur l'ensemble du territoire métropolitain et en Corse (14 novembre 2015)	Moins de 25% à 100%
2015 (Outre-mer)	Sur les territoires des collectivités de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de La Réunion, de Mayotte, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin (18 novembre 2015)	Sur les territoires des collectivités de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique, de La Réunion, de Mayotte, de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin (18 novembre 2015)	100%

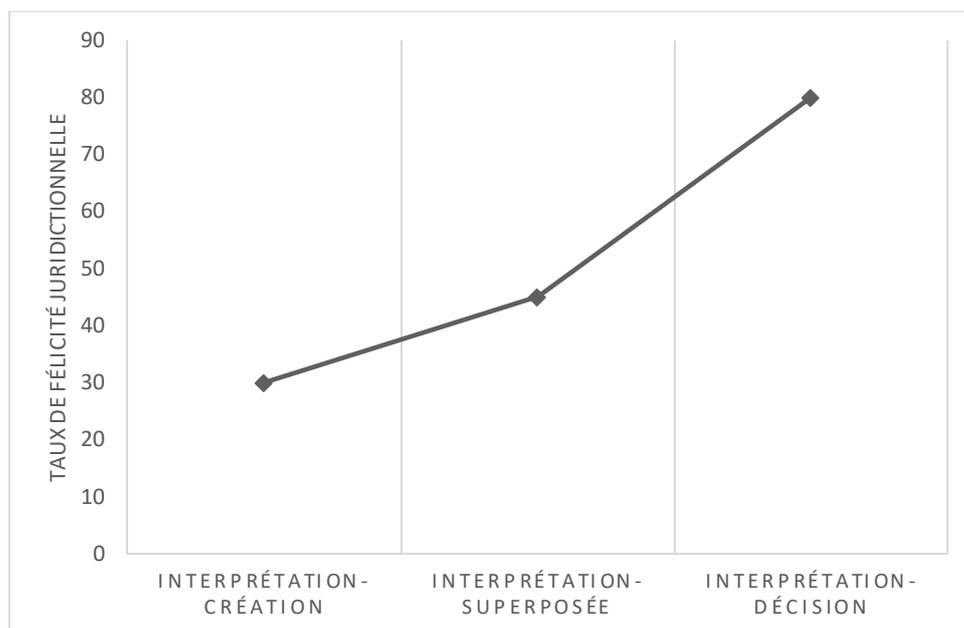
Annexe G

PAIRS DE DÉCISIONS D'APPLICATION/DE CONTRÔLE	CONFORMITÉ AU CADRE INTERPRÉTATIF	FÉLICITÉ JURIDICTIONNELLE
N1	1	1
N2	0	0
N3	0.5	1
N4...	0	0.5

Annexe H

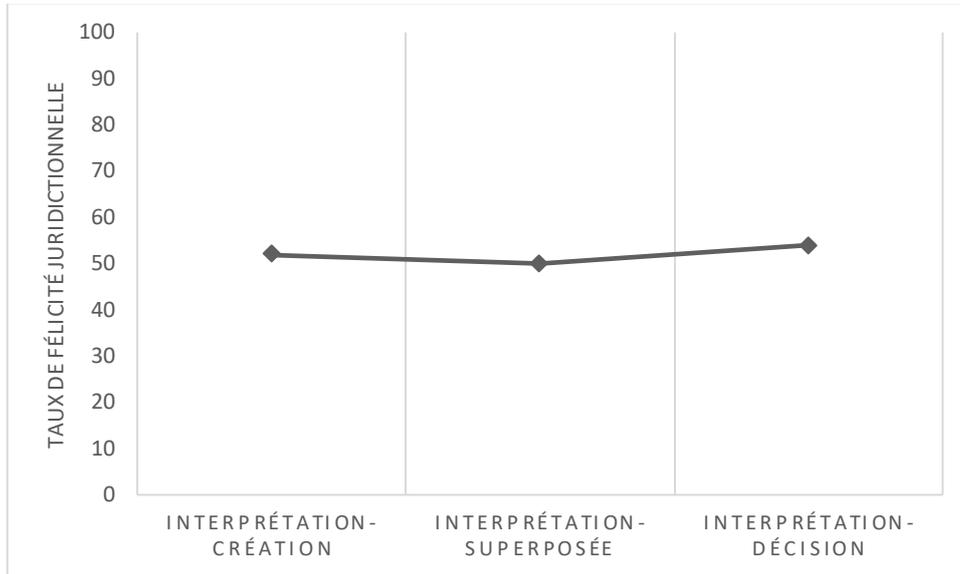
TYPES D'INTERPRÉTATIONS	TAUX DE FÉLICITE JURIDICTIONNELLE
Interprétations-créations	20
Interprétations-superposées	45
Interprétations-décisions	90

Annexe I

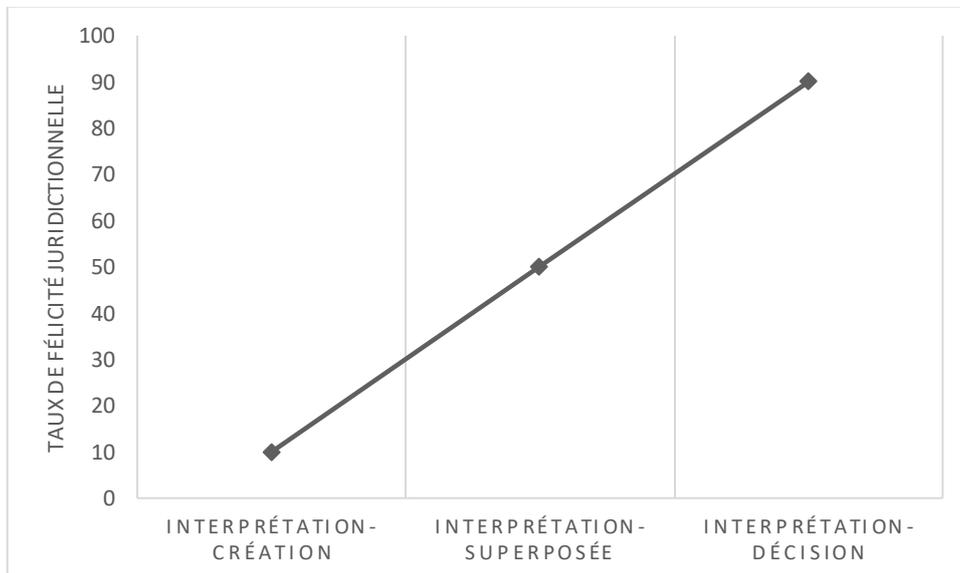


Annexe J

Hypothèse nulle : Il n'y a pas de corrélation significative entre le succès des décisions normatives et le respect du cadre. Les autorités juridictionnelles contrôlent les autorités normatives des états d'urgence, mais sans s'appuyer significativement sur le cadre ouvert par l'énoncé.



Hypothèse 1 : Plus une décision respecte le cadre, plus elle réussit. Le respect de la lettre de l'énoncé est déterminant dans le contrôle juridictionnel.



Hypothèse 2 : les autorités juridictionnelles censurent uniquement les dépassements sans conséquences du cadre interprétatif, sans s’opposer aux dépassements les plus substantiels des significations de l’énoncé. Il serait possible d’y voir une volonté de maintenir l’illusion du contrôle tout en laissant, dans les faits, une grande liberté interprétative aux interprètes de l’application.

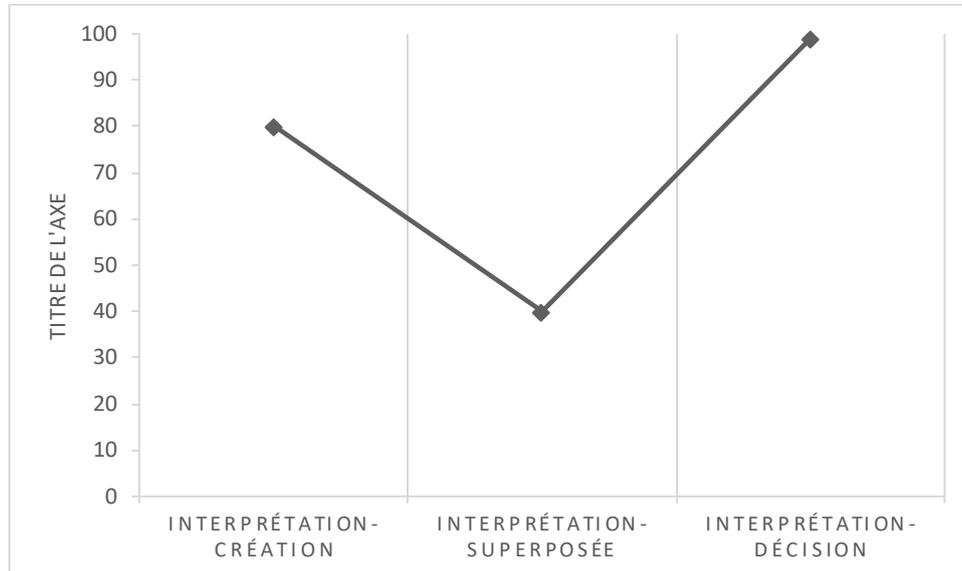


TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	V
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	VII
SOMMAIRE.....	XI
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
§1 – Objet de l'étude.....	3
a – Définition de l'objet conceptuel.....	3
b – Délimitation de l'objet empirique	6
§2 – État de la littérature	11
a – Une littérature riche sur les régimes d'exception	12
b – Une littérature embryonnaire sur les états d'urgence et cristallisée sur l'interprétation de crise.....	18
§3 – Objectifs de l'étude	23
a – Contribuer à la connaissance scientifique immédiate des états d'urgence.....	23
b – Contribuer à la connaissance scientifique future des régimes d'exception	25
§4 – Approche théorique et épistémologique de l'étude.....	28
a – Le choix stipulatif d'une théorie réaliste modérée	28
b – Une approche épistémologique positiviste et sceptique.....	34
§5 – Méthode et sources de l'étude.....	42
a – Une analyse croisée et contextualisée des discours juridiques.....	42
b – Des outils spécifiques aux analyses conceptuelles et comparées.....	48
§6 – Problématique, thèse et plan de l'étude.....	52
a – La problématique de l'étude.....	52
b – La thèse défendue et le plan de l'étude.....	52
PREMIÈRE PARTIE : L'ÉTAT D'URGENCE, PHÉNOMÈNE JURIDIQUE	55
TITRE I – LA NOTION JURIDIQUE D'ÉTAT D'URGENCE.....	57
CHAPITRE I – UNE APPROCHE FONCTIONNELLE.....	59
Section i – L'exceptionnel saisi par le droit	60
A – De la sauvegarde de l'État à la transgression légitime du droit	60
§1 – L'existence d'un principe supérieur de sauvegarde de l'État	61
a – La certitude ontologique d'un impératif suprême de conservation de l'État	61

b – Les manifestations positives du principe de conservation de l'État.....	63
§2 – Un principe légitimant la transgression nécessaire du droit positif	66
a – Une transgression du droit légitimée par la sauvegarde de l'État	66
b – Une transgression du droit conditionnée à la stricte nécessité	70
B – La prévision juridique des situations de crise	73
§1 – Une réponse juridique à l'anomie de la crise	74
a – Une nécessaire intrusion de l'exceptionnel dans le droit	74
b – Le choix continental du régime d'exception	77
§2 – Les critiques adressées au modèle du régime d'exception.....	78
a – Une légitimation de l'agir à double tranchant	79
b – L'existence d'une alternative viable	81
Section ii – La fonction de l'état d'urgence.....	85
A – Un rôle juridique spécifique	85
§1 – La fonction de l'état d'urgence dans le droit positif	86
a – Des occurrences directes et fonctionnelles dans les ordres juridiques étudiés... 86	
b – Une réalité positive instructive dans les ordres juridiques étrangers	89
§2 – La place de l'état d'urgence dans les typologies doctrinales	92
a – Une typologie doctrinale gradualiste des régimes d'exception.....	92
b – La place hybride du modèle de l'état d'urgence	96
B – Des limites opérationnelles partagées.....	99
§1 – Un objet juridique indéterminé	100
a – Une texture ouverte répondant à l'imprévisibilité du fait	100
b – Un rapport ambivalent à la règle de droit.....	102
§2– Une dangerosité factuelle avérée.....	105
a – Des dangers intrinsèques intensifiés par les abus de la pratique	105
b – Une permanence porteuse de dangers renouvelés	108
CHAPITRE II – UNE APPROCHE SÉMANTIQUE.....	111
Section i – L'expression état d'urgence.....	112
A – La charge sémantique de l'expression état d'urgence.....	112
§1 – Les mots constitutifs de l'expression état d'urgence	112
a – « État » : situation de fait ou de droit	113
b – « Urgence » : état de fait pressant appelant à une action juridique immédiate 114	
§2 – Les significations attribuées à l'expression état d'urgence.....	119
a – Une création politique intégrée dans le langage courant	119
b – Des définitions juridiques ancrées dans leurs ordres juridiques respectifs	122

B – La famille sémantique de la notion d'état d'urgence	125
§1 – L'état d'urgence et la nécessité	125
a – La nécessité comme action commandée par la préservation d'une fin menacée	126
b – L'état d'urgence comme état de nécessité caractérisée par sa dimension temporelle	128
§2 – L'état d'urgence et l'exception	132
a – L'exception comme atteinte à une règle	132
b – L'état d'urgence comme régime d'exception motivé par l'urgence	136
Section ii – La notion d'état d'urgence définie	140
A – L'approche définitionnelle retenue	140
§1 – Une entreprise définitionnelle contrainte	140
a – Des tensions partagées par toutes les notions juridiques	141
b – Des tensions paroxystiques pour la notion juridique d'état d'urgence	145
§2 – Une définition composant avec ces contraintes	148
a – Une définition caractérisée et consciente de ses limites	149
b – Une restitution définitionnelle cohérente avec ses objectifs spécifiques	151
B – La définition proposée de l'état d'urgence	153
§1 – Définition générale	153
§2 – Définition par faisceaux de propriétés	153
TITRE II – LA RÉALITÉ POSITIVE DES ÉTATS D'URGENCE	159
CHAPITRE I – À LA RECHERCHE DES ÉTATS D'URGENCE FRANÇAIS ET ESPAGNOLS	161
Section i – Une approche généalogique	162
A – L'évolution du rapport idéal aux régimes d'exception	162
§1 – Une méfiance originelle commune progressivement érodée	162
a – De l'aversion française aux régimes d'exception à la théorie des circonstances exceptionnelles	163
b – La mise à mal inéluctable d'une tradition espagnole protectrice de la suspension de garantie	166
§2 – Des conceptions modernes opposées à tendance convergente	169
a – Une V ^e République intime avec les régimes d'exception	169
b – Une démocratie espagnole tentée par les régimes d'exception	173
B – L'interconnexion entre contexte et concrétisation	175
§1 – Le régime d'exception comme œuvre située	176
a – Un arsenal d'exception français construit au hasard des crises	176
b – Un édifice d'exception espagnol construit avec systématisme	179

§2 – Le régime d’exception comme œuvre évolutive	181
a – Une tendance française aux modifications d’opportunité des régimes d’exception	182
b – Une volonté espagnole d’assurer la stabilité des régimes d’exception	185
Section ii – Une approche classificatoire	190
A – La variété des régimes d’exception	190
§1 – Des dispositifs hétéroclites et spécialisés	190
a – Des caractéristiques formelles variées	191
b – Des rôles fonctionnels différenciés	194
§2 – Des dispositifs aux intensités dérogatoires inégales	198
a – Des régimes d’exception espagnols diversifiés	198
b – Des régimes d’exception français musclés	201
B – Les régimes d’exception relevant de la catégorie des états d’urgence	205
§1 – Les résultats du test d’appartenance	205
§2 – La répartition et la portée des résultats	207
CHAPITRE II – POUR UNE MISE EN PERSPECTIVE CRITIQUE DES ÉTATS D’URGENCE.....	209
Section i – L’état d’urgence : un mode de gouvernance ?	210
A – Un parlement sous pression	210
§1 – Un parlement soumis à l’urgence	210
a – Des appels à l’urgence du débat aux effets délétères	211
b – La rationalité des décisions dans le paradigme contemporain de l’urgence ...	214
§2 – Un parlement contraint au devoir d’unité nationale	217
a – Des possibilités limitées d’opposition parlementaire	217
b – Des injonctions intériorisées à l’unité nationale	221
B – Un exécutif stratège	225
§1 – Des décisions techniques et évidentes	226
a – La place des données techniques et de la science	226
b – La place de l’évidence et de la rhétorique réaliste	229
§2 – Des décisions opportunes et communicationnelles	235
a – Une application nécessairement politicienne des états d’urgence	235
b – Des décisions s’inscrivant dans une stratégie de communication de crise	238
Section ii – L’état d’urgence : des tensions indépassables ?	245
A – Une systématisation du recours aux états d’urgence	245
§1 – Un remède imparfait aux maux contemporains	245
a – Le symptôme d’une société risquophobe	246

b – L’outil d’une imposture sécuritaire	250
§2 – Le bouclier paradoxal des valeurs menacées	253
a – La compatibilité entre l’état d’urgence et « l’État de droit »	253
b – La difficulté pratique d’arbitrer entre sécurité et liberté	257
B – Une normalisation progressive des états d’urgence	260
§1 – Le maintien dans le temps des états d’urgence	261
a – Une application dans le temps démesurée et dangereuse	261
b – Une pérennisation aux causes difficilement dépassables	263
§2 – L’inscription dans le droit permanent ou la postérité des états d’urgence	267
a – L’inscription des états d’urgence et de leurs mesures dans le droit permanent	267
b – Les régimes transitoires de sortie des états d’urgence	271
SECONDE PARTIE : L’ÉTAT D’URGENCE, OBJET D’INTERPRÉTATION	277
TITRE I – LA PRATIQUE INTERPRÉTATIVE DES ÉTATS D’URGENCE	279
CHAPITRE I – DU PÉRIL À LA NÉCESSITÉ D’Y RÉPONDRE	281
Section i – Les hypothèses de recours aux états d’urgence	282
A – La nature de la menace	282
§1 – Les menaces sécuritaires	282
a – Une consécration juridique indéterminée des périls sécuritaires	283
b – Des qualifications juridiques exploitant cette indétermination	287
§2 – Les menaces naturelles et sanitaires	291
a – Un niveau de détermination juridique sensiblement plus élevé	292
b – Des bénéfiques pratiques pourtant limités	295
B – Les caractères de la menace	297
§1 – La certitude et l’imminence de la menace	297
a – La certitude de la menace	298
b – L’imminence de la menace	304
§2 – La gravité de la menace et la sévérité de ses effets	306
a – L’impossible prévision du degré requis de gravité de la situation	307
b – Les interprétations concrètes de la gravité des faits	310
Section ii – La nécessité de la réponse	314
A – La nécessité de la déclaration et de l’application	314
§1 – La nécessité de la déclaration et du maintien de l’état d’urgence	314
a – Une condition de nécessité inégalement prévue par les textes	315

b – La portée utile limitée de l'exigence de nécessité du recours aux états d'urgence	317
§2 – La nécessité des mesures prises sous l'empire des états d'urgence	320
a – Les prévisions textuelles et jurisprudentielles de la nécessité des mesures	320
b – La justification de la nécessité des mesures prises	324
B – Les formes de nécessité mobilisées par les interprètes.....	327
§1 – La nécessité relative à la protection d'un intérêt.....	328
a – La nécessité matérielle et politique	328
b – La nécessité morale et les fraudes à la nécessité	331
§2 – La nécessité relative à l'insuffisance du droit et à l'efficacité de la réponse	334
a – L'argument tiré de l'insuffisance du droit ordinaire ou l'ultima ratio	334
b – L'argument tiré du bilan observable ou hypothétique de la mise en œuvre	339
CHAPITRE II – DE LA PROCÉDURE AUX MESURES D'APPLICATION.....	345
Section i – La mobilisation des états d'urgence	346
A – Les aspects procéduraux de la mobilisation	346
§1 – La déclaration des états d'urgence	347
a – Les organes habilités à déclarer les états d'urgence.....	347
b – Les garanties formelles et substantielles de la déclaration.....	351
§2 – La prorogation et la cessation des états d'urgence.....	355
a – La prorogation	356
b – La cessation	361
B – L'état d'urgence dans le temps et dans l'espace.....	366
§1 – L'ampleur spatiale	366
a – Le choix de l'échelle territoriale adéquate	366
b – L'application ciblée au niveau local.....	369
§2 – L'ampleur temporelle	371
a – Une durée d'application potentiellement illimitée	372
b – Des tentatives infructueuses d'en discipliner les excès pratiques	376
Section ii – La mise en œuvre des états d'urgence	380
A – Des pouvoirs dérogatoires conférés à un nombre limité d'autorités	380
§1 – L'habilitation à l'exercice des pouvoirs et son retrait	381
a – Les autorités habilitées à mettre en œuvre les états d'urgence.....	381
b – Les conséquences de la cessation du régime sur les pouvoirs conférés.....	385
§2 – La puissance dérogatoire des pouvoirs conférés	387
a – Une intensité théorique définie par le système juridique	387

b – Une intensité pratique laissée à l’appréciation de leurs interprètes	390
B – Un arsenal étoffé de mesures d’exception	395
§1 – L’organisation atypique des mesures de l’état d’urgence sécuritaire	395
a – Un état d’urgence « normal » déjà très dérogoire	395
b – Un état d’urgence « aggravé » systématiquement mobilisé	402
§2 – Les mesures prévues par les autres états d’urgence	405
a – Des mesures sécuritaires s’inscrivant dans une filiation historique	405
b – Des mesures spécifiques aux catastrophes naturelles et sanitaires	409
TITRE II – LE PRISME DE LA THÉORIE DE L’INTERPRÉTATION JURIDIQUE.....	417
CHAPITRE I – LA CONCURRENCE DES INTÉRÊTS ET DES INTERPRÈTES.....	419
Section i – Les contraintes de l’interprétation des états d’urgence	420
A – Des contraintes juridiques limitantes et occultées.....	420
§1 – Une liberté interprétative contrainte	420
a – Un processus interprétatif enserré dans un réseau de contraintes	421
b – La contrainte comme coût interne ou externe au choix d’une signification	423
§2 – Une contrainte interprétative dissimulée	426
a – La justification comme processus de légitimation de l’agir de crise.....	426
b – La justification comme processus de mystification des motifs.....	430
B – Des contraintes juridiques à l’articulation complexe	434
§1 – Des contraintes interprétatives surmontables	434
a – Une liberté interprétative nourrie des insuffisances de l’énoncé.....	434
b – Un énoncé insuffisant pour contraindre la liberté interprétative	438
§2 – Des contraintes de l’interprète déterminantes	440
a – Des contraintes extrajuridiques contradictoires avec les impératifs du système juridique	440
b – Des contraintes systémiques indispensables à l’effectivité de la règle de droit	443
Section ii – La force contraignante du contrôle des états d’urgence	446
A – Un contrôle parlementaire directement affecté par les limites du contrôle de crise	446
§1 – Un contrôle de crise pris en étau entre des impératifs inconciliables	447
a – L’ambivalence historique et idéelle du contrôle parlementaire	447
b – Des obstacles similaires affectant l’office du juge.....	451
§2 – Un contrôle parlementaire à l’effectivité limitée	456
a – Le Parlement, auxiliaire discipliné de la mobilisation des états d’urgence.....	456
b – Le Parlement, observateur impuissant des mesures gouvernementales	460
B – Un contrôle juridictionnel en pleine émancipation.....	464

§1 – Un contrôle à plusieurs vitesses du régime et de sa mobilisation	464
a – L’affirmation progressive du contrôle du régime de l’état d’urgence.....	465
b – Des inégalités substantielles dans le contrôle de la mobilisation de l’état d’urgence	470
§2– Un contrôle dorénavant effectif des mesures d’application	477
a – L’organisation asymétrique du contrôle des mesures d’application	478
b – Le renouveau contemporain du contrôle des mesures d’application	482
CHAPITRE II – POUR UNE THÉORIE DE L’INTERPRÉTATION JURIDIQUE UTILE À LA SCIENCE DU DROIT	491
Section i – Une compréhension renouvelée de l’interprétation des états d’urgence .	492
A – S’affranchir de la polarisation du débat sur la nature de l’interprétation.....	492
§1 – Une opposition fratricide entre les pôles passifs et actifs de l’interprétation.....	492
a – Les théories cognitivistes comme dénégation conceptuelle de la violence.....	493
b – Les théories sceptiques comme systématisation induite de la discrétionnarité ..	495
§2 – Pour un retour à l’insécabilité des deux pôles de l’interprétation.....	498
a – Les théories mixtes comme premier pas vers l’articulation des deux pôles de l’interprétation.....	499
b – Une théorie réconciliant les pôles actifs et passifs de l’interprétation	502
B – Proposer une nouvelle conception du processus interprétatif	505
§1 – La succession de deux syllogismes interprétatifs.....	505
a – Les limites des théories classiques du syllogisme juridique	506
b – Une lecture renouvelée du raisonnement syllogistique des interprètes authentiques	509
§2 – La mobilisation d’une logique interprétative dynamique	511
a – Le rôle limité des doctrines classiques de l’interprétation	512
b – La prédominance d’une logique interprétative téléologique et pragmatique ...	516
Section ii – Un regard nouveau sur les outils de la science du droit.....	518
A – Décrire le droit par le prisme du cadre interprétatif.....	518
§1 – Les fondements théoriques du cadre interprétatif.....	519
a – Une typologie tripartite aux conséquences majeures sur le cadre des compossibilités de significations.....	519
b – L’outil d’une critique constructive des interprétations non conformes.....	523
§2 – Vers un emploi fructueux du cadre interprétatif	527
a – La création d’une nouvelle catégorie typologique	527
b – Une approche concrète de la construction du cadre interprétatif.....	530
B – Expliquer le droit par le prisme des contraintes juridiques	532

§1 – Les prérequis théoriques de l'étude des contraintes juridiques.....	532
a – Une certaine conception de la nature du droit et de ses sources	532
b – Une limitation du champ d'étude aux seules contraintes juridiques	535
§2 – Les perspectives pratiques ouvertes par la théorie des contraintes	538
a – Une méthode pragmatique et consciente de ses limites	538
b – La « félicité juridictionnelle » : un exemple de mobilisation croisée des contraintes juridiques et du cadre interprétatif.....	542
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	551
§1 – Un sujet éminemment actuel.....	552
§2 – Des paradigmes limitants	554
§3 – Une interprétation juridique réinterprétée	555
§4 – Un positivisme juridique plus fécond.....	558
BIBLIOGRAPHIE.....	561
i – Dictionnaires, lexiques et encyclopédies	561
ii – Ouvrages généraux, manuels et traités.....	561
iii – Ouvrages juridiques spécialisés, thèses et monographies.....	562
iv – Actes de colloques, ouvrages collectifs et numéros spéciaux.....	564
v – Articles, contributions et notes.....	565
vi – Œuvres classiques, littéraires ou issues de disciplines tierces	570
vii – Rapports, études et communiqués.....	573
viii – Médias, billets et interventions orales.....	573
ix – Webographie	575
INDEX JURIDIQUE ET JURISPRUDENTIEL.....	577
SYSTÈME JURIDIQUE FRANÇAIS.....	577
ACTES CONTRAIGNANTS.....	577
Lois.....	577
Décrets et arrêtés	578
Autres actes règlementaires.....	580
PROCESSUS PARLEMENTAIRE	580
Projets de loi.....	580
Rapports parlementaires	580
Débats à l'Assemblée nationale	581
Débats au Conseil de la République et au Sénat	581
JURISPRUDENCE	582

Jurisprudence du Conseil constitutionnel.....	582
Jurisprudence du Conseil d'État.....	583
SYSTEME JURIDIQUE ESPAGNOL	585
ACTES CONTRAIGNANTS.....	585
Lois et lois organiques.....	585
Décrets-lois et décrets-royaux	585
Relations entre le Parlement et le Gouvernement	587
PROCESSUS PARLEMENTAIRE	588
JURISPRUDENCE	588
Jurisprudence du Tribunal constitutionnel	588
Jurisprudence du Tribunal suprême	588
ANNEXES.....	589
Table des annexes	589
Annexe A.....	590
Annexe B.....	592
Annexe C.....	594
Annexe D.....	596
Annexe E.....	600
Annexe F	608
Annexe G.....	610
Annexe H.....	611
Annexe I.....	612
Annexe J.....	613
TABLE DES MATIÈRES	615

[FR] L'interprétation juridique des états d'urgence (France – Espagne)

Pour lutter contre les périls exceptionnels qui menacent de le faire fléchir, l'État libéral est mis devant la nécessité d'atteindre temporairement la règle de droit. S'il incarne l'espoir d'un retour ultérieur à la normalité, sinon le bouclier même de l'État de droit, l'état d'urgence entraîne aussi une déstabilisation profonde de la hiérarchie des normes et des organes, affaiblissant alors les garanties les plus fondamentales du système juridique. Odieux cas-limite d'un droit poussée dans ses plus extrêmes retranchements, il est, pour cette même raison, une voie d'accès directe à la connaissance des rapports de force, des rouages déterminants du jeu institutionnel et, *in fine*, du fonctionnement réel du droit qui, en temps ordinaire, couve à l'abri des regards, sous le vernis de la fiction juridique. Par un positivisme juridique rigoureux, mais affranchi de l'idéal de pureté kelsenien et de ses apories, cette étude mène une analyse empirique et comparée des données les plus critiques de l'application des états d'urgence en France et en Espagne. Elle propose, sur la base de ces observations, une conception amendée de l'interprétation juridique, renouvelant la compréhension de l'entremêlement entre connaissance et volonté qu'elle sous-tend. Résolument féconde, elle invite à réinventer avec pragmatisme les outils que la science du droit se donne pour éclairer la pratique contemporaine des états d'urgence.

Mots clefs : état d'urgence, état d'exception, régime d'exception, théorie du droit, théorie de l'interprétation juridique, interprétation juridique, théorie réaliste, droit public, droit comparé, terrorisme, crise sanitaire.

[ES] La interpretación jurídica de los estados excepcionales (Francia – España)

Para luchar contra los peligros excepcionales que amenazan su supervivencia, el Estado liberal se enfrenta a la necesidad de afectar temporalmente el derecho ordinario. Si representa la esperanza de una posterior vuelta a la normalidad, cuando no el escudo mismo del Estado de Derecho, el estado excepcional también conduce a una profunda desestabilización de la jerarquía de las normas y de los órganos, debilitando así las garantías más fundamentales del sistema jurídico. Este odioso caso fronterizo de una ley llevada a sus límites más lejanos es, por esta misma razón, un acceso directo al conocimiento de las relaciones de poder, del funcionamiento determinante del juego institucional y, en fin, del funcionamiento real de la ley que, en tiempos ordinarios, se esconde bajo el barniz de la ficción jurídica. A través de un riguroso positivismo jurídico, pero liberado del ideal kelseniano de pureza y sus aporías, este estudio realiza un análisis empírico y comparativo de los datos más críticos de la aplicación de los estados de excepción en Francia y España. Basándose en estas observaciones, desarrolla una concepción corregida de la interpretación jurídica, renovando la comprensión del entrelazamiento del conocimiento y la voluntad que subyace. Resueltamente fructífero, nos invita a reinventar con pragmatismo las armas que la ciencia del derecho se da para comprender la práctica contemporánea de los estados excepcionales.

Palabras clave: estado excepcional, estado de excepción, régimen de excepción, estado de alarma, teoría de la interpretación jurídica, interpretación jurídica, teoría realista, derecho público, derecho comparado, terrorismo, crisis sanitaria.

[EN] The legal interpretation of states of emergency (France – Spain)

To fight against the exceptional perils that threaten to undermine it, the liberal-democratic state is forced to temporarily reach the rule of law. If it incarnates the hope of a later return to normality, if not the actual shield of the rule of law, the state of emergency also entails a profound destabilization of the hierarchy of norms and organs, weakening the most fundamental guarantees of the legal system. Odious borderline case of a legality pushed to its furthest limits, it is, for this same reason, a direct access to the knowledge of power relationships, of the determining mechanisms of the institutional game and, finally, of the real functioning of the law which, in ordinary times, smoulders out of sight, under the veneer of legal fiction. Through a rigorous legal positivism but freed from the Kelsenian ideal of perfection and its aporias, this study conducts an empirical and comparative analysis of the most critical data of the application of states of emergency in France and Spain. Based on these observations, it suggests an amended conception of legal interpretation, renewing the understanding of the intertwining of knowledge and will that it underlies. Resolutely fertile, it invites to reinvent with pragmatism the tools that the legal science gives itself to enlighten the contemporary practice of states of emergency.

Keywords: state of emergency, state of exception, law of exception, legal theory, legal interpretation theory, legal interpretation, realistic doctrine, public law, comparative law, terrorism, sanitary crisis.

Unité de recherche/Research unit : L'Équipe de Recherche en Droit Public (L'ERDP), Centre de recherches Droits et Perspectives du droit (CRD&P), ULR n° 4487, 1 place Déliot, 59000 Lille, [crdp\(at\)univ-lille.fr](mailto:crdp(at)univ-lille.fr), <https://crdp.univ-lille.fr/>

Ecole doctorale/Doctoral school : École doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, [edsjpg\(at\)univ-lille.fr](mailto:edsjpg(at)univ-lille.fr), <https://edsjpg.univ-lille.fr/>

Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <https://www.univ-lille.fr>