

La Revue
des Droits
de l'Homme

La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2016

« Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ?

Etat d'urgence (Constitution)

Isabelle Boucobza et Charlotte Girard



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1784>

DOI : 10.4000/revdh.1784

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Isabelle Boucobza et Charlotte Girard, « « Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 février 2016, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1784> ; DOI : 10.4000/revdh.1784

Ce document a été généré automatiquement le 1 mai 2019.

Tous droits réservés

« Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ?

Etat d'urgence (Constitution)

Isabelle Boucobza et Charlotte Girard

- 1 Tel qu'il est présenté, le projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence ne se laisse pas appréhender avec facilité. L'état d'urgence est présenté comme un « régime civil de crise » non prévu par le texte constitutionnel, à la différence de l'état de siège (article 36) ou des pouvoirs exceptionnels du Président de la République dans le cadre de l'article 16. La mise en œuvre de l'état d'urgence suppose que les autorités puissent recourir à des moyens d'actions et plus largement des compétences exceptionnelles en vue de préserver l'ordre public et la sécurité. Que veut dire « constitutionnaliser un régime civil de crise » ?
- 2 En notre qualité de constitutionnalistes, nous pourrions avoir quelque familiarité avec le terme de « constitutionnalisation ». Cependant, la connaissance de la signification du terme n'épuise pas les questions que tout juriste ou tout citoyen peut légitimement se poser face à un projet de réforme de la constitution. Parmi elles, la plus évidente : à quoi sert la constitutionnalisation ?
- 3 Comme l'indique l'exposé des motifs de la loi¹, il s'agit d'inscrire ou, mieux, de « graver dans le marbre constitutionnel » des dispositions relatives à ce « régime civil de crise ». Techniquement, il s'agirait donc de donner à ce régime une « valeur constitutionnelle » en le plaçant au sommet de la hiérarchie des règles de droit de notre État. De cette manière, les autres normes, les lois et décrets, devront être pris en conformité avec ces dispositions constitutionnelles, en l'occurrence avec le nouvel article 36-1. La fourniture d'un « fondement constitutionnel » à l'état d'urgence est soulignée dans l'exposé des motifs de la loi : « Le nouvel article 36-1 de la Constitution donne ainsi une base constitutionnelle à des mesures qui pourront, si le Parlement le décide, être introduites dans la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 ».

- 4 Mais pourquoi faudrait-il donner un fondement constitutionnel à l'état d'urgence ? Ce « régime civil de crise » prévu par la loi n'a-t-il pas déjà été jugé conforme à la constitution par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'État ? Le projet de loi constitutionnelle lui-même rappelle le jugement en référé du Conseil d'État pris dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a jugé en 2005 la loi de 1955 conforme à la constitution : « *le Conseil d'État a jugé qu'il n'y a [pas] d'incompatibilité de principe entre la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 et la Constitution (CE, 21 nov. 2005, n° 287217)* ».

Les faux-semblants de la « modernisation » de l'état d'urgence

- 5 Toutefois, pour le Gouvernement, l'actuelle conformité à la constitution du dispositif législatif en vigueur ne serait pas suffisante. Elle ne permettrait pas de mener à bien l'œuvre « d'actualisation » de l'état d'urgence qui a été commencée par la loi du 20 novembre 2015 pour faire face aux attaques terroristes auxquelles la France doit désormais s'attendre. Ainsi on peut lire dans l'exposé des motifs que « *faute de fondement constitutionnel, cette actualisation est restée partielle* ». Surtout, ajoute le projet, « *un tel fondement est en effet nécessaire pour moderniser ce régime dans des conditions telles que les forces de police et de gendarmerie puissent mettre en œuvre, sous le contrôle du juge, les moyens propres à lutter contre les menaces de radicalisation violente et de terrorisme* ».
- 6 Il paraît donc soutenu ici que la constitutionnalisation de l'état d'urgence permettrait sa « modernisation ». Mais quel rapport entre la « modernisation » d'un régime juridique et sa constitutionnalisation ? Un régime juridique législatif peut être « modernisé » par l'adoption d'une nouvelle loi. On ne perçoit pas bien la plus-value apportée par la constitutionnalisation du point de vue de la « modernisation » d'un régime. On pourrait même prédire un effet inverse. Car la modernisation renvoie à l'adaptabilité d'un régime. Or si une loi semble relativement facile à faire voter, une disposition constitutionnelle ne l'est pas du tout. Si bien que la modernisation par voie de constitutionnalisation semble un choix plutôt contre-productif à courte échéance. En revanche, on peut admettre que la constitutionnalisation d'un « régime civil de crise » n'empêche ni le législateur, ni le pouvoir réglementaire d'adapter ce régime dans le détail de sa mise en œuvre.
- 7 C'est pourquoi l'objectif qui consiste à donner « *les moyens propres à lutter contre les menaces de radicalisation violente et de terrorisme* » ne semble pas devoir être mieux atteint par la constitutionnalisation de l'état d'urgence. Par exemple, comment la constitutionnalisation peut-elle permettre de « *compléter les moyens d'action des forces de sécurité* », c'est-à-dire accroître les moyens de la police et la gendarmerie ? Elle ne le peut pas directement. C'est la loi qui le fera comme le dispositif prévu l'indique à l'alinéa 2 du futur article 36-1 : « *La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre pour prévenir ce péril ou faire face à ces événements.* ». Ce n'est donc pas une disposition constitutionnelle qui permettra la mise en œuvre des mesures adéquates mais la loi, et ce, que la constitutionnalisation ait lieu ou pas.

Une immunité constitutionnelle préventive

- 8 Dans ce cas, à quoi sert la constitutionnalisation ? Elle joue un autre rôle que le choix du terme « modernisation » dans l'exposé des motifs dissimule assez mal. Les véritables

motifs de la constitutionnalisation se trouvent dans la volonté du Gouvernement de conférer aux textes de mise en œuvre de l'état d'urgence une sorte d'immunité constitutionnelle préventive. La constitutionnalisation vise à cristalliser et légitimer – à l'avance –, par l'inscription dans « le marbre », le choix des moyens à utiliser dans le cadre de l'état d'urgence et ce jusqu'aux mesures de police administrative. On voit, d'ailleurs, comment le Gouvernement adopte en tous points l'argumentaire policier en vertu duquel l'action de la police aurait trop à souffrir des obstacles de la procédure judiciaire en général et des droits de la défense en particulier. Il est alors difficile d'ignorer ce qui apparaît comme une véritable obsession gouvernementale : faire obstacle préventivement à toute déclaration d'inconstitutionnalité, ce qui laisse bien entendu penser que les mesures de police administrative prises dans le cadre du dispositif législatif actuel seraient – de l'avis du Gouvernement et de ses experts en droit constitutionnel – contraires à la constitution.²

- 9 Cette inconstitutionnalité potentielle réside dans un des effets du dispositif qui consiste à confondre délibérément police administrative et police judiciaire. Cette confusion naît de ce qu'une même autorité – la police administrative sous l'autorité du Préfet – est chargée de prévenir – ce qui est normal –, mais aussi de réprimer les atteintes – ce qui l'est moins. Or l'alinéa 2 du projet d'article 36-1 de la constitution confère à la police administrative une dualité de compétences visant à « *prévenir ou faire face* » à un péril. Il y a donc bien à prévoir un phénomène d'« administrativisation » des pouvoirs de coercition en période d'état d'urgence. On peut même se demander – car ce point n'est pas clair – si, dans l'hypothèse où une infraction était constatée au cours d'opérations de police administrative, les autorités de police judiciaire accompagnées du contrôle du juge judiciaire, seraient encore compétentes. Ce phénomène est décrit par les pénalistes qui distinguent la manière dont les opérations sont, en temps normal, menées sous la férule du juge judiciaire, notamment dans sa forme la plus indépendante lorsque c'est un juge d'instruction qui est chargé de l'enquête. Plus largement, l'autorité judiciaire intervient pour autoriser ou non – *a priori* – des mesures qui seraient attentatoires à la liberté individuelle. En cas d'urgence, en revanche, la conduite des opérations est retirée à l'autorité judiciaire et les opérations sont confiées au Préfet qui œuvre sous le contrôle du juge administratif, exercé toutefois *a posteriori*.
- 10 En inscrivant ce déplacement de compétences dans la constitution, le calcul du Gouvernement devient visible.
- 11 Ce faisant, il cherche à rendre sans objet l'objection qu'on pourrait lui faire de la compétence du juge judiciaire prévue à l'article 66, lorsque la liberté individuelle est atteinte. La constitutionnalisation de l'état d'urgence devrait opérer – si l'urgence est décrétée – comme un paravent pour l'action administrative de maintien de l'ordre l'isolant ainsi complètement du contrôle judiciaire. Cette architecture qui privilégie le cadre administratif a l'avantage d'homogénéiser les voies hiérarchiques et partant de conserver au Gouvernement *in fine* le contrôle de la chaîne de commandement. C'est très probablement la signification que le juge administratif a conférée à sa validation des mesures de police prises dans la foulée des attentats du 13 novembre dernier, ainsi que les auteurs du rapport L'urgence d'en sortir le révèlent en citant les conclusions d'un rapporteur public évoquant les « *nécessités opérationnelles* » de la police administrative³.
- 12 La volonté de fournir au régime législatif de l'état d'urgence une immunité constitutionnelle préventive est encore confirmée, est-il même utile de le dire, par le choix opéré dans le projet de loi constitutionnelle de ne pas confier au législateur

organique la mission de fixer le régime de l'urgence comme c'est le cas pour l'état de siège de l'article 36 ; d'où la création d'un nouvel article 36-1 de la constitution. Car la loi organique eût obligé le Conseil constitutionnel à vérifier la constitutionnalité du « régime civil de crise » avant même sa mise en œuvre⁴. On retrouve ici encore la même obsession gouvernementale : éviter la censure (ici *a priori*) du Conseil constitutionnel.

- 13 La fonction première de la constitutionnalisation serait donc bien de soigner l'obsession, de lever l'hypothèque de l'inconstitutionnalité par l'organisation de l'immunité en rendant conformes à la constitution les mesures de police administrative prévues par les textes législatifs en vigueur, tel le texte du 20 novembre 2015, et à venir. Autrement dit, par la constitutionnalisation, le pouvoir entend pérenniser ses choix politiques – à savoir la préférence pour des mesures de police administrative et pour le contrôle du juge administratif⁵ – qui auraient pu être jugés contraires à nos principes constitutionnels si le Conseil constitutionnel avait été saisi... Certes, mais comme chacun sait, celui-ci n'a pas été saisi.
- 14 Cette absence de saisine *a priori* du Conseil constitutionnel pour le texte du 20 novembre 2015, recommandée par le Premier ministre lui-même⁶, apparaît d'ailleurs parfaitement cohérente avec la volonté gouvernementale de constitutionnalisation. Car celui qui paraît le plus convaincu de cette inconstitutionnalité, en dehors de toute décision du Conseil constitutionnel, c'est le Gouvernement lui-même. A cet égard, l'expérience de la constitutionnalisation de l'état d'urgence jette une lumière crue sur la mainmise que le Gouvernement entend exercer « aussi » sur la signification du texte constitutionnel.
- 15 Après tout, le message qu'il faudrait retenir de cette affaire n'est-il pas qu'il n'appartiendrait qu'à lui et non au juge – constitutionnel, cette fois – de dire ce qui est constitutionnel et ce qui ne l'est pas ? Le Gouvernement manifesterait une nouvelle fois son autorité sur toutes les autres institutions de l'État, concrétisant ainsi l'idée de chaîne de commandement que nous décrivions plus haut. Pourtant, comment croire que des mesures d'application par définition encore inconnues pourraient être immunisées d'avance contre toute déclaration d'inconstitutionnalité ? Le meilleur moyen d'éviter une déclaration d'inconstitutionnalité, c'est d'empêcher que le Conseil constitutionnel ne s'exprime. Cette stratégie a été gagnante pour le contrôle *a priori* s'agissant de la loi du 20 novembre 2015 pour laquelle on envisageait déjà une régularisation par voie de constitutionnalisation. Si toutefois le Conseil devait être saisi en après coup, dans l'hypothèse d'une QPC, la probabilité d'une telle déclaration d'inconstitutionnalité existe logiquement. Pourtant, là aussi le Gouvernement prétend réduire cette probabilité à néant. Son calcul, par le biais de la constitutionnalisation, consiste alors littéralement à « mettre dans la bouche » du Conseil constitutionnel les arguments qui neutraliseront l'inconstitutionnalité alléguée des lois relatives au « régime civil de crise »⁷.

Un usage stratégique pour réduire les contre-pouvoirs

- 16 Voici donc à quoi sert la constitutionnalisation : non seulement au renforcement des pouvoirs de police administrative dans le cadre de l'état d'urgence, mais plus largement, comme s'ils n'étaient pas déjà suffisamment importants, au renforcement des pouvoirs de l'exécutif à tous les stades de la production normative dans l'État.
- 17 Cet usage finalement très stratégique de la constitutionnalisation peut bien entendu être jugé à rebours d'une conception « morale » ou tout simplement « libérale » de la

constitution. En effet, l'idéologie traditionnelle du constitutionnalisme veut que la constitution soit un texte qui vienne – non pas renforcer – mais limiter les pouvoirs de l'État. D'ailleurs, cela n'a pas échappé aux promoteurs du projet de loi constitutionnelle qui utilisent également l'argumentaire de la limitation du pouvoir lorsque la constitutionnalisation y est présentée comme une garantie contre l'élargissement des conditions d'ouverture de l'état d'urgence : « *L'inscription dans la Constitution de ces conditions donne la garantie la plus haute que, sous le choc des circonstances, la loi ordinaire ne pourra pas étendre les conditions d'ouverture de l'état d'urgence. Ce régime ne peut, en effet, que rester exceptionnel.* ». Le simple fait d'inscrire dans la constitution ces conditions d'ouverture qui étaient déjà celles de la loi de 1955 et déjà extrêmement indéterminées est présenté comme un vecteur de limitation du pouvoir de l'État.

- 18 De cette manière, le Gouvernement donne l'impression de jouer le jeu du constitutionnalisme « libéral ». Mais il ne fait pas que cela. Il a avant tout recours à une conception banalement technique de la constitution comme instrument de commandement, celle qui fait de la constitution la norme d'habilitation suprême⁸ dont le contenu est déterminé souverainement par le constituant. La combinaison de ces deux conceptions – l'une morale, l'autre technique – permet au Gouvernement de se réserver la part du lion tout en ayant l'air de garantir les libertés.
- 19 Reste que l'essentiel pour lui semble être de capter le pouvoir de détermination de la norme constitutionnelle et partant de toutes les autres pour s'assurer l'immunité de son action contre les obstacles juridictionnels, y compris constitutionnels. Ce pouvoir se concrétise en amont lors de la rédaction des principes, tout autant qu'en aval lors de leur mise en œuvre législative, réglementaire, administrative et juridictionnelle. On peut y voir une volonté de puissance qui excède la mesure de l'équilibre des pouvoirs dans un État libéral, tout simplement parce qu'elle interdit la possibilité de contre-pouvoirs légaux. A cette heure, un seul obstacle pourrait finalement barrer la route du projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation : l'impossibilité de réunir une majorité des trois-cinquièmes au Congrès.

*

- 20 **Projet de loi constitutionnelle de « protection de la Nation », Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3381.asp>
 2. Extrait de l'avis du Conseil d'État : « [L]a constitutionnalisation [...] donne un fondement incontestable aux mesures de police administrative prises par les autorités civiles pendant l'état d'urgence. Elle permet ainsi au législateur de prévoir des mesures renforcées telles que : - le contrôle d'identité sans nécessité de justifier de circonstances particulières établissant un risque d'atteinte imminente à l'ordre public ; - la visite des véhicules avec ouverture des coffres. Elle permet aussi au législateur, lorsque ces mesures administratives ne relèvent pas de l'article 66 de la Constitution, de les soumettre exclusivement au contrôle du juge administratif et non à celui du juge judiciaire. »
 3. Rapport L'urgence d'en sortir. *Analyse approfondie du régime juridique de l'état d'urgence et des enjeux de sa constitutionnalisation dans le projet de loi dit « de protection de la nation »*, Janvier 2016, p. 62 à propos de la jurisprudence des « nécessités opérationnelles », citant les conclusions du rapporteur public X. Domino sur CE, Sect., 11 décembre 2015, Joël D. et a., n° 394989.
 4. Cet argument est développé par Arnaud Gossement, « La constitutionnalisation de l'état d'urgence : juridiquement justifiable, politiquement contestable », 23 décembre 2015, in *Blogs de Mediapart*.
 5. C'est ce que remarquent aussi les auteurs du rapport précité spéc. p. 53 : « En l'état du projet de loi, la seule utilité juridique de la constitutionnalisation envisagée par le gouvernement est révélée par le Conseil d'État dans son avis du 11 décembre 2015 : permettre l'adoption par le législateur pour les périodes d'état d'urgence de « mesures renforcées » davantage attentatoires aux libertés fondamentales et surtout « de les soumettre exclusivement au contrôle du juge administratif et non à celui du juge judiciaire » (cons. 10) »
 6. Devant les sénateurs, le 20 novembre 2015, Manuel Valls reconnaît qu'« il y a des mesures qui ont été votées à l'Assemblée nationale (...) qui ont une fragilité constitutionnelle ». « Je suis extrêmement dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel », a-t-il prévenu. « Je souhaite que nous allions vite sur la mise en œuvre des dispositifs. Si le Conseil répondait que la loi révisée est inconstitutionnelle sur un certain nombre de points, sur un certain nombre de garanties apportées, cela peut faire tomber 786 perquisitions et 150 assignations à résidence déjà faites ».
 7. L'autre hypothèse, probable aussi, sera pour le Gouvernement de saisir ou de faire saisir le Conseil constitutionnel *a priori* pour couper court à de futures QPC.
 8. Donc une fonction de répartition des compétences.
-

RÉSUMÉS

Le projet de loi constitutionnelle de Protection de la Nation discuté depuis ce 5 février 2016 à l'Assemblée Nationale prétend notamment constitutionnaliser l'état d'urgence. Que veut dire et surtout à quoi sert cette

constitutionnalisation ? L'analyse de l'exposé des motifs et plus largement du dispositif fait apparaître une stratégie du Gouvernement visant à organiser l'immunité préventive des mesures prises.

AUTEURS

ISABELLE BOUCOBZA

Professeure à l'Université de La Rochelle

CHARLOTTE GIRARD

Maîtresse de conférences HDR à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense