



**HAL**  
open science

# Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort

Rafael Encinas de Munagorri

## ► To cite this version:

Rafael Encinas de Munagorri. Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2006, 01. halshs-02247843

**HAL Id: halshs-02247843**

**<https://shs.hal.science/halshs-02247843v1>**

Submitted on 17 Sep 2019

**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.

## **Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort.**

Rafael Encinas de Muñagorri

Revue trimestrielle de droit civil, 2006, p. 85

(Décret n° 2005-1386 du 8 nov. 2005 portant application de la loi du 3 avril 1955 (JO du 9 nov. 2005), L. n° 2005-1425 du 18 nov. 2005 prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 (JO 19 nov. 2005), Décret n°2006-2 du 3 janvier 2006 mettant fin à l'application de la loi du 18 novembre 2005 (JO du 4 janv. 2006) ; CE. ord. ref., des 14 novembre 2005, *M. Rolin* , AJDA, 2005.2148 et 9 décembre 2005, *Mme Allouache et al.* , AJDA, 2005.2374. ; C.const. décision n°2005-524/525 DC du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, AJDA.2005.1982, GP, 20-22 nov. 2005, p.15, note du conseiller J.E. Schoettl, PA 8 déc. 2005, note F. Chaltiel)

Lors d'une conférence prononcée à l'université de Paris VII (V. extraits le Monde daté du 12/02/02) , le philosophe Giorgio Agambem nous alertait du danger de voir se généraliser une logique de l'état d'exception. Le *Patriot act* du 26 octobre 2001, consécutif aux attentats du 11 septembre aux Etats-Unis, était placée, avec les différences qui s'imposent, dans la perspective des mesures ayant permis à Hitler de suspendre légalement les libertés individuelles par le décret du 28 février 1933 « pour la protection du peuple et de l'État ». Le funeste juriste Carl Schmitt (1888-1985), dont l'engagement nazi est avéré, a mis toute son intelligence pour offrir un cadre juridique à l'état d'exception. Le souverain est d'ailleurs par lui défini comme « celui qui décide de l'état d'exception » (Théologie politique, 1922, Paris, 1988, p. 15). L'état d'exception devient alors la source du droit par excellence. Dans le décisionisme schmittien, « l'autorité ou souveraineté d'une décision ultime constitue la source de tout droit ».

En instaurant l'état d'urgence pendant 56 jours et en considérant implicitement que l'exercice de la souveraineté

nationale peut justifier le rétablissement de la peine de mort, les autorités politiques et juridictionnelles françaises semblent céder à la pression d'une idéologie sécuritaire favorisant un climat juridique d'exception. L'instauration d'une guerre civile légale n'est certes pas à l'ordre du jour. Et il serait largement excessif de considérer que la France sombre dans un régime d'exception à caractère totalitaire. Reste que les mesures prises dans des circonstances exceptionnelles, ou susceptibles de l'être, font toujours de l'ombre aux libertés individuelles et garanties de droit commun. Précisons les choses à partir des sources ayant permis d'instaurer l'état d'urgence et de déclarer non conforme à la Constitution un engagement international relatif à l'abolition de la peine de mort.

*De la légalité de l'état d'urgence* – Conçu sous la IV<sup>ème</sup> République dans le contexte de la guerre d'Algérie, le dispositif de *l'état d'urgence* a été imaginé pour doter le pouvoir exécutif de prérogatives proches de l'état de siège tout en évitant la connotation militaire de ce dernier. La loi n°55-385 du 3 avril 1955 « instituant un état d'urgence » a pour origine des études préalables visant à répondre à des situations intermédiaires entre l'état de paix et l'état de guerre (R. Drago, *L'état d'urgence* (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques, Revue du droit public 1955.670).

Considérer que l'état d'urgence est un régime moins sévère que l'état de siège serait se méprendre lourdement. Une étude des prérogatives ouvertes à l'exécutif (assignation à résidence, interdiction de séjour, droit de réquisition et de perquisition, etc.) a permis d'aboutir à une conclusion sans nuance : « *l'état d'urgence est infiniment plus rigoureux que l'état de siège* » (R. Drago, op. cit., p. 695, éq. en ce sens, A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, n° 642). De nos jours, les deux dispositifs figurent au Code de la défense (resp. art. L. 2121-1 et s. et L. 2131-1 et s.). Si dans l'état d'urgence les pouvoirs sont confiés aux autorités civiles (et non militaires comme dans l'état de siège), ils ne permettent pas moins d'instaurer une véritable dictature civile à partir d'un arsenal de mesures attentatoires aux libertés fondamentales.

A quelles conditions ? « l'état d'urgence peut être déclaré ...soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». (art.1). Oublions ce second cas, semble-t-il inséré dans la loi du 3 avril 1955 pour faire diversion du premier. Le cas principal est donc d'un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ». Formule à dessein imprécise afin de réagir aux circonstances les plus diverses. L'état d'urgence fut décrété à plusieurs reprises dans le cadre des événements d'Algérie -sur le territoire algérien et en métropole-, mais aussi en 1984 pour rétablir l'ordre en Nouvelle-Calédonie. En 2005, ce sont les violences urbaines -intervenus plusieurs jours de rang à partir du 27 octobre- à l'encontre des biens (mise à feu de poubelles, de voitures, de transports en commun et de bâtiments publics) et des forces de l'ordre et de sécurité qui ont conduit le pouvoir exécutif à décréter l'état d'urgence.

Selon quelles modalités ? L'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955, tel que modifié sous la Vème république par l'ordonnance n°60-372 du 15 avril 1960, peut être déclaré par décret pris en conseil des ministres pour une période de 12 jours. Après quoi, sa prolongation suppose une loi votée par le Parlement. Ce schéma fut respecté : la loi du 18 novembre 2005 succédant à un premier décret du 8 novembre portant application de la loi de 1955 (voir. supra) –complété par un second décret (n°2005-1387) du même jour précisant les mesures adoptées. Sans avoir été spécialement mis en œuvre, l'état d'urgence prit fin, avant le terme prévu par la loi, aux lendemains des fêtes de fin d'année, par un décret du 3 janvier 2006 (cf. ref. supra).

A la différence de l'état de siège (art. 36 Const.) ou des pouvoirs exceptionnels (art. 16 Const.), l'état d'urgence n'a pas de fondement constitutionnel ; il repose sur une réactivation de la loi du 3 avril 1955 dont la conformité au droit est incertaine. Conçu à l'origine pour être déclaré par une loi, l'état d'urgence peut, depuis l'ordonnance du 15 avril 1960, résulter d'un décret pris en conseil des ministres. L'exécutif voit ses pouvoirs

renforcés au détriment du législatif, ce qui peut être déploré même s'il s'agit d'une des tendances récurrentes de la Vème république. La déclaration de l'état d'urgence aussi bien que sa mise en œuvre posent des problèmes de légalité et de constitutionnalité.

Le juge des référés du Conseil d'État s'est prononcé, par deux fois, par un rejet des deux requêtes successives contestant la légalité de l'état d'urgence. Notons immédiatement qu'il fut saisi par un de nos collègues, M. Rolin, bientôt rejoint, dans la seconde requête, par d'autres à la vigilance citoyenne sans faille. Cette démarche collective s'inscrit dans une tendance des professeurs de droit à se mobiliser plus ouvertement (R. Libchaber, Une transformation des missions de la doctrine, cette chr. 2002.608), y compris donc par voie contentieuse. Sans entrer dans le détail de l'argumentation présentée, les requêtes présentées ont permis de préciser le contrôle de légalité sur les actes pris dans le cadre de l'état d'urgence.

En date du 14 novembre 2005, la première ordonnance du juge des référés (cf. supra) retient une *lecture extensive* pour le moins singulière à l'égard d'un régime d'exception : « dans son texte initial, l'appréciation à porter sur l'opportunité de sa mise en œuvre était réservée à la représentation nationale ; que, sous l'empire du texte présentement en vigueur, la responsabilité de ce choix incombe au chef de l'État... ; qu'il s'ensuit que le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial ». Substituer un décret à une loi n'aurait guère d'incidence sur le contrôle de légalité. Le président de la République se voit ainsi conforté dans les chaussons du législateur souverain.

La seconde ordonnance en date du 9 décembre 2005 (cf supra), tout en rejetant à nouveau les arguments avancés, retient une *lecture plus restrictive* susceptible de donner lieu à un contrôle effectif : « le silence de la loi sur les conditions de mise en œuvre de la faculté ainsi reconnue au Président de la République ne saurait être interprété, eu égard à la circonstance qu'un régime de pouvoirs exceptionnels a des effets qui dans un

État de droit sont par nature limités dans le temps et dans l'espace, comme faisant échapper ses modalités de mise en œuvre à tout contrôle de la part du juge de la légalité ». En bref, les actes administratifs pris dans le cadre de l'état d'urgence sont soumis à un contrôle de légalité. Ils ne sont pas des actes de gouvernement assimilables à ceux que tient le président de la République de l'article 16 de la Constitution (CE, Ass, 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, n° 99).

L'état d'urgence ne conduit pas moins à suspendre l'ordre constitutionnel. Car si, l'équilibre des pouvoirs reste inchangé –contrairement à la mise en œuvre de l'art. 16 de la Const.-, les libertés fondamentales (d'aller et venir, de s'exprimer librement, de vie privée) sont susceptibles d'être restreintes par le pouvoir exécutif. « L'état d'urgence est-il constitutionnel ? » a pu se demander R. Drago en 1955 avant d'apporter la réponse suivante : « Une loi comme celle du 3 avril qui suspend la constitution et porte une atteinte grave aux droits individuels est peut-être inconstitutionnelle mais sur *le plan politique seulement*. » (op. cit., p. 702). L'affirmation du contrôle de constitutionnalité aurait pu renouveler la donne. Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est prononcé avec une certaine timidité lors de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie : il n'a précisé ni les pouvoirs des autorités administratives lors de l'état d'urgence ni les limites aux atteintes aux libertés protégées par la Constitution (Cconst. 85-187 DC du 25 janvier 1985, Rec. 43, Grandes décisions du Conseil const. Dalloz, n° 37 spéc. § 12). L'absence de saisine du Conseil constitutionnel après l'adoption de la loi du 18 novembre 2005 prive le juriste et le citoyen de l'encadrement juridique souhaitable à même de préciser le mode de conciliation entre les libertés fondamentales et la sauvegarde de l'ordre public.

Car ce n'est pas chez les promoteurs de l'état d'urgence qu'il faut les trouver. Un argument tenu à l'Assemblée nationale (séance du 15 nov. 2005) par le rapporteur du projet de loi prorogeant l'application de la loi du 3 avril 1955 en témoigne :

« une telle prorogation ne peut être qualifiée de contraire à l'État de droit puisque l'État de droit lui-même autorise des mesures exceptionnelles ». Le raisonnement est d'un autoritarisme simpliste : l'État fait la loi, y compris lorsqu'il prévoit d'y déroger. Il faut surtout souligner qu'il introduit l'idée d'une dualité entre période normale et exceptionnelle, légalité ordinaire et légalité d'exception. Le danger est précisément que cette prétendue légalité de crise (ou d'exception) n'en est pas une. Elle *est contraire* à la légalité et tend à s'imposer *contre* elle. Selon un constat historique bien connu, la légalité d'exception (de crise) vise en réalité à justifier les entorses du pouvoir exécutif à la conformité au droit (F. Saint-Bonnet, L'État d'exception, Puf, 2001). Le pouvoir exécutif cherche à s'affranchir *juridiquement* des contraintes du droit par un dédoublement qui permet tous les abus.

L'exception *en* droit (dans le cadre de la légalité) ne doit pourtant pas être confondue avec l'exception *au* droit (sous couvert d'une prétendue légalité de crise). Déclarer l'état d'urgence dans des circonstances les plus diverses (demain une grève musclée de camionneurs ? une manifestation débridée de lycéens ?) et pour des périodes récurrentes serait le signe d'une pernicieuse généralisation. Le phénomène conduirait à obscurcir la légalité par l'ombre menaçante d'une prétendue légalité d'exception.

*Des obstacles constitutionnels à l'abolition de la peine de mort* – Aboli depuis la loi du 9 octobre 1981, la peine de mort n'est plus une peine prononcée en droit français. Toutefois, en l'absence de disposition constitutionnelle, l'abolition ne s'impose pas au législateur lui-même et une loi à caractère autoritaire pourrait un jour (fatal) rétablir la peine de mort, en particulier en présence de circonstances exceptionnelles. L'un des buts des traités et accords internationaux, est d'éloigner à tout jamais cette perspective. Reste que la question de leur conformité à la Constitution française ne peut être évitée, sans compter que ces conventions peuvent être violées ou dénoncées par le pouvoir en place (D. de Béchillon, Le rétablissement de la peine de mort. Aspects de droit public, in La peine de mort au

seuil du troisième millénaire, Hommage au prof. A. Beristain, Toulouse, érès, 1993, p. 83, cf aussi dans ce vol. J.P. Delmas Saint Hilaire, p. 73).

De nos jours, les États concluent des engagements internationaux dans le but d'éradiquer définitivement *et* dans toutes les circonstances la peine de mort. Ces textes peuvent avoir une assise universelle ou européenne. Adopté le 15 décembre 1989 dans le cadre des Nations-Unies, le deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif au droits civils et politiques visant à abolir la peine de mort (ci-après protocole de New-York) a pour but de préciser les engagements des États en ce sens. Conclu dans le cadre du Conseil de l'Europe, le protocole n°13 –qui fait suite à celui n° 6 ratifiée par par la France en 1985– de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales relatif à l'abolition de le peine de mort en toutes circonstances, adopté à Vilnius le 3 mai 2002 (ci-après protocole de Vilnius) vise, comme le réitère l'exposé des motifs « à faire le pas ultime afin d'abolir la peine de mort *en toutes circonstances* », y compris donc pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre.

Signataire de ces deux protocoles internationaux, la France est dans son rôle historique de 1789. Grand pays de la *déclaration* des droits de l'homme, elle ne donne toutefois pas toujours l'exemple du point de vue de l'*approbation* des textes internationaux. Le Conseil constitutionnel a ainsi déclaré que l'approbation du protocole de New-York ne pouvait intervenir sans révision préalable de la Constitution. La Constitution française serait-elle contraire à l'abolition de la peine de mort ?

L'article 54 de la Constitution, rappelons-le, règle avec élégance le problème d'une éventuelle contrariété *a priori* entre un engagement international et la Constitution : l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne pouvant intervenir, en cas de contrariété, *qu'après* révision de la Constitution. Saisi par le président de la République sur le fondement de l'article 54, le Conseil constitutionnel (déc. du 13 octobre 2005, *supra*) a estimé qu'une telle révision était



nécessaire avant de ratifier le protocole de New-York, à la différence de celui Vilnius déclaré conforme à la Constitution.

D'abord, les juges constitutionnels précisent (cons. 4) que les deux protocoles « ne contiennent aucune clause contraire à la Constitution et ne mettent pas en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ». Nous voilà rassurés : l'abolition de la peine de mort n'est contraire ni au texte de la Constitution lui-même, ni aux droits ouverts aux citoyens. « La question posée est donc celle de savoir s'ils portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » (voir déjà à propos du protocole n°6 de la ConvEDH, Déc. n° 85-188 DC du 22 mai 1985 cons. 3.) Nous voilà inquiétés : le pouvoir juridique de tuer (formule qui évite les euphémismes) est essentiel à l'exercice de la souveraineté par la Nation.

Ensuite, par une formule générale aux conséquences non négligeables pour l'avenir, ils estiment que « *porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celui-ci* » (cons. 5). Or, si le protocole de Vilnius peut être dénoncé en vertu de l'article 58 de la Convention européenne (cons. 6), cela n'est pas le cas du protocole de New-York : « que cet engagement lierait irrévocablement la France *même dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation* » (cons. 7)

Le dossier documentaire mis en ligne par les services du Conseil constitutionnel permet de mettre en relief deux éléments du débat déjà perçus comme d'éventuels obstacles juridiques d'ordre constitutionnel (rép. Min. n° 26731, JO 24 août 2000, 2899) : l'absence de « réserves » et le caractère « irrévocable » de l'engagement international.

Les réserves, comme on sait, permettent à un État de ménager son droit national, le cas échéant en excluant l'application d'une part du traité. Par le passé, la France a formulé de telles réserves pour préserver, tout ensemble, le jeu des pouvoirs exceptionnels (art. 16 Const.) de l'état de siège et de l'état d'urgence, et ce aussi bien dans le cadre des Nations-

Unies (décret n° 81-76 du 29 janvier 1981) que dans celui du Conseil de l'Europe (instrument de ratification du 3 mai 1974). Si le protocole de New-York prévoit l'éventualité de réserves (art. 2), c'est à condition que l'État communique « les dispositions pertinentes de sa législation interne qui s'appliquent en temps de guerre ». En l'absence de telles dispositions en droit français, des réserves ne pouvaient être formulées. Quant au protocole de Vilnius, il exclut tout simplement la possibilité de formuler des réserves (art. 3). La différence de sort entre les deux protocoles ne portent donc pas sur la faculté de formuler des réserves.

Le caractère irrévocable de l'engagement international expliquerait cette différence. Alors que le protocole de Vilnius, peut être dénoncé avec la Convention européenne des droits de l'homme et aux conditions de l'article 58 (5 ans après son entrée en vigueur et sous un préavis de six mois), rien n'est précisé pour le protocole de New-York. Doit-elle alors être tenu pour un engagement irrévocable de la France ? Sans entrer dans l'exposé et la comptabilité des arguments (D. Breillat, L'abolition mondiale de la peine de mort. A propos du 2<sup>ème</sup> protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, RSC, 1991, p. 261, spéc. p. 275 et s., D. de Béchillon, préc. p. 101) qui permettent ou non de soutenir une telle position, la signification de la décision des juges constitutionnels mérite trois brèves remarques.

En premier lieu, il faut bien comprendre que l'enjeu concret du débat consiste à pouvoir rétablir la peine de mort « dans le cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation ». Le raisonnement tenu par les juges constitutionnels mérite d'être explicité : un engagement international abolissant la peine de mort (tel que le protocole de Vilnius) est conforme à la Constitution *parce qu'il* peut être dénoncé ; en revanche, un autre (tel que celui de New-York) lui est contraire lorsque lie la France de manière irrévocable. En cas de danger exceptionnel, la France doit être en mesure de rétablir

*constitutionnellement* la peine de mort, le cas échéant après dénonciation des conventions internationales s'y opposant.

En second lieu, il faut s'interroger sur la portée de la décision du Conseil constitutionnel à l'égard de l'abolition de la peine de mort. L'impact positif de la décision du 13 octobre 2005 peut certes conduire à procéder à une révision de la Constitution. Dès le début de l'année 2006, le président de la République française a pris la décision d'engager un processus de révision afin d'inscrire l'abolition de la peine de mort dans la Constitution. Espérons, avec un optimisme raisonné, que la révision annoncée puisse s'engager, aboutir à son terme, et permettre l'approbation du protocole de New-York. Pour autant, le Conseil constitutionnel ne rassure guère en justifiant sa décision par des formules aussi évasives que les « conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale » et en se évoquant le « cas où un danger exceptionnel menacerait l'existence de la Nation ». Ces formules ne figurent pas dans le texte de la Constitution. Elles sont le fruit d'interprétations constructives. Le procédé n'est pas en soi répréhensible. Il est toutefois inquiétant de voir pris en compte l'éventualité d'un danger exceptionnel pour faire échec à l'approbation un texte à valeur universelle prônant l'abolition de la peine de mort. Il y a là, du moins, un renversement de perspective qui n'est pas à la faveur de la protection des libertés fondamentales en vigueur dans nos démocraties.

En troisième lieu, même si elle venait à être inscrite dans la Constitution, l'abolition de la peine de mort trouver d'autres obstacles constitutionnels, en particulier à partir d'une lecture extensive de l'article 16 donnant des pouvoirs exceptionnels. En cas de crise, la légalité dite d'exception ne s'embarasse pas de la hiérarchie des sources et des normes. Elle prétend s'imposer aux autres. Son premier mouvement est toujours de suspendre, au détriment aux citoyens, des garanties d'origine constitutionnelles et internationales. Là est le danger. Ne faut-il pas alors aussi entreprendre la révision de l'article 16 de la Constitution ? de l'état de siège ? ou encore du dispositif de l'état d'urgence à la constitutionnalité incertaine ? Avec

d'autres, nous le souhaitons mais il ne faut pas être grand clerc pour comprendre que cela n'enthousiasme guère les détenteurs du pouvoir exécutif que le droit incommode lorsqu'il n'est pas dans leurs mains.

« Le despotisme me paraît particulièrement à redouter dans les âges démocratiques » a pu prédire Alexis de Tocqueville en conclusion de son célèbre ouvrage ((De la démocratie en Amérique, t. IV, 4<sup>e</sup> partie, chapitre 7). L'inquiétude est-elle pertinente dans la France contemporaine ?

R.E.M.