

Lextenso

REVUE DU

DROIT PUBLIC

ET DE LA SCIENCE POLITIQUE
EN FRANCE ET À L'ÉTRANGER

Numéro spécial

LES ÉTATS D'EXCEPTION, UN TEST POUR L'ÉTAT DE DROIT



Lextenso

Lextenso - 1, Parvis de la Défense - 92044 Paris La Défense

Imprimé sur des papiers produits aux Pays-Bas (couverture, 0 % de fibres recyclées)
et en Allemagne (intérieur, 100 % de fibres recyclées), issus de forêts gérées durablement ;
impact gaz à effet de serre pour un exemplaire : 412 g éq. CO₂



Sommaire

1. PENSER L'ÉTAT D'URGENCE

Le concept d'état d'exception, une lecture juridique <i>Xavier Magnon</i>	11
La réhabilitation paradoxale du droit <i>Dominique Rousseau</i>	35
L'état d'urgence sanitaire ou la tentation de l'épistocratie <i>Alexandre Viala</i>	55
États d'exception et épidémies. Histoire d'une impossible normalisation <i>Guillaume Richard</i>	81
L'état d'urgence : hors ou dans la Constitution ? <i>Philippe Blacher</i>	103

2. GOUVERNER EN RÉGIME D'ÉTAT D'URGENCE

Le rôle du Parlement en régime d'état d'urgence <i>Jean-Jacques Urvoas</i>	121
La dyarchie de l'exécutif en régimes d'état d'urgence <i>Samy Benzina</i>	139
Gouverner les finances publiques en régime d'état d'urgence. Le faux « moment hamiltonien » de l'Europe <i>Rémi Pellet</i>	161
Communiquer en régime d'états d'urgence <i>Jean-Marie Denquin</i>	181
Réorganiser l'exercice des libertés en régime d'exception <i>Xavier Dupré de Boulois</i>	199
L'Union européenne et la pandémie de Covid-19 <i>Henri Oberdorff</i>	215

3. JUGER EN RÉGIME D'ÉTAT D'URGENCE

Juger la décision d'instaurer et de prolonger l'état d'urgence. Considérations sur le contrôle de l'exceptionnel <i>Mathieu Disant</i>	233
Le Conseil d'État, gardien de l'état d'urgence ou des libertés ? <i>Hélène Pauliat</i>	247
La Cour de cassation, l'état d'urgence et la protection des libertés <i>Louis Boré</i>	263
La Cour européenne des droits de l'homme, juge des états d'urgence ? <i>Marion Larché et Thibaut Larrouturou</i>	277
Juger les responsables politiques en période d'urgence. Retour sur un casse-tête des régimes parlementaires <i>Eleonora Bottini</i>	291

Présentation

« La pandémie n'est pas une guerre, elle est un test d'humanité », déclare le président de la République allemande Frank-Walter Steinmeier (1). Et il faut ajouter, ici, elle est un test pour le droit, pour l'État de droit. Dans la représentation routinisée et confortée par l'expérience ordinaire du quotidien, le droit est un ensemble de règles qui ont pour objet d'organiser le comportement et les relations des personnes physiques et des personnes morales dans les différentes sphères de leurs activités sociales. Les relations entre membres de la famille, entre clients et commerçants, entre salariés et employeurs, entre États ne sont pas laissées au libre arbitre de chacun mais doivent se conformer aux règles posées dans le Code civil, le Code du commerce, le Code du travail, la Charte de l'ONU... Le droit a pour ambition de normer les comportements. Et, dans les secteurs où il n'est pas encore ou peu – la mondialisation économique, le numérique, la cybercriminalité, l'environnement – le droit est attendu pour poser les normes de comportement de ces nouveaux acteurs (2). Cette « attente » de droit tient à ce qu'il apporte la sécurité en permettant à chacun de connaître le cadre à l'intérieur duquel il peut agir et les normes qu'il doit suivre pour agir ; elle tient aussi, et par ricochet, à ce que le droit garantit les moyens d'un exercice partagé des libertés. Sécurité et libertés sont ainsi les deux attributs de la raison juridique.

Ces deux propriétés marquent également le droit qui organise le pouvoir politique. Définissant, en effet, les éléments significatifs d'une constitution, l'article 16 de la Déclaration de 1789 en retient deux : la séparation des pouvoirs et la garantie des droits. La séparation des pouvoirs, c'est la sécurité du cadre de production des normes avec la distribution de compétences propres à chaque institution, l'initiative au pouvoir exécutif, la délibération et le vote au pouvoir législatif et le contrôle à l'institution judiciaire. La garantie des droits, c'est faire des libertés la finalité de l'action normative des pouvoirs publics. Et ces deux éléments forment ce qu'il est convenu d'appeler un « État de Droit ». Banale description sans doute mais qui n'est banale que par l'oubli du long et tumultueux processus de l'avènement de l'État de Droit. Car, au

(1) Allocution télévisée, 11 avril 2020.

(2) Il est aussi redouté par ceux qui, régnant sur ces activités, voudraient pouvoir continuer à se comporter « librement », c'est-à-dire, sans droit.

commencement, était l'état de nature. Où, affirmaient certains philosophes, les hommes étaient libres de conduire leur vie comme ils l'entendaient. Où, soutenaient au contraire d'autres philosophes, les hommes vivaient dans une situation d'insécurité permanente, où chacun était un loup pour l'autre selon la formule consacrée. De ce combat, Hobbes est sorti gagnant. Devant la peur de la mort, les peuples ont été convaincus d'abandonner leurs libertés naturelles et d'accepter la construction d'un État qui leur apporterait la sécurité physique. La sécurité en échange des libertés, tel est l'origine du contrat social-étatique. Mais Locke a continué le combat. Puisqu'État il y avait désormais, il fallait au moins qu'il reprenne à son compte les libertés que les hommes avaient à l'état de nature, qu'il garantisse leur libre exercice et qu'il les concilie avec le principe de sécurité. Et progressivement, au rythme des révolutions et des luttes sociales et politiques, les peuples ont imposé des limites, des contraintes, des obligations à l'État hobbesien. Par exemple, le respect du principe de la séparation des pouvoirs pour casser la puissance de l'État en enlevant à son Chef le législatif et le judiciaire et en confiant ces compétences à des institutions séparées et indépendantes de lui. Par exemple encore, la soumission des autorités de l'État – Police, Administration... – à la loi pour empêcher qu'elles se donnent à elles-mêmes leurs propres règles de fonctionnement. Et puis, dernier combat, après l'État légal, l'État de Droit, c'est-à-dire, un État où la loi elle-même et donc le législateur, fût-il élu, est soumis au respect de la Constitution, des déclarations des droits et des conventions et traités internationaux. « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » énonce l'article 2 de la Déclaration de 1789. Locke a gagné ! D'accord pour l'État qui conserve les droits que les hommes ont à l'état de nature, droit d'aller et venir, liberté individuelle, liberté d'opinion et de pensée... Et pour ce faire, le pouvoir de l'État est sous contrôle, contrôle par la presse, contrôle par les électeurs mais aussi contrôle par les juges nationaux avec le Conseil constitutionnel et supranational avec la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme. En d'autres termes, l'État n'est pas né « État de droit » ; il l'est devenu, lentement, au fil des siècles et des combats intellectuels et politiques.

Aujourd'hui, en quelques mois, la pandémie bouscule cet ordre normal patiemment construit de la chose politique, fait « turbuler » en un instant l'État de Droit. Aujourd'hui ? Il faut relire Thucydide pour comprendre le tumulte, la désorganisation politique, la disparition ou l'impuissance des normes provoqués par une épidémie : « *La maladie déclencha également dans la ville d'autres désordres plus graves, écrit Thucydide. Chacun se livra à la poursuite du plaisir avec une audace qu'il cachait auparavant. Nul ne montrait d'empressement à atteindre avec quelque peine un but honnête ; car on ne savait pas si on vivrait assez pour y parvenir. Nul n'était retenu ni par la crainte des dieux, ni par les lois humaines ; on ne faisait pas plus de cas de la piété que de l'impiété, depuis que l'on voyait tout le monde périr indistinctement ; de*

plus, on ne pensait pas vivre assez longtemps pour avoir à rendre compte de ses fautes. Ce qui importait bien davantage, c'était l'arrêt déjà rendu et menaçant ; avant de le subir mieux valait tirer de la vie quelque jouissance » (3).

Aujourd'hui comme hier donc, la pandémie met à mal nos manières d'être au monde et la peur, peur de la mort due à la Covid ou à l'acte terroriste, fait remonter à la surface, remet aux commandes le principe de sécurité contre le principe de liberté. Le pouvoir législatif est marginalisé, l'autorité judiciaire est contournée, les syndicats et associations négligés, les citoyens oubliés. Le principe de la séparation des pouvoirs qui faisait tenir la démocratie politique s'effondre par la concentration des pouvoirs entre les mains de l'Exécutif ; le principe de libre administration locale qui faisait tenir la démocratie locale s'effondre par l'affirmation des pouvoirs de l'État central et de ses préfets ; le principe de la négociation collective des conditions de travail qui faisait tenir la démocratie sociale s'effondre par le pouvoir donné au gouvernement d'autoriser les employeurs à déroger au droit du travail.

La pandémie est un moment de vérité pour l'État de Droit, un test pour l'État de droit. Il peut être emporté par la pérennisation des modes de gouvernement et des lois et règlements adoptés depuis cinq ans et conduire à une nouvelle figure de l'État, celle de l'État de surveillance ou de l'État sécuritaire. Il peut aussi sortir renforcé de cette crise en faisant (re)découvrir l'importance de la liberté d'aller et venir, de la liberté d'expression, de la liberté de réunion, du droit au respect de la vie privée et familiale, de la garantie juridictionnelle des droits, de la délibération parlementaire, bref, de la force oubliée et fragile de la devise républicaine « Liberté, Égalité, Fraternité ».

Il appartenait à la Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, « revue d'ordre avant tout scientifique mais qui ne repoussera pas cependant l'actualité quand elle entrera dans son cadre » comme l'écrivait Ferdinand Larnaude en 1894 dans l'éditorial du premier numéro de la RDP, de se saisir de cette interrogation, de penser ce qui arrive aujourd'hui à l'ordre ordinaire de la chose politique, de comprendre la tension renouvelée entre sécurité et libertés qui agit aussi bien sur les institutions que dans la société, de tenter une critique raisonnée du présent et de l'avenir de l'État de droit. D'où ces trois questions en écho ou en miroir de celles posées à l'État de droit : comment penser l'État d'exception ? Comment gouverner en État d'exception ? Et comment juger en État d'exception.

Aussi, la Revue remercie sincèrement et chaleureusement les auteurs qui ont bien voulu participer à ce numéro spécial et contribuer, par leurs analyses, leurs réflexions et leurs critiques à donner une connaissance propre à enrichir l'intelligence publique.

Dominique ROUSSEAU

Septembre 2021

(3) Thucydide, *Histoire de la guerre du Péloponnèse*, Livre II, Robert Laffont, 1990

1. Penser l'état d'urgence

Le concept d'état d'exception, une lecture juridique (1)

par **Xavier MAGNON**

*Professeur de droit public, Aix-Marseille Université
Université de Toulon, Université de Pau et des Pays de l'Adour
CNRS, UMR Droits international, comparé et européen (DICE)
Institut Louis Favoreu (ILF), Aix-en-Provence*

Penser l'état d'exception en période d'état d'exception, en spectateur d'une vie contrainte par un régime d'exception, tel est ce à quoi nous invite ce dossier spécial de la *Revue du droit public*, qui s'inscrit à la suite de productions scientifiques significatives sur le sujet, provenant de différents champs des sciences sociales (2). La connaissance de cet objet n'en est que plus nécessaire. Dans

(1) Nous tenons à remercier François Saint-Bonnet et Ariane Vidal-Naquet pour leurs relectures critiques, ainsi que les membres de l'Institut Louis Favoreu pour leurs remarques constructives, à chaud, à l'occasion de « La Matinale ».

(2) Pour ne s'en tenir qu'aux ouvrages consacrés à la question, l'un d'entre eux nous paraît devoir être mis en évidence pour sa dimension pluridisciplinaire tout particulièrement : Grangé N., *L'urgence et l'effroi. L'état d'exception, la guerre et les temps politiques*, 2018, ENS Éd., La croisée des chemins. V. également : Basilien-Gainche M.-L., *État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, 2013, PUF ; Beaud O., Guérin-Bargues C., *L'état d'urgence, étude constitutionnelle, historique et critique*, 2^e éd., 2018, LGDJ ; Goupy M., *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, 2016, CNRS Éd. V. encore : *Autour de l'état d'urgence français. Le droit politique d'exception, pratique nationale et sources internationales*, Maison R., Mamoudy O. (dir.), 2018, Institut universitaire Varenne, Colloques et essais ; *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence. Recherche effectuée par le CREDOF dans le cadre de la convention de recherche signée avec le Défenseur des droits*, Déf. droits-CREDOF, févr. 2018, p. 14, https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17814. Plus largement : Gueydan C., *L'exception en droit public*, thèse dactyl. Aix-Marseille, 2017. V. peut-être, même s'il entend « prendre congé de "l'état d'exception" » : Carpentier M., *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, 2014, Institut universitaire de Varenne,

ce mouvement de connaissance, il est une étape première, nécessaire, celle de l'*établissement du sens*.

Toutefois, avant le sens, il est question de mots et, plus précisément, du choix des mots pour désigner la chose. État d'urgence (3), état d'exception (4), circonstances exceptionnelles (5), état de siège (6), état de défense préventive (7), agression imprévue (8), état de péril imminent (9), ordres juridiques spéciaux (10), état de guerre, suspension de la Constitution (11), état de tension (12), état de défense (13), état d'alerte (14), les mots du droit positif sont nombreux pour qualifier une situation d'exception ; n'en prenons ici qu'une définition première et intuitive, qui se caractérise par une *situation de fait exceptionnelle qui appelle un régime juridique spécial, distinct du droit commun*.

Cette définition première sera rangée sous une seule et même expression, qui nous paraît être la plus en adéquation avec la nature de la situation en question, à savoir l'*état d'exception*. Aussi, à la diversité des qualifications du *droit positif*, nous proposerons une qualification de la *science du droit* à partir de l'expression « état d'exception » – à condition, bien sûr, que l'*intension* du concept qui sera proposé permette, si ce n'est d'intégrer toutes les manifestations du droit positif dans l'*extension* du concept, du moins de clarifier, entre ces différentes manifestations, celles qui entrent effectivement dans l'*extension* du concept pour mieux apprécier, sans doute, la pertinence, précisément, de l'*intention* du concept.

L'on peut déjà retenir que chaque expression du droit positif insiste sur un élément de l'exceptionnalisme qui entoure précisément le régime d'exception : soit le *motif* qui justifie le régime (guerre, urgence, circonstances exceptionnelles, péril imminent, agression imprévue), soit la *spécificité* du

Thèses (p. 7 pour la formule citée). Et, enfin, évidemment : Saint-Bonnet F., *L'état d'exception*, 2001, PUF, Léviathan.

(3) Const. vénézuélienne, art. 45.

(4) Const. espagnole, art. 116.

(5) Selon la dénomination de la doctrine administrativiste française, notamment, sous les arrêts CE, 28 févr. 1919, Dame Dol et Laurent, CE, 28 juin 1918, Heyriès et CE, ass., 19 oct. 1962, Canal, Robin et Godot, v. Long M., Weil P., Braibant G., Delvolvé P., Genevois B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 22^e éd., 2019, Dalloz, Grands arrêts.

(6) Const. française, art. 36.

(7) Const. hongroise, art. 51.

(8) Const. hongroise, art. 52.

(9) Const. hongroise, art. 53.

(10) Const. hongroise, art. 54.

(11) Const. 22 frimaire an VIII, art. 92.

(12) L. fondamentale allemande, art. 80 a.

(13) L. fondamentale allemande, titre X a.

(14) Const. espagnole, art. 116.

régime lui-même (état d'exception, suspension de la Constitution, état de siège, ordres juridiques spéciaux).

Le choix d'utiliser les termes d'« état d'exception » n'est pas neutre parce qu'il présuppose d'une certaine manière ce qui, dans l'objet décrit, paraît devoir mieux le caractériser, à savoir, pour ce qui nous intéresse, l'exception. Le cœur du sens de l'état d'exception se situe précisément dans la réflexion sur l'exception. L'on retrouve en effet l'exception dans toutes les définitions posées de l'état d'exception, même si elle est formulée de différentes manières.

S'il faut bien débiter par l'une d'entre elles, c'est sans doute celle de François Saint-Bonnet qui mérite d'ouvrir la réflexion. Selon lui, « dans une première acception, classique, l'état d'exception est entendu comme un moment pendant lequel les règles de droit prévues pour des périodes de calme sont transgressées, suspendues ou écartées pour faire face à un péril. Pendant ce moment, on assiste à une concentration du pouvoir, en général au profit de l'exécutif et d'autre part à la réduction ou à la suspension des droits jugés fondamentaux pendant les périodes de calme. Il s'agit d'un moment par définition fugace, temporaire, pour faire face à un péril donné. Dans une seconde acception, apparue depuis peu, l'état d'exception consiste en une modification en profondeur parce que les règles mises en œuvre pour lutter contre ce péril sont révélatrices (au sens quasi photographique du terme) du système politique et juridique dans lequel elles sont en vigueur (c'est la thèse de Giorgio Agamben qui s'appuie largement sur celle de Carl Schmitt) » (15).

Le premier sens a encore fait l'objet d'autres développements, du même auteur, qui précise que « dans tous les cas de figure, on retrouve : 1) une crise qui prend la forme d'une menace, d'un péril ; 2) une violation ou une dérogation au droit en vigueur dans les périodes "normales", c'est-à-dire de calme ; 3) l'invocation d'un principe supérieur de sauvegarde de l'État, de la collectivité politique ou autre. Étant entendu que la crise n'est autre chose que ce qu'une autorité compétente dit qu'elle est, le nœud du problème est celui du lien entre violation ou dérogation d'un côté et sauvegarde de l'État de l'autre : le basculement dans l'état d'exception se fait en invoquant une impérieuse et irrésistible nécessité » (16).

Selon une définition de Michel Troper, l'état d'exception désigne « une situation dans laquelle, en invoquant l'existence de circonstances exceptionnelles particulièrement dramatiques et la nécessité d'y faire face – on songe par exemple à une catastrophe naturelle, une guerre, une insurrection, des actes terroristes ou une épidémie –, on suspend provisoirement l'application des règles qui régissent ordinairement l'organisation et le fonctionnement des

(15) Saint-Bonnet F., « L'état d'exception et la qualification juridique », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux 2007, n° 6, p. 29.

(16) Saint-Bonnet F., « L'état d'exception. Présentation de l'ouvrage *L'état d'exception*, Paris, PUF (Léviathan), 2001 », Revue juridique de l'Ouest 2004-2, p. 234.

pouvoirs publics et l'on en applique d'autres, évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux » (17).

L'on peut encore ajouter la définition de Jean-François Kervégan qui voit à l'origine de l'état d'exception une situation extrême, « par situation extrême, on doit comprendre celle d'un État dont l'ordre intérieur est gravement troublé, voire l'existence menacée par un facteur (invasion étrangère, subversion ou insurrection intérieure, ou même catastrophe naturelle) dont l'élimination suppose le recours à des moyens extraordinaires qui outrepassent, surtout s'il s'agit d'un État de droit, le cadre normal de son action. L'état d'exception désigne, notamment dans la langue juridique, l'ensemble des moyens prévus pour faire face à une telle situation d'extrême danger. Ces moyens, qui favorisent le renforcement du pouvoir et la concentration de son exercice, sont de deux ordres : restriction ou suspension des libertés publiques et de certaines garanties constitutionnelles, d'une part ; transgression plus ou moins étendue du principe de séparation des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif, d'autre part, celle-ci pouvant aller jusqu'au transfert à l'autorité militaire des pouvoirs ordinaires de police, voire de compétences juridictionnelles » (18).

Marie-Laure Basilien-Gainche définit doublement l'état d'exception « par la négative : ce sont des dispositifs permettant de porter atteinte aux composantes de l'État de droit que sont la séparation des pouvoirs et la garantie des droits, de concentrer les pouvoirs et de restreindre les libertés. De façon positive maintenant : les états d'exception sont à saisir par l'exceptionnalité, qui caractérise les circonstances suscitant leur utilisation (existence d'une situation anormale), les méthodes résultant de leur emploi (dérogação à la règle), les desseins légitimant leur utilisation (référence à une fin supérieure) » (19).

Enfin, Bernard Manin identifie trois éléments caractéristiques de l'état d'exception : « (1) autorisation de s'écarter de normes supérieures, telles que celles souvent contenues dans la Constitution ; (2) soumission à des conditions spéciales visant à assurer que les circonstances exigent (1) ; (3) limitation temporelle de (1) » (20).

Ces différentes définitions de l'état d'exception mettent en évidence, d'un côté, l'exception, la dérogação, l'écart à la règle, la restriction, la suspen-

(17) Troper M., *Le droit et la nécessité*, 2011, PUF, p. 99.

(18) Kervégan J.-F., « État d'exception », in Rials S., Raynaud P. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, 2003, PUF, Quadrige.

(19) Basilien-Gainche M.-L., *État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, op. cit., p. 23 à 24.

(20) Manin B., « Le paradigme de l'exception. Et si la fin du terrorisme n'était pas pour demain ? L'État face au nouveau terrorisme », *La Vie des idées* 2015, p. 19, <https://laviedesidees.fr/Le-paradigme-de-l-exception.html>. Version originale : « The Emergency Paradigm and the New Terrorism », in Baume S., Fontana B. (dir.), *The Uses of the Separation of Powers*, 2008, Michel Houdiard, p. 135 à 171.

sion ou la transgression, ce qui semble renvoyer à la nature intrinsèque de cet état et, de l'autre, à des éléments justificatifs de cet état d'exception, situation extrême, situation anormale ou circonstances exceptionnelles. Penser les différentes situations exceptionnelles à partir de l'état d'exception renvoie d'abord à la nature même de cet état qu'il convient de penser sous l'angle juridique. Envisager *la nature de l'état d'exception* permet de *justifier le nom du concept* (I). Cette réflexion sur la nature de l'état d'exception apparaît d'autant plus nécessaire qu'elle renvoie au seuil à partir duquel il est possible d'identifier un *état* d'exception. Il nous appartiendra d'établir ce seuil, en explicitant ensuite la définition de l'état d'exception, auquel il conviendra d'ajouter les éléments justificatifs de cet état, identifiés dans les différentes définitions proposées : la situation de fait à l'origine de cet état, le motif impérieux qui le justifie et son caractère temporaire. *La définition du concept* renvoie ainsi à la concrétisation du *seuil de l'exceptionnalité* et aux *justifications de l'exception* (II). Si l'on pouvait en rester là, il semble toutefois utile d'*éprouver le concept*, de manière pratique, en le mobilisant pour identifier ce qui, dans le droit positif français, entre dans la définition du concept ; c'est ce que nous ferons pour établir *quels sont les états d'exception sous la V^e République* (III).

I. — JUSTIFIER LE NOM DU CONCEPT : LA NATURE DE L'ÉTAT D'EXCEPTION

L'état d'exception se situe par rapport à un état normal ou commun en ce qu'il s'en éloigne. Sous l'angle juridique, l'exception caractérise une situation dans laquelle une règle spéciale s'applique à une situation de fait déterminée, alors que cette situation est couverte par une règle spéciale, autre que la règle particulière. Une situation de fait déterminée échappe à la règle générale et se voit appliquer une autre règle, la règle spéciale. Face à une norme générale qui oblige, interdit, permet ou habilite un certain comportement dans un ensemble de situations générales, il sera prévu une autre norme qui oblige, interdit, permet ou habilite un autre comportement dans une situation particulière couverte, en principe, par la norme générale. La situation particulière est couverte par la règle générale, mais sa spécificité fait que c'est une autre règle qui s'appliquera. La norme spéciale dispose du même domaine de validité spatial, temporel, matériel et personnel que la norme générale, mais elle pose, pour une situation spécifique qui, tout en entrant dans ce domaine de validité, se caractérise par une singularité spatiale, temporelle, matérielle et/ou personnelle, une autre norme. La situation particulière appelle l'application d'une autre norme que celle qui aurait dû s'appliquer, ce que recouvre la situation de l'exception face à la règle générale.

Par rapport à ce schéma, l'état d'exception se singularise par l'ampleur de l'exception : il ne s'agit pas de prévoir seulement une autre norme dans une situation déterminée couverte par une norme générale, mais bien un ensemble de normes différentes de celles qui devraient être appliquées dans un ensemble

de situations générales. Il y a bien un *état d'exception* prévoyant un ensemble de règles spéciales et non pas une norme seulement qui pose une exception à une norme générale. Cet état traduit l'existence d'un *ordre normatif spécial*, au sens d'un ensemble de normes, qui déroge à l'*ordre normatif général*. Face à l'état général, l'état d'exception fixe ainsi un ensemble de règles spéciales dérogeant aux règles générales prévues par l'ordre normatif général. Le concept d'*ordre normatif spécial* permet de traduire juridiquement l'*état d'exception*. L'existence d'un ordre normatif spécial n'est d'ailleurs pas sans poser des problèmes de sécurité juridique et, plus précisément, de prévisibilité dans l'application du droit, au regard de son articulation avec l'ordre normatif de droit commun.

Ce premier point établi, l'on postulera qu'un état d'exception est constitutif d'un ordre normatif spécial dont l'ampleur de la dérogation posée à l'ordre constitutionnel de droit commun est telle qu'elle le remet en cause. L'ordre spécial déroge à l'ordre général au point qu'il constitue un *nouvel ordre normatif*, n'obéissant plus aux règles de l'ordre normatif général. *L'ordre spécial devient un nouvel ordre juridique*. Grande est ici la tentation de suivre Giorgio Agamben qui voit en l'état d'exception une « suspension de l'ordre juridique lui-même », qui « en définit le seuil ou le concept limite » (21) ; « l'état d'exception se présente [...] comme la forme légale de ce qui ne peut avoir de forme légale » (22), il « constitue un état *kénomatique*, un vide de droit » (23). Ce qui est caractéristique de l'état d'exception réside précisément dans cette rupture avec l'ordre juridique en vigueur, le droit spécial étant l'expression d'un nouvel ordre juridique, révolutionnaire, quelles que soient par ailleurs les habilitations prévues par le système juridique au bénéfice de cet ordre juridique, dans le sens où il marque une rupture avec l'ordre juridique en vigueur.

(21) Agamben G., *État d'exception. Homo sacer*, 2003, Seuil, L'ordre philosophique, p. 15.

(22) *Ibid.*, p. 10.

(23) *Ibid.*, p. 16. V. *contra*, M. Goupy, prenant appui sur les travaux de M. Foucault, et qui considère que « L'exceptionnalité contemporaine ne saurait s'identifier à la production artificielle d'une situation d'anomie ; elle réside bien plutôt dans la multiplicité des interventions étatiques exceptionnelles, c'est-à-dire des interventions qui s'effectuent par un contournement public (et mis en scène) du droit, lequel doit être d'abord compris comme un contournement de la généralité de la loi au nom de la singularité des situations. Autrement dit, l'exercice des pouvoirs exceptionnels ne répondrait pas, dans les États libéraux, à une logique de l'état d'exception entendue comme suspension générale du droit, ce dont Guantanamo a fini par incarner la figure paradigmatique, mais elle correspond bien plutôt à un ensemble (assez foisonnant d'ailleurs) de législations, de pratiques policières, de techniques de renseignement, etc. dont le caractère exceptionnel réside d'abord dans le contournement de la généralité de la loi au nom de l'attention portée au particulier » (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. 79, p. 105 et 106).

Il n'est d'ailleurs pas étonnant qu'en Belgique, alors qu'aucun état d'exception n'est prévu par le texte constitutionnel, ce dernier prévoit en revanche en son article 187, de manière explicite, que « la Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie ». Renoncer à toute suspension de la Constitution, c'est refuser tout état d'exception, quelles que soient les circonstances et, donc, à penser un *droit de crise* à partir du *droit commun constitutionnel*. Telle est sans doute la sagesse à retenir de la Constitution belge, que d'imposer la gestion de la crise à partir du droit commun... si l'on oublie que le législateur belge, grâce aux pouvoirs spéciaux, a pris le relais pour établir, par exemple, un état d'exception sanitaire (24). Il faut encore ajouter, à l'appui de la thèse de la suspension de la Constitution, que certains textes constitutionnels interdisent précisément les révisions constitutionnelles pendant les périodes d'état d'exception (25). Cette interdiction témoigne à la fois de la suspension du texte constitutionnel qui, du fait de cette situation exceptionnelle, ne peut être modifié, comme de la volonté de préserver le texte constitutionnel de toute modification durant la période d'exception. Durant la période de l'état d'exception, il n'est pas permis de remettre en cause le droit constitutionnel commun.

Ce postulat posé, voyant dans l'état d'exception une rupture de l'ordre juridique, toute la difficulté consiste à le rattacher à un marqueur objectif, d'autant que la suspension de l'ordre normatif de droit commun n'est pas totale (26). Telle est sans doute la difficulté la plus redoutable dans la construction du sens : identifier le *seuil de la rupture*, qui marque le passage à un état d'exception. Véronique Champeil-Desplats interroge en ce sens l'une des caractéristiques de l'état d'exception – de quoi s'agit-il, « suspension, écart ou dérogation ? » (27) – quand d'autres voient dans celui-ci une suspension ou une dérogation au cadre ordinaire (28).

(24) Deux lois de pouvoirs spéciaux ont été adoptées le 27 mars 2020 habilitant le roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19, v. *Moniteur belge* 30 mars 2020.

(25) En France, c'est le Conseil constitutionnel qui a posé cette interdiction pendant l'usage de l'article 16 de la Constitution (Cons. const., 2 sept. 1992, n° 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 19). V. également, de manière explicite, par ex. Const. polonaise, art. 228, al. 7.

(26) V. sur ce point : Troper M., *Le droit et la nécessité*, 2011, PUF, *Léviathan*, p. 105.

(27) Champeil-Desplats V., « Aspects théoriques : ce que l'état d'urgence fait à l'État de droit », in *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, op. cit., p. 14. Elle distingue la thèse de la suspension, défendue par G. Agamben (v. *supra*, notes 21 à 23), celle de l'écart de B. Manin et celle de F. Saint-Bonnet (v. *supra*, respectivement notes 20 et 15), même si la thèse de F. Saint-Bonnet ne semble pas devoir se réduire à une question d'écart.

(28) Goupy M., « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? ... », art. cité, p. 98 et 99.

Cette rupture pose encore un problème au regard de sa juridicité. Un système juridique, s'il permet l'état d'exception, autorise l'existence d'un sous-système normatif qui aboutit à sa propre remise en cause. De là naît un paradoxe, le *paradoxe de l'état d'exception autorisé par la Constitution* : la Constitution autorise sa propre suspension et donc la propre négation du système normatif qu'elle met en place. Le paradoxe peut toutefois s'expliquer. Dans la mesure où l'état d'exception apparaît comme révolutionnaire par rapport à l'ordre normatif institué par la Constitution, autoriser cette révolution lui ôte précisément ce caractère de révolution ; une *révolution habilitée* n'est plus qu'un *droit spécial*. La Constitution échappe ainsi à la révolution, en l'autorisant. Autrement dit, habiliter la révolution permet au système de perdurer une fois que l'état d'exception prend fin. Le droit saisit ce qui relève du fait, la révolution, pour se le réapproprier, en le juridicisant, et donc le dompter. Plus fondamentalement, le renoncement à soi-même, accepté par celui qui renonce, est une condition de sa survie. La Constitution autorise l'exception pour ne pas disparaître avec elle. Il faut d'ailleurs insister sur le fait qu'en raison de l'ampleur de la rupture impliquée par l'état d'exception au droit commun constitutionnel, seule la Constitution peut valablement autoriser un tel état.

Cette idée de survie du système malgré la période de crise se retrouve, par exemple, en Espagne ou en Suisse, dont les Constitutions ont la prétention de poser les règles pour leur propre révision totale (29), soit, en substance, pour poser une nouvelle Constitution. Le système récupère ainsi ce qui normalement lui échappe, en maintenant une continuité en termes de validité normative. Le jeu, même si le terme est discutable, n'en est pas moins dangereux car, même habilité, rien ne dit que le système révolutionnaire, précisément parce qu'il est révolutionnaire, n'en vienne à renverser le système existant, parce qu'il perdure et qu'il se substitue à l'ordre constitutionnel de droit commun du fait de son application dans la durée. L'on retrouve ici encore Giorgio Agamben, qui voit dans la multiplication comme dans la durée des régimes d'exception mis en œuvre dans nos sociétés occidentales une mutation profonde de ces dernières vers ce qu'il qualifie un « totalitarisme moderne » (30). À l'évidence, lorsque l'état d'exception ne fait pas l'objet d'une habilitation constitutionnelle, le risque pratique que celui-ci emporte le système n'est

(29) Const. espagnole, art. 168-1 ; Const. suisse, art. 138 et 140.

(30) Il considère en effet que « le totalitarisme moderne peut être défini [...] comme l'instauration, par l'état d'exception, d'une guerre civile légale, qui permet l'élimination physique non seulement des adversaires politiques, mais de catégories entières de citoyens qui, pour une raison ou une autre, semblent non intégrables dans le système politique. Dès lors, la création volontaire d'un état d'urgence permanent (même si elle n'est pas déclarée au sens technique) est devenue l'une des pratiques essentielles des États contemporains, y compris de ceux que l'on appelle démocratiques » (Agamben G., *État d'exception. Homo sacer*, op. cit., p. 11).

sans doute pas plus grand ; mais, juridiquement, l'existence d'une rupture de l'ordre constitutionnel fait de l'état d'exception une situation de pur fait, non couverte par le droit positif constitutionnel dispositionnel. Il reste que, même en l'absence d'habilitation constitutionnelle – la seule qui puisse valablement fonder juridiquement l'état d'exception –, les systèmes juridiques autorisent parfois des états d'exception par la seule voie législative, comme c'est le cas en Belgique, on l'a vu, cette situation étant parfois validée par le juge constitutionnel, comme c'est le cas en France. Le Conseil constitutionnel a en effet reconnu *a posteriori* la régularité constitutionnelle de deux états d'exception non prévus par la Constitution : l'état d'urgence sécuritaire et l'état d'urgence sanitaire (31). Il faut sans doute voir dans cette dernière attitude l'importance pour le système que de pouvoir récupérer juridiquement l'état d'exception, même s'il n'est pas prévu par la Constitution.

Sur la question de la juridicité de l'état d'exception, nous nous sommes placés dans une perspective formelle, de réflexion en termes d'habilitation. Il faut sans doute ajouter deux autres visions de cette même juridicité. Une première vision, *nihiliste*, tend à évacuer la question de la juridicité :

– soit parce que l'état d'exception est la marque du pouvoir souverain (« est souverain celui qui décide de l'état d'exception » (32)) et qu'il demeure un pur fait et un acte premier de pouvoir ; c'est la thèse *décisionniste* de Carl Schmitt (33), qui marque « la supériorité de la décision politique sur le strict respect de la légalité » (34) ;

– soit, parce que, quelles que soient les prévisions du système, les organes d'application du droit sont toujours libres de les interpréter, y compris en

(31) Si l'état d'urgence sécuritaire et celui sanitaire ne sont pas prévus par la Constitution, le Conseil constitutionnel n'en a pas moins jugé que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir » ces régimes d'état d'urgence (v. respectivement : Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, Ligue des droits de l'homme [Perquisitions et saisies administratives dans le cadre de l'état d'urgence], cons. 5 ; Cons. const., 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, § 17). L'urgence sécuritaire, issue de la loi sur l'état d'urgence n° 55-385 du 3 avril 1955, avait cependant fait l'objet d'une validation antérieure (Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, État d'urgence en Nouvelle-Calédonie, cons. 4).

(32) Schmitt C., *Théologie politique*, 1988, Gallimard, p. 15.

(33) Ce positionnement de C. Schmitt est une conséquence directe de sa théorie décisionniste. V., pour un exposé de cette théorie par son auteur, Schmitt C., *Les trois types de pensée juridique*, 1934, 1995, PUF, trad. Koller M., p. 67 et s. Selon M. Goupy, il faut rechercher dans l'ouvrage de Carl Schmitt, *Théologie politique*, *op. cit.*, l'origine du concept contemporain d'état d'exception ; v. l'introduction de son ouvrage, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, *op. cit.*, p. 7 à 28.

(34) Goupy M., « L'état d'exception, une catégorie d'analyse utile ? ... », art. cité, p. 99, défendant en l'occurrence une position extrêmement critique de C. Schmitt.

décidant d'instituer un état d'exception en dehors des prescriptions de la Constitution, dans la mesure où « l'état d'exception est la situation qu'une autorité compétente décide de qualifier d'état d'exception » (35), c'est la thèse *réaliste* de Michel Troper.

Une seconde vision, *substantialiste*, est celle, déjà évoquée, de Giorgio Agamben (36) qui tend à considérer que le recours à l'état d'urgence, même autorisé par la Constitution, altère profondément les valeurs de nos sociétés occidentales, au point de mettre en cause – si l'on juridicise la réflexion – les exigences de l'État de droit, de la démocratie et du libéralisme.

Telle est la nature de l'état d'exception que d'apparaître comme un ordre normatif en rupture avec l'ordre constitutionnel de droit commun et qui impose à celui-ci, pour pouvoir se maintenir, de l'autoriser. Ce point de départ de la réflexion posé, il convient à présent d'approfondir et d'explicitier la place à accorder au seuil d'exceptionnalité dans la définition du concept d'état d'exception, tout en y ajoutant la question des justifications de cet état.

II. — POSER LA DÉFINITION DU CONCEPT :

SEUIL DE L'EXCEPTIONNALITÉ ET JUSTIFICATIONS DE L'EXCEPTION

Les différentes propositions de définition rappelées en introduction mettent en évidence plusieurs éléments constitutifs de l'état d'exception qui nous paraissent devoir être identifiés de la manière suivante :

- la *situation de fait* appelant la mise en œuvre de l'état d'exception (une « crise », une « menace », un « péril », des « circonstances exceptionnelles particulièrement dramatiques », une « situation extrême » ou « situation d'extrême danger ») ;

- le *motif impérieux* à l'appui du choix de cette mise en œuvre (« principe supérieur de sauvegarde de l'État ») ;

- l'*exceptionnalité* imposée par ce régime (« violation ou dérogation au droit en vigueur », « on suspend provisoirement l'application des règles qui régissent l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics et l'on en applique d'autres », « concentration du pouvoir » et « restriction des droits fondamentaux », « recours à des moyens extraordinaires », « restriction ou suspension des libertés publiques », « transgression plus ou moins étendue du principe de séparation des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif ») ;

- la *temporalité* de celui-ci (l'état d'exception est un « moment » « fugace, temporaire », « on suspend provisoirement »).

Il semble que ces différents critères puissent être regroupés en deux éléments, indissolublement liés, dans des termes qu'il convient de préciser.

(35) Troper M., « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in Thomas Y. et al., *L'exception dans tous ses états*, 2007, Parenthèses, p. 60.

(36) V. *supra*, note 30.