

Le concept d'état d'exception Une lecture juridique

Xavier Magnon

▶ **To cite this version:**

Xavier Magnon. Le concept d'état d'exception Une lecture juridique. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2021, Numéro spécial : Les États d'exception : un test pour l'État de droit ?, pp.11-34. hal-03594423

HAL Id: hal-03594423
https://amu.hal.science/hal-03594423

Submitted on 2 Mar 2022

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 concept d'état d'exception
Une lecture juridique[1]

Xavier Magnon
Professeur de droit public
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

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 de 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 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 éminent[9], ordres juridiques

1 Je tiens 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 mis en évidence pour sa dimension pluridisciplinaire tout particulièrement : N. Grangé, *L'urgence et l'effroi. L'état d'exception, la guerre et les temps politiques*, ENS éditions, La croisée des chemins, 2018, 405 p.

Voir également : M.-L. Basilien-Gainche, *État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, PUF, 2013, 304 p. ; O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence, étude constitutionnelle, historique et critique*, 2ème édition, LGDJ, 2018, 204 p. ; M. Goupy, *L'État d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, CNRS Éditions, 2016, 343 p.

Voir encore : *Autour de l'état d'urgence français. Le droit politique d'exception, pratique nationale et sources internationales*, sous la direction de R. Maison et O. Mamoudy, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloque et Essais, 2018, 262 p. ; Ce *qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Recherche effectuée par le CREDF dans le cadre de la convention de recherche signée avec le défenseur des droits, Février 2018, p. 14, disponible en ligne : https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17814.

Plus largement : C. Gueydan, *L'exception en droit public*, Aix-Marseille Université, 2017, thèse dact., 481 p.

Voir, peut-être, même s'il entend « prendre congé de « l'état d'exception » » : M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, Institut Universitaire de Varenne, Collection des thèses, 2014, 714 p. (p. 7 pour la formule citée).

Et, enfin, évidemment : F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2001, 400 p.

3 Art. 45 de la Constitution du Venezuela.

4 Art. 116 de la Constitution espagnole.

5 Selon la dénomination de la doctrine administrativiste française, notamment, sous les arrêts du Conseil d'État du 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent*, du 28 juin 1918, *Heyriès*, et d'Ass. du 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, voir *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, 22ème édition, Dalloz, Collection Grands arrêts, 2019.

6 Art. 36 de la Constitution française.

7 Art. 51 de la Constitution hongroise.

8 Art. 52 de la Constitution hongroise.

9 Art. 53 de la Constitution hongroise.

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 proposée 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'*intension* 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 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 débuter par l'une d'entre elle, 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 clame. 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

10 Art. 54 de la Constitution hongroise.

11 Art. 92 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

12 Art. 80 a de la Loi fondamentale allemande.

13 Titre X a de la Loi fondamentale allemande.

14 Art. 116 de la Constitution espagnole.

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 », *i. e.* 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 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].

---

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

16 F. Saint-Bonnet, « 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.

17 M. Troper, *Le droit et la nécessité*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 99.

18 J.-F. Kervégan, « État d'exception », *Dictionnaire de philosophie politique*, sous la direction de S. Rials et P. Raynaud, PUF-Quadrige, 2003.

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 (dérogation 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 dérogation, l'écart à la règle, la restriction, la suspension 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*^{ème} *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 générale, 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,

---

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

20 B. Manin, « 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, en ligne : *https://laviedesidees.fr/Le-paradigme-de-l-exception.html*. Version originale : « *The Emergency Paradigm and the New Terrorism* », in S. Baume, B. Fontana, eds, *The Uses of the Separation of Powers*, Paris, Michel Houdiard, 2008, pp. 135-171.

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 pas 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 l'état

---

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

22 *Loc. cit.*, p. 10.

23 *Loc. cit.*, p. 16.

Voir *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 Etats 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 »

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.

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, de manière explicite, en son article 187, 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 relai 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].

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

---

(M. Goupy, « 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, pp. 105-106).

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, *Moniteur belge*, 30 mars 2020, 2ème édition.

25 En France, c'est le Conseil constitutionnel qui a posé cette interdiction pendant l'usage de l'article 16 de la Constitution (CC, n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne II*, cons. 19), voir également, de manière explicite, par exemple, art. 228 alinéa 7 de la Constitution polonaise.

26 Voir sur ce point : M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, Leviathan, 2011, p. 105.

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

28 M. Goupy, « 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, pp. 98-99.

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 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, situation 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

---

29 Art. 168-1 de la Constitution espagnole ; articles 138 et 140 de la Constitution suisse.

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 » (G. Agamben, *État d'exception. Homo sacer*, *op. cit.*, p. 11).

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 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'expliciter 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.

---

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 (voir respectivement : CC, 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. 5 ; CC, n° 2020-800 DC, 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, § 17). L'urgence sécuritaire, issue de la loi du l'état d'urgence n° 55-385 du 3 avril 1955, avait cependant fait l'objet d'une validation antérieure (CC, n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, cons. 4).

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

33 Ce positionnement de C. Schmitt est une conséquence directe de sa théorie décisionnisme, voir, pour un exposé de cette théorie par son auteur : C. Schmitt, *Les trois types de pensée juridique*, 1934, traduction de M. Koller, PUF, 1995, p. 67 et s.

Selon M. Goupy, il faut recherche dans l'ouvrage de Carl Schmitt, *Théologie politique*, l'origine du concept contemporain d'état d'exception, voir l'introduction de son ouvrage, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, *op. cit.*, pp. 7-28.

34 M. Goupy, « 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 », *précit.*, p. 99, défendant en l'occurrence une position extrêmement critique de C. Schmitt.

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

36 Voir *supra*, note n° 30.

§ 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 dramatique », « situation extrême », « 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.

Le premier, déjà évoqué, concerne la *mesure de la dérogation* et, plus exactement, l'identification du *seuil* qui fait que l'ordre normatif spécial constitué par l'état d'exception est précisément un état d'exception, qui suspend l'ordre constitutionnel de droit commun en vigueur.

Le second renvoie aux *justifications* de la dérogation et donc de l'état d'exception, et celles-ci s'articulent autour du triptyque : *situation de fait*, *motif impérieux* et *temporalité*.

Ces deux éléments sont liés car ils renvoient à la question de l'acceptabilité d'un ordre normatif spécial et donc à sa justification. Cette dernière est d'autant plus nécessaire et doit être d'autant plus forte que l'état d'exception marque une rupture au sein de l'ordre juridique constitutionnel de droit commun.

L'on retrouve en l'occurrence cet équilibre exception/justification avec ce qui est qualifié, notamment en droit pénal français d'*état de nécessité*, et qui est reconnu par l'article 122-7 du code pénal, en vertu duquel, « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Cet article pose un principe d'irresponsabilité pénale, et donc une

dérogation au principe de responsabilité pénale, en cas de situation exceptionnelle, exigeant une action nécessaire dès lors que cette action est proportionnée à la situation exceptionnelle. La nécessité à la fois commande et justifie la dérogation. L'on trouve également dans l'état de nécessité l'idée de proportionnalité, qui est en l'occurrence mobilisée par le droit positif sur l'état d'exception, qui peut prévoir que les mesures adoptées dans le cadre de ce régime doivent être proportionnées à l'objet même pour lesquelles elles ont été prises[37]. Les justifications de l'état d'exception doivent en faire un *état de nécessité*, seul à même de légitimer l'ordre normatif spécial dérogatoire. L'*état d'exception* n'est admissible que s'il apparaît comme un *état de nécessité*[38].

Chacun de ces deux éléments renvoie à une dimension de l'état d'exception, la *dimension juridique*, avec *la mesure de l'exception*, et la *dimension politique*, avec *les justifications de l'exception*[39].

Concernant la *mesure de l'exception*, et donc la recherche du critère caractéristique de l'état d'exception, il faut s'entendre sur l'articulation que nous retiendrons, de manière conventionnelle, des termes « exception », « dérogation » et « spécialité ». L'*exception* traduit une situation qui échappe à l'application d'une règle générale, alors pourtant qu'elle relève de son domaine d'application, et qui se voit appliquer une autre règle, cette dernière prévoyant précisément que cette situation obéit à une autre règle que celle générale. Cette autre règle est une règle *spéciale,* qui pose une *exception* à la règle générale et qui *déroge* ainsi à celle-ci. L'état d'exception est un ordre normatif *spécial*, qui constitue une *exception* au droit commun constitutionnel et qui *déroge* ainsi à celui-ci.

Cette précision terminologique apportée, il est possible d'éclairer cette question de la densité de la dérogation, constitutive d'un état d'exception à partir d'une échelle de la prise en compte de l'exception par le droit constitutionnel positif, qui comprend trois niveaux.

Le premier consiste à prévoir une règle spéciale, qui déroge à la règle générale, lors de la survenance d'un évènement particulier. Par exemple, sous la V^{ème} République, en cas d'empêchement ou de vacance à la présidence de la République, cette fonction n'est plus assurée par celui qui a remporté les précédentes élections présidentielles au suffrage universel direct (depuis 1962), mais par le président du Sénat ou, en cas d'empêchement ou de vacance de celui-ci, par le gouvernement. La Constitution gère l'exception, l'empêchement ou la vacance, en

---

37 Voir, par exemple, l'article 17 de la Constitution croate, l'article 52-1 de la Constitution hongroise ou l'article 228 l'alinéa 5 de la Constitution polonaise.

Voir encore les articles L 3131-15, L 3131-16 et L 3131-17 du chapitre 1er bis du code de la santé en France, chapitre issu de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

38 Dans la conclusion de sa thèse, F. Saint-Bonnet considère en ce sens que « la nécessité est perçue par une sensation qui immédiatement provoque le sentiment que telle action est indispensable » (*L'État d'exception*, *op. cit.*, p. 313).

39 En ce sens, M. Carpentier insiste dans sa thèse sur la différenciation nécessaire à faire entre « le plan de la situation exceptionnelle (qui est un ensemble de faits) et celui des mesures prises pour y faire face (qui sont un ensemble de normes) », étant entendu, selon lui, que « Schmitt théorise la *situation exceptionnelle* » (*Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, M. Carpentier, *Norme et exception. Essai sur la défaisabilité en droit*, *op. cit.*, p. 7).

prévoyant, une autre règle de désignation du Président, une autre autorité que celle qui devrait assurer la fonction devant l'exercer.

Le deuxième consiste à prévoir des règles différentes par rapport aux règles générales dans tout un ensemble de cas, et non plus un seul cas comme dans la situation précédente, mais qui ne concernent qu'un domaine particulier. À titre d'illustration, la loi fondamentale allemande prévoit que « les lois relatives à la défense, y compris la protection de la population civile, peuvent prévoir des limitations aux droits fondamentaux de la liberté de circulation et d'établissement (article 11) et d'inviolabilité du domicile (article 13) » (art. 17 a, 2). L'exception est limitée dans son domaine d'application, elle ne porte que sur les lois relatives à la défense, et quant à l'étendue des restrictions, seules quelques libertés limitativement désignées sont concernées.

La troisième et dernière forme de l'exception consiste à autoriser l'adoption de règles différentes, selon des modalités de production dérogatoires par rapport aux règles générales, dans tout un ensemble de cas, sans limitation préalable du domaine d'intervention, tant que les règles sont adaptées pour poursuivre la finalité pour laquelle l'état d'exception a été institué[40]. L'exception n'est plus seulement une exception mais un *état* d'exception qui se caractérise par un *sous ensemble normatif de l'ordre constitutionnel en vigueur, disposant d'un mode de production de normes dérogatoire, les normes susceptibles d'être produites dans ce cadre pouvant intervenir sans restriction de domaine d'intervention pour autant qu'elles poursuivent la finalité qui justifie l'état d'exception*. Telles sont les caractéristiques de l'ordre normatif spécial que constitue l'état d'exception et qui marque sa spécificité objective en tant que tel. Elles doivent encore être éclairées.

Envisager l'ordre normatif spécial en tant que *sous ensemble de l'ordre constitutionnel* implique d'expliciter le lien existant l'ordre général et l'ordre spécial. Il doit exister une habilitation de l'ordre général en faveur de l'ordre spécial. Selon cette perspective, la question de la *régularité* de l'ordre spécial se pose, soit parce que la norme d'habilitation de l'ordre spécial, et donc de l'état d'exception, ne dispose pas du niveau hiérarchique valable pour pouvoir le faire, soit parce que le choix de mettre en œuvre l'état d'exception ne respecte pas les conditions prévues par la norme d'habilitation. La première situation concerne une habilitation exclusivement législative de l'état d'exception ; la seconde, le non-respect de la procédure prévue par la norme d'habilitation pour instaurer un état d'exception. Sous cet angle, dès lors qu'il existe une habilitation du système général, toutes conditions étant égales par ailleurs, un état d'exception peut être identifié, quelle qu'en soit la régularité. Pour le dire autrement, l'identification conceptuelle de l'état d'exception dépend de l'existence d'une habilitation prévue par le système et non pas de la régularité de cette habilitation ou de la régularité de la mise en œuvre de cette habilitation. La question de

---

40 La distinction entre les deux derniers niveaux d'exception peut être éclairée par le système de la Convention européenne des droits de l'homme qui distingue les *restrictions*, ponctuelles, opérées à l'encontre d'un droit reconnu par la Convention et la *dérogation*, en cas d'état d'urgence, aux obligations posées par la Convention. La gravité des motifs comme le domaine d'application des exceptions varient dans les deux cas, des motifs impérieux n'étant exigés qu'en cas de dérogation et l'exception n'est générale, à savoir vis-à-vis de l'ensemble des obligations de la Convention, que dans cette dernière situation de dérogation.

l'habilitation se situe au niveau du concept ; celle de la régularité à celui des normes du droit positif. Ainsi, l'on peut soutenir que l'état d'urgence sanitaire en France est bien un état d'exception mais qu'il est irrégulier. De même, si le Président de la République use de l'article 16 de la Constitution, sans consulter le premier ministre, il sera possible de soutenir qu'il choisit d'instaurer un état d'exception mais qu'il le fait de manière irrégulière.

Considérer que l'état d'exception est un *sous-ensemble de l'ordre constitutionnel* permet également de le différentier d'une *révolution juridique*. S'il faut entendre par révolution juridique, un ordre normatif premier et donc insusceptible d'être rattaché à un ordre juridique existant, l'état d'exception, bien que par nature « révolutionnaire », ne l'est pas, précisément parce qu'il est un sous-ensemble de l'ordre constitutionnel et qu'il est habilité par celui-ci. Tel n'est pas le cas de l'ordre révolutionnaire qui n'obéit au respect d'aucune règle et qui, d'ailleurs, n'a pas vocation à être un ordre normatif spécial ou un sous-ensemble d'un autre ordre normatif, mais bien à être un ordre normatif général. L'ordre révolutionnaire ne saurait être un ordre spécial, mais, plutôt, un ordre général.

Sans complexifier l'analyse, il n'en reste pas moins envisageable qu'un état d'exception puisse aboutir à une révolution juridique, lorsque l'ordre spécial se substitue à l'ordre général. Le mode de production spécifique prévu par l'ordre spécial devient alors le droit commun au point que le mode de production de droit commun disparaît et, avec lui, l'ordre constitutionnel de droit commun.

Retenir un critère formel, la procédure de production des normes, et non pas des éléments plus substantiels, mérite une justification. Deux constats d'ordre matériel sont, de manière classique, rattachés à l'état d'exception : la concentration du pouvoir aux mains de l'exécutif et l'atteinte aux droits et libertés. Il semble que le critère du mode de production des normes, à la fois, englobe, mais, aussi, dépasse ces deux éléments.

Il les englobe car, dans des États de type démocratique, libéraux et reposant sur les exigences de l'État de droit, il appartient au législateur de produire des normes générales et abstraites en matière de droits et libertés. Lorsque c'est une autre autorité qui y procède, il s'agit de l'organe dit « exécutif » et celui-ci, en intervenant dans le domaine des droits et libertés, procède à une réglementation plus restrictive de ces droits et libertés compte tenu de la situation exceptionnelle. À l'évidence, en période de guerre, lorsque le pouvoir civil est remis, dans certains domaines, au pouvoir militaire, l'on retrouve la même dérogation au schéma général de production des normes dans le système.

Ce critère dépasse également ces deux éléments car il permet d'intégrer n'importe quelle dérogation à la procédure de production des normes, y compris dans un État non démocratique, voire autoritaire, qui pourrait prévoir, rien ne l'en empêche, qu'en période d'état d'exception le pouvoir exclusif du Chef de l'État que de produire des normes générales et abstraites dans le système serait transféré à un organe collégial désigné démocratiquement, voire à un mini-public

délibératif. Pour le dire autrement, ce qui importe dans la caractérisation de l'état d'exception, ce ne sont pas les valeurs auxquelles il est porté atteinte, mais le mode dérogatoire au droit commun de production de normes. Sous cet angle, l'avantage du critère formel est qu'il permet d'identifier des situations indépendamment de leurs manifestations substantielles qui, elles, sont, toujours, variables.

Par production de normes, il faut entendre tous les modes de production de normes, que celles-ci soient générales et abstraites ou qu'elles soient individuelles et concrètes. Il faut en particulier intégrer la fonction juridictionnelle, qui peut être entendue comme impliquant un mode de production de normes individuelles et concrètes de sanction de la régularité au sein de l'ordre juridique. Souvent, en droit positif, la mise en place d'un état d'exception impose des dérogations aux modes de contrôle de la régularité dans le système. Pour ne prendre qu'un exemple, dans le cadre de l'application de l'article 16 de la Constitution française, s'il existe un contrôle des mesures adoptées par le Chef de l'État par le Conseil d'État, durant la période de son application, celles de ces mesures qui interviennent dans le domaine législatif ne sont soumises à aucun contrôle juridictionnel de celui-ci[41]. Ces dérogations peuvent être analysées comme une modification des règles de production des normes juridictionnelles de sanction de la régularité dans l'ordre juridique. Est ainsi intégrée au concept d'état d'exception une autre de ses manifestations, telle qu'elle apparaît en droit positif, à savoir l'altération des modes classiques de contrôle du respect de la régularité, sans pour autant s'y réduire.

L'absence de restriction du domaine d'intervention des normes adoptées dans le cadre de l'état d'exception, critère qui pourrait être discuté, permet d'écarter d'autres modes de production normative dérogatoire au droit commun. L'on peut penser ici à la production de normes législatives par le gouvernement, autorisée en France par l'article 38 de la Constitution. Cette production n'est possible, pour le gouvernement, que « pour l'exécution de son programme », selon les termes du texte constitutionnel, interprétés par le Conseil constitutionnel comme faisant obligation « au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention »[42]. Cette limitation du domaine d'intervention des ordonnances exclut cette production normative dérogatoire du concept d'état d'exception. Cette exclusion résulte également, et plus largement, de l'absence de certains des éléments qui justifient un état d'exception (situation de fait et motif impérieux) à propos des ordonnances.

---

41 CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*.

Il faut toutefois rappeler la consultation du Conseil constitutionnel sur les mesures prises par le Chef de l'État en application de l'article 16 de la Constitution, prévue par l'alinéa 3 de cet article ; dans ce cadre, les décisions du juge constitutionnel ne faisant l'objet d'aucune publicité.

42 Voir par exemple : CC, n° 2017-751 DC, 7 septembre 2017, *Loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, § 2.

Il faut encore ajouter que la dérogation aux règles de production des normes dépasse également les modes de productions spécifiques prévus par l'état d'exception. Le mode de production des normes de droit commun n'est pas seulement altéré par la production de normes selon d'autres procédures, mais par le développement de mode de production normatif en dehors de toute procédure formalisée. La pratique de l'état d'urgence sanitaire en France en témoigne. Les annonces publiques du Président de la République, du premier ministre, du ministre de l'intérieur ou de celui de la santé font figure de normes juridiques obligatoires pour tous les destinataires des normes avant même que les actes juridiques qui les concrétisent ne soient adoptés[43]. En état d'exception, le droit apparaît ainsi plus comme une « puissance discursive », que comme une « puissance coercitive »[44].

Concernant les *justifications de l'exception*, l'état d'exception n'est acceptable que s'il est *institué pour faire face à une situation de fait exceptionnelle, par sa fréquence, et dramatique, par son intensité, au nom d'un motif impérieux supérieur et à condition de demeurer temporaire*. L'importance de ces justifications comme fondement axiologique de l'état d'exception peut d'ailleurs conduire à ce qu'un système juridique prévoie des mécanismes de contrôle, politique ou juridictionnel, visant à vérifier, à différents stades de la mise en œuvre de l'état d'exception, avant, pendant, voire après, l'existence de ces justifications. L'usage de l'article 16 de la Constitution en France impose ainsi un contrôle formel au moment du choix du Président de la République de mettre en œuvre cet article, le premier ministre, les présidents des assemblées et le Conseil constitutionnel étant consultés de manière officielle, durant la mise en œuvre, le Parlement est réuni de plein droit et, après 30 jours d'exercice, le Conseil constitutionnel peut être saisi pour vérifier que les conditions d'exercice de cette disposition sont toujours réunies, au 60ème jour, il se prononce de plein droit et, après 60 jours, à tout moment.

---

43 L'analyse développée sur ce point par M. Goupy à partir de la pensée de M. Foucault est tout à fait éclairante : « Dans ses précédents travaux, le philosophe avait en effet distingué le pouvoir de souveraineté du biopouvoir : le premier s'exerce sur un territoire, par la répression, et s'exprime dans le langage du droit et du contrat ; le biopouvoir au contraire consiste en un pouvoir de régulation s'exerçant sur des populations en prenant appui sur la naturalité des comportements, pour gouverner les hommes par incitation plutôt que par interdiction et par répression. En s'inscrivant explicitement dans ce cadre, Foucault oppose dans l'entretien le « système de légalité » au « pacte de sécurité » : au sein des sociétés libérales, l'Etat assume un « pacte de sécurité », qui correspond à cette forme de pouvoir s'exerçant sur les populations par la prise en charge de la prévention du risque et par la garantie contre l'incertitude. C'est d'ailleurs pourquoi, selon lui, le terrorisme est l'ennemi principal du libéralisme : non pas essentiellement parce qu'il représente un mal absolu ou le criminel absolu, mais parce qu'il est la forme la plus manifeste de l'insécurité, car il attaque l'Etat « sur le plan où justement il a affirmé la possibilité de garantir aux gens que rien ne leur arrivera ». Dans ce cadre, l'emploi des mesures exceptionnelles pour répondre à l'incertitude prend une signification bien précise :

« L'État qui garantit la sécurité est un État qui est obligé d'intervenir dans tous les cas où la trame de la vie quotidienne est trouée par un événement singulier, exceptionnel. Du coup, la loi n'est plus adaptée ; du coup, il faut bien ces espèces d'interventions, dont le caractère exceptionnel, extra-légal, ne devra pas apparaître du tout comme signe de l'arbitraire ni d'un excès de pouvoir, mais au contraire d'une sollicitude (…). Ce côté de sollicitude omniprésente, c'est l'aspect sous lequel l'État se présente »

Foucault esquisse ainsi nettement l'idée que l'usage de « l'exceptionnalité », dans nos sociétés, s'inscrit dans la logique, à la fois symbolique et concrète, de la rationalité libérale dominante » (« 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 », *précit.*, pp. 104-105).

44 M. Goupy, « 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 », *précit.*, p. 114.

La *situation de fait exceptionnelle et dramatique* peut être considérée comme le fait générateur, le motif déclencheur de l'état d'exception. Elle crée à la fois la nécessité de mettre en place l'état d'exception et l'urgence de l'action. L'*exceptionnalité* et le *caractère dramatique* de la situation rendent *nécessaire* et *urgente* la mise en place d'un régime d'exception. La nécessité et l'urgence ne sont donc pas constitutives de l'état d'exception, elles ne sont que le résultat de la situation de fait exceptionnelle et dramatique. Le fait emporte le droit avec lui, en imposant la suspension du régime de droit commun ; *le fait impose au droit* voire *le fait impose le droit*. La normalité des circonstances et la normalité du système juridique sont liées de sorte que l'exceptionnalité des premières impose l'exceptionnalité du second.

L'urgence imposée par la situation de fait emporte plusieurs conséquences. L'action, et plus largement le processus de décision, et donc, sous l'angle juridique, la capacité de production des normes, doivent être plus rapides, ce qui exclut le processus de décision parlementaire, beaucoup trop long. Face au positionnement de troupes armées étrangères en masse à la frontière, faut-il attendre une décision du Parlement sur les mesures concrètes à prendre selon une procédure à la durée incertaine ou ne faut-il pas, plutôt, lui demander de déléguer sa compétence au gouvernement ? La caractère exceptionnel et dramatique de la situation exige une action rapide obligeant à la mise en œuvre de procédures de production normative plus souples.

L'existence d'un *motif impérieux supérieur* doit être distinguée de la justification précédente car il n'apparaît pas toujours de manière explicite et peut même, parfois, être confondue avec la situation de fait à l'origine de l'état d'exception. Derrière le motif impérieux, il faut voir la finalité poursuivie par l'état d'exception et non pas sa cause. Si la pandémie mondiale du coronavirus et les conséquences sanitaires de ce virus constituent la *situation de fait* à l'origine de l'état d'urgence sanitaire, la protection de la santé publique est un *motif impérieux* qui justifie une intervention exceptionnelle.

Il est possible de différencier deux niveaux de motifs impérieux, ceux affichés et affichables, et ceux moins avouables et qui restent donc masqués ou, pour le moins, implicites. Ces derniers renvoient tous au maintien de l'ordre institutionnel en place et donc au maintien de l'État pendant la situation de crise, de l'ordre juridique en vigueur, même s'il faut passer par une suspension de celui-ci. Les motifs avouables sont, en revanche, tournés vers l'intérêt des individus, du moins collectif : le maintien de l'ordre public et de la sécurité, la préservation de la santé publique ; même s'ils n'apparaissent pas forcément de manière explicite dans le cadre juridique encadrant l'état d'exception. L'évidence du motif impérieux en cause, comme, par exemple, la préservation de la santé publique pour l'état d'urgence sanitaire, exonère toute explicitation de celui-ci. Ne pas le rappeler n'en fait pas moins sens, la situation de fait exceptionnelle et dramatique se suffit à elle-seule pour justifier le recours à l'état d'exception, la mise en lumière de la finalité des mesures devenant superfétatoire.

L'exposé des motifs du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 en France témoigne à cet égard d'une certaine ambiguïté dans l'exposé du motif impérieux : « La crise majeure que traverse notre pays au plan sanitaire, sans précédent depuis un siècle, fait apparaître la nécessité de développer les moyens à la disposition des autorités exécutives pour faire face à l'urgence, dans un cadre juridique lui-même renforcé et plus facilement adaptable aux circonstances, notamment locales. En raison du caractère pathogène et contagieux du virus covid-19 et de l'urgence de santé publique que l'évolution de sa propagation entraîne, le Gouvernement a été conduit à limiter fortement les déplacements des personnes hors de leurs domiciles ».

Il est question, d'une part, de « crise majeure (…) au plan sanitaire », de la « nécessité de développer les moyens à la disposition des autorités exécutives pour faire face à l'urgence » et « du caractère pathogène et contagieux du virus covid-19 », et donc de la *situation de fait* exceptionnelle et dramatique qui impose un régime d'exception, et, d'autre part, « de l'urgence de santé publique que l'évolution de sa propagation entraîne », ce qui renvoie à la fois à l'urgence, consécutives aux *causes* à l'origine de l'état d'exception, et au motif impérieux de santé publique, *finalité* poursuivie par la mise en place de cet état. Le motif impérieux apparaît toutefois de manière claire et certaine dans le dispositif législatif relatif à l'état d'urgence sanitaire. À cet égard, l'article L 3131-15 du code de la santé publique, qui liste les compétences spécifiques conférées au premier ministre dans ce cadre, précise que de telles mesures ne doivent être adoptées « qu'aux seules fins de garantir la santé publique ». La finalité des mesures adoptées dans le cadre de l'état d'exception sanitaire est conditionnée au respect du motif impérieux pour lequel il a été établi.

Il convient encore d'insister sur le fait que ces motifs impérieux relèvent de l'ordre du collectif, d'une vision de l'intérêt collectif, et justifient des restrictions d'ordre individuel : dans le cadre du Covid 19, l'exigence de santé publique, l'ordre public sanitaire selon l'expression d'Ariane Vidal-Naquet, l'emporte sur la liberté d'aller et venir de chacun comme dans le cadre du terrorisme, la sécurité publique l'emporte sur les libertés accordées à l'individu. Pour le formuler de manière radicale, il est question d'intérêt général - plutôt que de bien commun -, et donc d'intérêt de l'État, et non pas de droits et libertés de chacun. Il n'en reste pas moins que l'acceptabilité de l'état d'exception par les destinataires des normes dans le système dépend de l'intérêt individuel à trouver à la protection de l'intérêt collectif avouable. L'opposition collectif/individuel n'est pas totalement convaincante sous cet angle dans la mesure où ils se rejoignent : la préservation de la santé publique est d'autant plus acceptée qu'elle participe de la santé de chacun, tout comme la sécurité publique garantit la sécurité de chacun. En tout état de cause, l'état d'exception traduit un conflit de valeurs entre plusieurs droits et libertés, entendues dans un sens large, dont les arbitrages appellent des choix relativement radicaux. Ce conflit permet d'expliquer que le droit positif impose parfois, on l'a vu, le respect du principe de proportionnalité dans l'adoption des mesures concrétisant l'état d'exception.

La *temporalité* et, plus exactement, le *caractère provisoire* de l'état d'exception est consubstantiel à son existence. L'état d'exception est un ordre normatif dérogatoire, et même révolutionnaire, la survie du système de droit commun dépend de sa disparition dans un délai raisonnable, une fois que la situation de fait à l'origine de sa mise en place disparaît[45]. En pratique, cette condition a tendance à souffrir[46] de ce que les situations de fait à l'origine de l'état d'exception perdurent, que l'on pense à l'état d'exception sécuritaire, contre le terrorisme, qui n'a rien de temporaire, ou à l'état d'exception sanitaire dont l'expérience actuelle laisse ouverts quelques doutes quant à son caractère provisoire. De plus, il est possible que l'état d'exception laisse dans le système juridique des normes d'exception, reprises par le droit commun, une fois le régime disparu. L'état d'exception perdure, sous une autre forme, par l'intégration des normes plus restrictives adoptées au cours de cette période dans le droit commun, en période normale[47].

La temporalité de l'état d'exception peut poser difficulté en présence d'un *régime transitoire* qui, à la fois, marque un mode de production des normes dérogatoire et peut répondre aux différentes justifications de l'état d'exception. Autrement dit, est-il état d'exception ou régime transitoire, ce qui imposerait d'identifier cette dernière catégorie, et, surtout, est-il pertinent de les distinguer et, le cas échéant, quel critère pertinent permet de le faire ?

Il est des situations dans lesquelles la différenciation ne soulève pas de difficulté. Une *nouvelle Constitution* peut prévoir, pour la mise en place des nouvelles institutions, un mode de production temporaire des normes dérogatoire au droit commun[48], mais il n'y a là aucune difficulté, puisqu'il n'est ni question de situation de fait exceptionnelle et dramatique, ni de motif impérieux, comme avec l'état d'exception. Par ailleurs, *le passage d'une Constitution à une autre*, peut exiger, face à des situations de fait particulières et au nom d'un motif impérieux, une période transitoire, avec une production normative dérogatoire, mais, contrairement à l'état d'urgence, une fois la période transitoire écoulée, une nouvelle Constitution est en vigueur, ce n'est pas un retour au régime constitutionnel antérieur.

Il est un cas qui paraît plus difficile à analyser : la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962[49]. Cette loi, adoptée par référendum, vise à accompagner

---

45 Il faut rappeler ici la règle coutumière de la durée de six mois de la dictature romaine, voir F. Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, *op. cit.*, pp. 49 et s., qui témoigne de l'impératif de la brièveté d'un état d'exception.

46 Tel est précisément le sens du titre du rapport du CREDOF pour le défenseur des droits, *précit.* : *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*.

Voir également sur cette question : F. Saint-Bonnet, « De la banalisation des états d'urgence », en ligne sur le blog *Jus politicum*, *https://blog.juspoliticum.com/2021/01/09/de-la-banalisation-des-etats-durgence-par-francois-saint-bonnet/*.

47 Voir pour approche critique de l'état d'exception sous cet angle : D. Bigo, L. Bonelli, « Ni État de droit, ni état d'exception, l'état d'urgence comme dispositif spécifique ? », *Cultures & Conflits*, 2018/4, n° 112, p. 8.

48 Il suffit de penser ici à l'article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958.

49 « Article premier : Le président de la République peut conclure tous accords à établir conformément aux déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, si les populations algériennes, consultées en vertu de la loi du 11 janvier 1961, choisissent de constituer l'Algérie en un État indépendant coopérant avec la France.

l'accession de l'Algérie à l'indépendance et autorise le Président de la République à arrêter, par voie d'ordonnances ou de décrets, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, relatives à l'organisation de la période transitoire de la consultation sur l'auto-détermination à l'indépendance éventuelle de l'Algérie. Cette autorisation est posée « jusqu'à la mise en place de l'organisation politique nouvelle éventuellement issue de l'autodétermination des populations algériennes », alors que le référendum d'auto-détermination, auprès des populations algériennes, est prévu, selon les déclarations gouvernementales du 19 mars 1962, dans un « délai minimum de trois mois et dans un délai maximum de six mois ». Il semble que la différenciation à faire pourrait porter sur l'évènement à l'origine de la fin de l'état transitoire qui, contrairement à l'état d'exception, est certain. La certitude de la fin du régime exceptionnel à l'issue d'un évènement qui doit advenir caractérise le régime transitoire. L'évènement à l'origine d'un état d'exception doit également, en principe, s'achever, mais il existe une incertitude forte quant au moment de l'achèvement de la situation de fait. L'état d'exception est d'ailleurs prévu pour une certaine durée et il est donc censé s'achever à une date déterminée mais, compte tenu de l'incertitude pesant sur la fin des circonstances exceptionnelles et dramatiques, l'état d'exception pourra être prorogé. La succession des lois de prolongement d'état d'urgence sanitaire en France[50], sans compter sur la loi qui en organise la sortie sans retour au droit commun[51], témoigne de cette incertitude. La fin n'est donc pas certaine, contrairement au régime transitoire, compte tenu des évènements qui en sont à l'origine et qui ne sauraient s'achever avec certitude.

S'il fallait donc, comme le titre de la contribution nous y invitait, se risquer à poser un concept d'état d'exception, celui-ci désignerait *un sous ensemble normatif de l'ordre constitutionnel en vigueur, disposant d'un mode de production de normes dérogatoire, les normes susceptibles d'être produites dans ce cadre pouvant intervenir sans restriction de domaine d'intervention pour autant qu'elles poursuivent la finalité qui justifie l'état d'exception, institué, de manière temporaire, pour faire face à une situation de fait exceptionnelle, par sa fréquence, et dramatique, par son intensité, au nom d'un motif impérieux supérieur*. C'est peut-être un peu long, trop imprégné d'éléments d'ordre matériel… et encore discutable[52], mais tel sera l'état de notre réflexion au moment de remettre cette contribution. Les limites éventuelles du concept méritent sans doute, déjà, d'être éprouvées dans la lecture qu'il nous invite à faire des « états d'exception » sous la V^{ème} République.

Article 2 : Jusqu'à la mise en place de l'organisation politique nouvelle éventuellement issue de l'autodétermination des populations algériennes, le président de la République peut arrêter, par voie d'ordonnances ou, selon le cas, de décrets pris en Conseil des ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 ».

50 La loi instituant l'état d'urgence sanitaire est la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, cet état d'urgence ayant été prorogé à trois reprises par la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire et la loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

51 Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

52 Certains éléments de la définition ne nous conviennent, en l'occurrence, pas totalement. Tel est le cas du critère lié à l'absence de restriction du domaine d'intervention ou de celui de la temporalité, ce dernier mériterait, peut-être, d'être explicité pour distinguer l'état d'exception des régimes transitoires ou encore, au risque d'une autocritique décrédibilisatrice de la pertinence du concept, celui de la référence à la finalité qui justifie l'état d'exception.

§ III – Éprouver le concept : quels états d'exception sous la V^{ème} République ?

À tous ceux qui ont tendance à réduire la portée heuristique des concepts à rendre compte du réel, il convient ici d'éprouver le concept posé, quelles qu'en soient les limites, à l'aune du réel qu'il est censé décrire. Qu'est-ce que le concept d'état d'exception nous dit du droit positif français des états d'exception ?

La question de l'identification d'un tel régime dans le droit positif français est loin d'être évidente alors qu'il existe une diversité des sources normatives à l'origine d'un état d'exception et que, selon les régimes exceptionnels existants, la classification dans la catégorie « état d'exception » pose question, en particulier sous l'angle de l'existence d'un sous-ordre normatif disposant d'un régime de production des normes dérogatoire.

La Constitution du 4 octobre 1958 prévoit ainsi de manière évidente un état d'exception avec *l'article 16*, la production des normes générales et abstraites étant concentrée aux mains du chef de l'État, toutes choses étant égales par ailleurs, pour le reste, l'article 35 évoque la *déclaration de guerre*, sans mentionner d'*état de guerre*, et l'article 36, l'*état de siège*, sans que l'on sache ce que recouvre cette expression. Du seul point de vue constitutionnel, l'identification des régimes pose question.

Sous l'angle législatif, le Code de la défense, le livre 1er intitulé « Régimes d'application exceptionnelle » sous sa partie 2 (Régimes juridiques de défense), est composé de 8 titres, dont un sur *la guerre*, un autre sur *l'état de siège*, que l'on retrouve ici explicité au niveau législatif, et un autre sur *l'état d'urgence*, ce que nous avons qualifié, jusque-là, d'*état d'urgence sécuritaire*, les autres livres renvoyant à des dispositifs militaires particuliers, qui sont exclus du champ du concept sans qu'il soit nécessaire d'en discuter. Pour peu que l'on se tourne ensuite, relativement intuitivement, en période d'urgence sanitaire, vers le code de la santé publique, le titre III, « Menaces et crises sanitaires graves », de la 3ème partie, comprend en particulier, pour ce qui nous intéresse, un chapitre sur les *menaces sanitaires* et un autre sur *l'état d'urgence sanitaire*. Il faut encore ajouter un régime jurisprudentiel, la *théorie* dite *des circonstances exceptionnelles*, appliquée par le juge administratif en période de guerre[53] ou à l'occasion de troubles, tels que ceux qu'il est convenu de qualifier d'« évènements d'Algérie »[54], qui traduit l'admission jurisprudentielle d'une légalité spécifique, plus souple, en période exceptionnelle. Enfin, la situation consécutive à la loi du 13 avril 1962, et le pouvoir que celle-ci confère au Chef de l'État pour intervenir par voie d'ordonnances dans les domaines législatif et réglementaire, a déjà été évoquée ; elle ne témoigne pas d'un état d'exception mais, plutôt, d'un régime transitoire, alors qu'une partie du territoire national a vocation à accéder à l'indépendance.

---

53 CE, 28 février 1919, *Dame Dol et Laurent* ; 28 juin 1918, *Heyriès*.

54 CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*.

Ces différents régimes identifiés[55], il convient de les lire à l'aune de la définition proposée de l'état d'exception.

L'*état de siège*, tel qu'il est prévu par le code de la défense[56], pour ce qui nous intéresse, exige un « péril imminent résultant d'une guerre étrangère » ou « une insurrection armée », il implique, une fois décrété, que « les pouvoirs dont l'autorité civile était investie pour le maintien de l'ordre et la police sont transférés à l'autorité militaire » et une compétence, sous certaines conditions des juridictions militaires. Le transfert de pouvoir à l'autorité militaire participe d'une modification des règles de production normative, alors que les règles générales et abstraites dans les domaines de l'ordre et de la police sont produites par une autre autorité que celle normalement compétente, même si les normes produites en ce domaine sont des normes réglementaires.

Le code de la défense fait référence à *la guerre*, dans le prolongement d'ailleurs de la Constitution, et non pas à *l'état de guerre*. En dehors des prescriptions constitutionnelles sur la *déclaration de guerre*, le code de la défense contient un chapitre relatif au « fonctionnement des pouvoirs publics », sans aucune disposition législative, et le chapitre 2, une disposition sur le transfert des compétences du maire au préfet en renvoyant à des dispositions du code général des collectivités territoriales[57]. Il n'existe donc aucune dérogation aux procédures de production des normes, seulement, de manière ponctuelle, une dérogation, limitée dans son étendue, aux compétences conférées aux maires. La guerre n'apparaît donc pas comme un état d'exception, ce qui ne manque pas, en l'occurrence, d'interpeller dans la mesure où, s'il existe une situation de fait exceptionnelle et dramatique indiscutable, la guerre apparaît comme étant, sans doute, la première d'entre elles. Ce moment n'en justifie pas, pour autant, un état d'exception. Le droit positif français ne fait donc pas de la guerre un motif justifiant la mise en place d'un état d'exception.

Il faut sans doute compléter cette présentation sur la guerre par la *théorie des circonstances exceptionnelles* qui apparaît comme une construction jurisprudentielle visant à admettre la légalité de dérogations au régime de production des normes, en période de guerre, les « évènements » d'Algérie pouvant être intégrés dans cette dernière catégorie. Il reste que la théorie des circonstances exceptionnelles n'est pas en elle-même un état d'exception mais, plus précisément, une théorie justificative d'un état d'exception autorisant de la part du juge une plus grande souplesse dans l'appréciation de la légalité. De manière plus substantielle, cette théorie permet la mise en place d'un état d'exception en dehors de toute habilitation normative. L'absence d'un état de guerre/état d'exception, aussi bien dans la Constitution que dans la loi, peut être compensée par une admission jurisprudentielle d'un état d'exception spontané grâce à cette théorie. La

---

55 Voir pour une étude détaillée et synthétique de ces différents régimes le rapport français, rédigé par A. Vidal-Naquet, à la XXXVI[ème] Table ronde internationale de justice constitutionnelle aixoise sur le sujet *L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire*, à paraître à l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2020, en septembre de cette année.

56 Art. L 2121-1 à 2121-8 du code.

57 Art. L 2112-1 à L 2113-2 du code.

position du Conseil constitutionnel sur les états d'urgence, sécuritaire et sanitaire, hors Constitution s'apparente à cette théorie des circonstances exceptionnelles, transposée au niveau du juge constitutionnel[58].

L'*état d'urgence sécuritaire*, prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, codifié dans le code de la défense, est susceptible d'être prononcé « 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 ». Il confère des pouvoirs spécifiques aux préfets, au ministre de l'intérieur et au gouvernement, susceptibles d'affecter plusieurs droits et libertés, en permettant ainsi que les « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » puissent être régis par des autorités administratives. L'état d'urgence sécuritaire crée un ordre normatif spécial.

Demeure encore *la menace sanitaire*, couverte par les articles L. 3131-1 à L 3131-11 du code de la santé publique, qui permet, en particulier, « en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie », au ministre chargé de la santé de « prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population ». Les circonstances exceptionnelles existent, mais la loi ne fait que conférer un pouvoir réglementaire particulier au ministre dans de telles circonstances ; il y a bien dérogation au principe selon lequel les ministres ne disposent pas de pouvoir réglementaire, mais dans une seule situation, celle couverte par la « menace sanitaire ».

Enfin, *l'état d'urgence sanitaire*, qui suit le régime précédent dans le code de la santé, confère des compétences particulières au premier ministre, énumérées par l'article L 3131-15, qui, en substance, lui permettent d'intervenir pour mettre en cause « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » et, en particulier, la liberté d'aller et venir, la liberté de manifestation, la liberté d'entreprendre. Les libertés affectées sont nombreuses et l'atteinte peut aller jusqu'à la privation totale de la liberté. La dérogation à la compétence législative est forte, au regard du transfert de la compétence législative pour réglementer des libertés publiques au premier ministre. Il faut ainsi voir un ordre normatif spécial, dérogatoire au droit commun.

De manière synthétique, parmi les régimes d'exception prévus par le système juridique, il n'est en que quatre qui correspondent au concept posé d'état d'exception : l'état de siège, l'article 16 de la Constitution, l'état d'urgence sécuritaire et l'état d'urgence sanitaire.

---

58 Voir pour une lecture critique de l'existence éventuelle d'une « théorie » des « circonstances particulières » utilisée par le Conseil constitutionnel : J. Jeanneney, « La non-théorie des « circonstances particulières » », *AJDA*, 2020, p. 843.

Faute de conclusion véritable, contentons-nous d'un aphorisme synthétique : du *nom* à l'*extension*, en passant par l'*intension*, telle a été présentée ici *une* lecture juridique du concept d'état d'exception.