

Rapport introductif : Les trois âges de l'état d'exception

François Saint-Bonnet

Citer ce document / Cite this document :

Saint-Bonnet François. Rapport introductif : Les trois âges de l'état d'exception . In: Annuaire international de justice constitutionnelle, 36-2020, 2021. L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés? *Du terrorisme à l'urgence sanitaire* - L'opinion publique aujourd'hui. *Regards pluridisciplinaires*. pp. 91-98;

doi : <https://doi.org/10.3406/aijc.2021.2893>

https://www.persee.fr/doc/aijc_0995-3817_2021_num_36_2020_2893

Fichier pdf généré le 06/04/2022

TABLE RONDE
L'ÉTAT D'EXCEPTION,
NOUVEAU RÉGIME DE DROIT COMMUN
DES DROITS ET LIBERTÉS ?
Du terrorisme à l'urgence sanitaire

LES TROIS ÂGES DE L'ÉTAT D'EXCEPTION

Rapport introductif

*François SAINT-BONNET**

Les apparences portent à croire que nous vivons, dès la séquence 2015-2017 et *a fortiori* depuis mars 2020, dans le troisième âge de l'état d'exception. Un temps à part qui porte les stigmates d'une légalité *dégradée* que ceux qui gouvernent autant que ceux qui les contrôlent s'efforcent toutefois de présenter comme conforme aux exigences de l'État de droit. Une telle démonstration suppose bien des concessions envers les principes, des renoncements aux dogmes, des compromis voire des compromissions.

Mais avant de décrire ce dernier âge, il importe de revenir sur ceux qui l'ont précédé. On qualifiera le premier de temps du pur état de nécessité, en ce que les protagonistes ne cherchaient guère à donner des formes légales à la gestion du péril (I). Le deuxième est celui de la légalité d'exception : l'action des pouvoirs publics y est présentée comme conforme à la constitution ou à la loi au prix de la reconnaissance d'un droit (tacite) de l'État à sa propre sauvegarde, susceptible de justifier la suspension des limites juridiques qui le brident en temps de calme (II). Cette époque est révolue. Aujourd'hui l'heure est à ce que l'on désignera faute de mieux – et en assumant l'oxymore – comme celle de l'acclimatation de l'État de droit à l'état d'exception (III).

I.- LE TEMPS DU PUR ÉTAT DE NÉCESSITÉ

Jusqu'au milieu du XIX^e siècle, quand l'État se trouvait en péril et que le respect des règles limitatives du pouvoir nuisait à l'efficacité ou à la célérité de telle de leurs actions, les autorités politiques sortaient tout bonnement des limites de la légalité *lato sensu*. Les institutions se voyaient-elles attaquées par des opposants, le

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II.

territoire investi par l'ennemi, la communauté politique en proie à la guerre civile, les forces civiles ou – le plus souvent – l'armée prenaient les choses en main aux prix d'un déferlement de puissance voire de violence. On agissait en marge du droit, sa marge *extérieure* s'entend.

Après avoir rétabli la situation, on invoquait une sorte de « pardon » en recourant à des arguments en forme de maximes¹. Quand on aspirait à une indulgence *juridique*, on sollicitait des adages hérités de l'antiquité tels que *necessitas facit legem* (nécessité fait loi), qui suggère que la nécessité est une autre loi mais une loi quand même ou *salus populi suprema lex esto* (le salut du peuple est la loi suprême²), qui érige la sauvegarde de la communauté politique en principe supérieur³. On pouvait faire l'impasse sur la mansuétude juridique pour lui préférer une absolution plus *politique*. On excipait alors cet argument définitif : *necessitas legem non habet* (nécessité n'a point de loi), autrement dit, les mesures qui s'imposaient pouvaient bien avoir été illégales et le demeurer, mais il avait fallu agir ainsi pour de bonnes raisons politiques⁴.

Cette logique du pur état de nécessité n'avait pas que des inconvénients. Puisque les autorités ne pouvaient guère se prévaloir de la légalité au moment où elles agissaient, elles se hâtaient d'y revenir dès que les résultats escomptés étaient obtenus : les états d'exception n'en étaient que plus brefs. En outre, le moment de basculement dans l'illégalité étant soudain et brutal, la distinction entre le normal et l'exceptionnel se dessinait avec netteté. Dès lors, on évitait toute pollution du droit des circonstances paisibles par l'exception. Enfin, puisqu'il n'était pas acquis que soit les juridictions refuseraient d'exercer leur contrôle (théories des mobiles politiques et des faits de guerre), soit que la grâce politique *a posteriori* serait obtenue, les acteurs devaient faire davantage d'efforts pour veiller à la réalité du péril et discerner sur les modalités de l'action pour y faire face. Ce dernier argument doit toutefois être nuancé par le fait que les juridictions comme les assemblées se sont très rarement montrées suspicieuses à l'égard des exécutifs en proie à des états de nécessité ; ou plutôt, lorsqu'elles l'ont été, ce fut moins pour des critères touchant à son appréciation que pour des motifs d'animosité politique. Le placement de Paris en état de siège le 28 juillet 1830, discutable mais non formellement illégal, fut reproché aux ministres de Charles X lors de leur procès sous la monarchie de Juillet pour des raisons qui ne sont pas toutes désintéressées ; malheur à celui qui échoue face à la sédition intérieure faisant des anciens insurgés les futurs maîtres du gouvernement⁵.

Le pur état de nécessité n'avait pas, non plus, que des vertus. Au moment où les forces de l'ordre – des détachements militaires, bien souvent – agissaient, elles ne

1 Il arrivait que l'on s'en préoccupe avant, comme lors du débat relatif à la déclaration de la « patrie en danger » qui oppose Condorcet et Brissot les 6 et 9 juillet 1792 (voir notre ouvrage, *L'État d'exception*, Paris, Puf, 2001, p. 295 sq.).

2 Pierre-Athanase TORNÉ, lors du débat de juillet 1792, adopte cette position : peu importe que les mesures extraordinaires soient contraires au texte de la constitution : « la vraie Constitution d'une nation près de périr est tout entière dans ces mots : *le salut du peuple est la loi suprême* » (*Archives parlementaires*, séance du 5 juillet 1792, p. 140).

3 Les états de siège mis en place contre des ennemis intérieurs (état de siège « politique ») ont souffert, jusqu'à la loi de 1849, d'une quasi-absence de base légale, sinon la bien imprécise loi du 10 fructidor an V (27 août 1797). Voir sur ce point, Sébastien LE GAL, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime – Révolution)*, thèse dactyl., Lyon, 2011, p. 275 sq.

4 Telle est la position de DUGUIT dans son *Traité de droit constitutionnel*, t. 3, 2^e éd., Paris, De Boccard, 1923, p. 700.

5 Voir le *Procès des derniers ministres de Charles X, devant la Cour des Pairs, en décembre 1830*, Lyon, Pitrat, 1831.

pouvaient guère se prévaloir de la légalité pour justifier leurs entreprises, or pouvoir mettre en avant la vigueur de la loi n'est jamais inutile quand on aspire à être obéi, en particulier si l'on piétine des libertés. Au contraire, elles risquaient de se voir opposer le droit de résistance à l'oppression, comme ce fut le cas lors des *Trois glorieuses*. Tandis que le roi pensait que l'article 14 de la Charte offrait une assise juridique aux ordonnances liberticides du 25 juillet 1830, les journalistes et le peuple les considérèrent comme des abus de pouvoir, des violences politiques exercés contre eux. Ils estimèrent que le bon droit était du côté des barricades. Une sorte de légitime défense dont s'empare la société contre le régime en place. Bref, le pur état de nécessité souffre d'une sorte de fragilité native, de fébrilité congénitale – parfois salutaire, on vient de le voir – à l'égard de ceux sur qui il s'abat. Mais aussi à l'égard de ceux qui sont censés en être les instruments : les fonctionnaires, fussent-ils chargés de l'ordre public, sont-ils tenus d'obéir à des commandements illégaux ? La jurisprudence puis la loi trancheront après la Seconde Guerre mondiale : nul ne sera tenu d'exécuter des ordres *manifestement* contraires à la loi et de nature à nuire *gravement* à un intérêt public⁶.

II.- L'ÉPOQUE DE LA LÉGALITÉ D'EXCEPTION

Même si le *terminus a quo* de ce deuxième âge peut être situé à l'adoption de la loi, toujours en vigueur, du 9 août 1849 relative à l'état de siège, il plonge en réalité ses racines dans la Révolution. L'idée est très simple : le fait que les pouvoirs publics agissent en dépit ou au mépris de la légalité est désormais perçu comme insupportable. Il faut mettre fin à l'arbitraire. Dès lors, s'il faut agir avec une vigueur extraordinaire en certaines circonstances, il n'est pas question de tolérer le brouillard de la raison d'État, l'incertitude des décisions opaques adoptées dans quelque cabinet secret ou état-major particulier. Les mesures les plus hardies peuvent être acceptées, à la condition *sine qua non* qu'elles se conforment à la loi. On s'oriente donc vers l'adoption de législations d'exception ; des textes qui encadrent les pouvoirs spéciaux dont dispose le pouvoir exécutif, et en particulier sa branche militaire.

Du point de vue théorique, il s'agit d'admettre que « nécessité fait loi », non pour justifier *a posteriori* une action qui eût semblé illégale en temps de calme, mais lors de l'adoption d'un dispositif fixant un cadre spécialement prévu pour le temps de péril, que ce soit longtemps avant, en période de calme⁷, ou au moment même où le danger s'avère imminent⁸. Il va de soi qu'un véritable débat n'est possible que dans l'hypothèse d'une anticipation du législateur, non quand il est acculé par les événements et que les arguments d'autorité viennent tarir ne serait-ce qu'une ébauche de controverse. Quand un dirigeant politique est au pied du mur, qu'il doit

6 Conseil d'État, sect., 10 novembre 1944, *Langneur*, Rec. p. 248 ; Conseil d'État, 4 janvier 1964, *Charlet et Limonier*, Rec. 1 ; Article 28 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. Il n'est déchargé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés.* »

7 Tel est le cas, quasi unique, du grand débat de 1849, annoncé dès novembre 1848 dans l'article 106 de la constitution (« Une loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré, et réglera les formes et les effets de cette mesure »).

8 Les exemples sont nombreux, ne retenons ici que les « événements » d'Algérie prennent l'allure d'une véritable guerre civile. Sur la genèse de ce texte, voir Olivier BEAUD et Cécile GUÉRIN-BARGUES, *L'État d'urgence. Étude constitutionnelle, historique et critique*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2018.

faire face à une guerre étrangère, à une sédition de quelque ampleur ou à une épidémie ravageuse, toute voix discordante apparaît soudain comme celle d'irresponsables fauteurs d'irénisme, si ce n'est de traîtres putatifs. Que l'on se souvienne des articles publiés par Joseph Barthélémy dans la *Revue du droit public* pendant la Première Guerre mondiale : le juriste pointait avec rigueur toutes les illégalités commises par le gouvernement quand le citoyen, presque gêné, s'empressait de rappeler qu'il ne saurait critiquer ces « mesures excellentes »⁹.

Avant 1849, il y avait bien eu la loi des 8 au 10 juillet 1791 « concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs ». Elle prévoyait que les forteresses seraient placées dans trois situations possibles : l'état de paix, l'état de guerre, l'état de siège. En cette dernière hypothèse, l'intégralité des pouvoirs détenus par les autorités civiles dans ses alentours était abandonnée au commandant militaire de la place, lequel pouvait faire bon marché du droit de propriété et de la liberté d'aller et venir des habitants. Ce texte relève-t-il de la catégorie « légalité d'exception » ? Il y a de bonnes raisons de plaider pour l'affirmative car il permet de transférer nombre de missions aux autorités militaires lorsque l'ennemi est présent, et cela en suspendant plusieurs droits et libertés en principe protégés. Mais l'opinion inverse peut être soutenue car, dans le monde westphalien, le conflit est, pour ces zones frontalières, comme une vocation « normale ». Quand la guerre survient, il n'y a pas d'état d'exception ou d'évidente nécessité, car tout y est conçu, par des ingénieurs militaires dont c'est le métier, pour la défense. Le vacarme du feu et le son du canon n'y sont qu'une actualisation d'une potentialité, si l'on peut dire, permanente.

Cette loi a été utilisée, dès la Révolution, pour mater des séditions intérieures. Pour combler le fossé entre le dispositif de ce texte et l'interprétation extrêmement extensive qui en a été donnée, consistant à assimiler des insurgés à des ennemis, il a fallu argumenter : l'évocation de la nécessité – un état de siège « fictif » – fut un précieux secours mobilisé par des gouvernants, spécialement sous la Terreur, à la recherche de quelque assise juridique à leur action¹⁰. Puisqu'il faut encore « prouver » que l'application de cette loi de 1791 est pertinente pour combattre des troubles intérieurs, il n'y a pas lieu de ranger la pratique de cette époque dans la catégorie de la légalité d'exception : cette séquence s'ouvrira avec l'adoption de la loi sur l'état de siège. On demeure dans les limbes du pur état de nécessité.

Un nouvel âge de l'état d'exception est véritablement inauguré en 1849. On observe alors un véritable dédoublement législatif – soit techniquement un régime de dérogation (deux règles) et non d'exception¹¹ *stricto sensu* (une règle et un néant) – introduisant, à côté de la légalité normale, une authentique légalité d'exception en « cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure » (version de 1849) ou résultant « d'une guerre étrangère ou d'une insurrection à main armée » (version révisée de 1878, et article L2121-1 du Code de la défense en vigueur). Le basculement dans cette autre légalité est décidé par l'exécutif en Conseil des ministres, qui doit indiquer limitativement les zones placées sous un tel régime,

9 Voir notre article, « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La Grande Guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception », dans *Jus politicum, revue de droit politique*, N° VII, 2016, p. 87-105 (<http://juspoliticum.com/article/L-abnegation-des-hommes-le-sacrifice-de-la-legalite-La-Grande-Guerre-et-l-impossible-naissance-d-un-droit-administratif-d-exception-1064.html>).

10 Voir la thèse de Sébastien LE GAL, *Origines de l'état de siège en France (Ancien Régime – Révolution)*, *op. cit.*, p. 274 *sq.*

11 De *ex capere*, ce qui est « hors de prise ».

mais la prolongation, au plus tard après 12 jours, est abandonnée à la représentation nationale (loi de prorogation). Ce type de dispositif sera enrichi par la loi de 1955 relative à l'état d'urgence (calqué sur l'état de siège mais sans transfert des pouvoirs de police aux autorités militaires) et par l'article 16 de la constitution en 1958.

Ces mécanismes ont pour avantage de permettre aux autorités d'agir en toute légalité alors même qu'elles contreviennent aux droits et libertés reconnus aux citoyens en temps normaux. Elles ne s'exposent pas, en principe au moins, aux risques de désobéissance des agents de l'État ou de résistance des citoyens. En pratique, tout reste évidemment possible. Deux inconvénients toutefois viennent entacher cette belle invention juridique. D'un point de vue théorique, on estime conforme au droit ce qui n'est conforme qu'à la loi, il faut donc soit n'attacher que peu de prix juridique aux droits et libertés constitutionnellement déclarés ou proclamés (ce qui est possible dans « l'État légal »¹², qui ignore les contrôles de constitutionnalité et de conventionalité), soit ne leur prêter qu'une valeur conditionnelle, la condition étant que l'État ne soit pas en danger. D'un point de vue pratique, ces législations s'avèrent parfois malcommodes. Puisqu'elles portent atteinte à des droits et à des libertés, elles devraient s'interpréter strictement. C'est d'ailleurs la raison d'être de l'article 11 de la loi de 1849 : « Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents ». Or, le législateur d'exception, pas plus que le législateur des temps normaux, ne peut tout prévoir : par définition, les crises à venir peuvent prendre des formes inédites.

Pour faire face à des situations nouvelles, ignorées du texte, deux solutions s'offrent aux pouvoirs publics : interpréter extensivement une législation d'exception au point de lui faire dire ce qu'elle ne dit pas (par exemple, en ordonnant la fermeture d'un débit de boissons « jusqu'à nouvel ordre » au motif que les réunions « de nature à exciter ou à entretenir le désordre » pouvaient être interdites en vertu de la loi relative à l'état de siège, ce que le Conseil d'État accepta sans sourciller¹³) ou bien agir en dépit de la légalité, comme dans le pur état de nécessité¹⁴ (par exemple, en plaçant d'office à la retraite un général sans lui en avoir notifié les motifs, ce qu'exige la loi, au motif que la mesure était « commandée par les circonstances »¹⁵). Qu'elle soit insuffisante ou qu'elle ne couvre pas tout le spectre des mesures nécessaires, la législation d'exception a été pragmatiquement complétée par le juge administratif qui a développé la jurisprudence dite des circonstances exceptionnelles, laquelle est censée combler ses « lacunes »¹⁶.

Dans tous ces cas, le Conseil d'État fait sienne la version juridique de la justification du pur état de nécessité : *necessitas facit legem*, en dépit de ce qu'en pense le législateur et au mépris de la hiérarchie des normes. Au passage, on a perdu – pour

12 Marie-Joëlle REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1870-1914*, Paris, Economica, 1992.

13 CE, 6 août 1915, *Delmotte et Senmartin*, concl. Corneille, rec. p. 275.

14 Voir *supra*.

15 CE, 30 juillet 1915, *Général de division Verrier*, rec. p. 257 sq.

16 La théorie des lacunes a été développée par André Mathiot en 1956 (André MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles dans l'évolution du droit public », dans *L'Évolution du droit public. Études offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 413-428). Il justifie cette jurisprudence en expliquant que le législateur n'ayant pu envisager tous les périls auxquels serait confronté le pays, le juge administratif ne vient que combler ces carences, qui eussent été assurément couvertes par le parlement s'il avait pu les prévoir. On peut aussi considérer qu'il n'y a pas la moindre insuffisance puisqu'il y a bien une loi applicable : elle est en réalité créée par le juge qui vient ensuite la combler. Il ne ferait que se substituer au législateur, ce qui n'est en rien son office.

la partie non couverte par la législation d'exception – ce qui était son avantage principal : pouvoir se prévaloir de la légalité au moment où l'on agit car le Conseil d'État n'avalise l'action de l'administration que postérieurement. Il faut aussi préciser que le juge administratif ne donne pas un quitus sans discussion à l'administration quand celle-ci invoque un péril. Un curé prêchait avec virulence et bien peu de neutralité en période électorale à la fin du XIX^e siècle. En vertu du régime concordataire, le ministre des cultes le priva de traitement. L'intéressé s'en plaignit au juge. En défense, l'administration estima que cette décision relevait de la catégorie des actes de gouvernement, à ce titre insusceptible d'être contestés par la voie contentieuse. Le commissaire du gouvernement Gauvain ne l'entendit pas ainsi : « en cas de péril extrême, quand l'existence même du pays est menacée, on conçoit que toute autre préoccupation que celle de l'intérêt public disparaisse pour un instant. C'est le cas alors de s'écrier comme à Rome : *Salus populi suprema lex esto*. Mais l'abbé Sailhol n'avait pas créé de péril semblable » car « surveiller les ecclésiastiques, dénoncer leurs écarts, les réprimer par des moyens légaux, c'est affaire, non de gouvernement, mais d'administration journalière ». Il sera suivi sur la recevabilité de la requête, non sur le fond¹⁷.

Qu'elle dérive de législations d'exception ou *a posteriori* de la jurisprudence du Conseil d'État, la légalité d'exception ne résout pas tous les problèmes que posait le pur état de nécessité. Elle en crée de nouveaux, à commencer par une hiérarchie des normes qui subit quelques entorses et un juge administratif qui conçoit son office de façon bien extensive, puisqu'il donne raison à l'exécutif contre le législateur alors qu'il est là pour s'assurer que les actes du premier se conforment aux normes édictées par le second. L'entrée dans l'âge de l'État de droit permet-elle de réaliser un réel progrès ?

III.- L'ACCLIMATATION DE L'ÉTAT DE DROIT À L'ÉTAT D'EXCEPTION

Le phénomène d'acclimatation suppose de s'adapter, de s'accoutumer à un nouveau milieu. Cela passe par des modifications plus ou moins importantes de l'organisme qui la réalise avec succès. La question est donc de savoir si l'état d'exception s'est acclimaté à son nouveau milieu, l'État de droit ou si c'est l'État de droit qui a dû s'accoutumer à l'état d'exception. Les sceptiques penchent pour la seconde branche de l'alternative quand les dévots restent confiants dans la première.

Depuis les années 2000, la gêne des pouvoirs publics à agir hors des rets de la légalité s'est fortement renforcée. Si les agents du pouvoir demeurent globalement dociles – les cas de désobéissance demeurent rares ou prennent des formes légales comme le droit de retrait – les citoyens sont de moins en moins prêts à obtempérer aux injonctions de l'État quand les atteintes à leurs libertés ne sont pas revêtues du sceau de la légalité, de la constitutionnalité ou de la conventionalité. Phénomène auquel il faut ajouter que les citoyens et les acteurs politiques se sont vu offrir de nouvelles voies de recours : pour l'essentiel, les référés administratifs de la loi du 30 juin 2000 et la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) de l'article 61-1 de la Constitution entrée en application en 2010.

À l'occasion de plusieurs prorogations-modifications de l'état d'urgence de la loi de 1955 entre 2015 et 2017, des citoyens n'ont pas manqué, à cinq reprises, de contester leur constitutionnalité à l'occasion de QPC portant sur les assignations à

17 CE, 1^{er} février 1889, *Abbé Sailhol*, concl. Gauvain, rec. p. 118 sq.

résidence, les mesures de police des réunions et les perquisitions et saisies¹⁸. Il en a été de même des lois de prorogation successives de l'état d'urgence sanitaire issu de la loi du 23 mars 2020. On remarquera ici que les citoyens (ou plutôt, des associations de protection des droits de l'homme) se sont montrés moins dociles que les parlementaires qui ont accepté de ne pas saisir *a priori* le Conseil constitutionnel, sur demande instante du Premier ministre le 20 novembre 2015¹⁹. Dans un autre cas, c'est le Président de la République lui-même qui a saisi *a priori* le Conseil constitutionnel²⁰, non pour obtenir la censure des dispositions de la législation d'exception, mais pour s'assurer du soutien juridique d'un aréopage de Sages.

On mesure les progrès de l'État de droit notamment au fait que lorsque les responsables politiques ne jugent pas opportun de solliciter le Conseil constitutionnel avant l'entrée en vigueur de la loi, il peut l'être après. Certes de manière différée, mais il l'est tout de même si la Cour de cassation ou le Conseil d'État estiment que la question mérite renvoi.

Le juge d'aujourd'hui, plus fréquemment sollicité, raisonne-t-il comme celui de jadis ou de naguère ? Considère-t-il que nécessité sécuritaire ou nécessité sanitaire fait loi ? Sa manière d'envisager les choses prend un tour d'apparence plus technique, plus précis, plus méticuleux. Il réalise le fameux triple test : la disposition est-elle adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. Chacun de ces critères, pris isolément, comporte sa part d'arbitraire, d'incertitude, d'insécurité juridique mais leur conjonction habilite la décision rendue des atours d'une juridicité, toujours discutable ou contestable, mais nullement incongrue. À l'âge de l'État de droit, on renonce à l'adage « nécessité fait loi », trop brutal, pour lui préférer « adaptation + nécessité + proportionnalité fait loi », plus raffiné, plus délicat.

Ce triple test a la caractéristique d'être celui-là même que réalise – état d'exception ou non – le juge, qu'il soit constitutionnel ou administratif, invité à apprécier la constitutionnalité ou la légalité de tout acte venant porter atteinte à une liberté publique. Un tel constat peut être regardé de deux manières. Si l'on se montre optimiste, on jugera que les mesures d'exception font l'objet d'un contrôle aussi rigoureux et exigeant que celles qui ne le sont pas : l'État de droit serait d'autant mieux garanti que les atteintes aux droits et libertés demeureraient sous le contrôle d'un juge aussi scrupuleux qu'en période « normale ». (Cette thèse pourrait être avancée de manière plus assurée si l'argumentation des juges était, parfois, davantage développée.) On peut aussi faire preuve de pessimisme en considérant qu'au fond, état d'exception ou pas, les libertés publiques sont toujours à la merci des circonstances (faisant d'elles une variable d'ajustement opposant peu de résistance) et que les atteintes les plus graves qui peuvent y être portées n'en sont pas moins regardées, présentées, comme parfaitement conformes à la constitution, à

18 Voir sur ce point Jean-François de MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 54, janvier 2017 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-urgence-et-le-conseil-constitutionnel>).

19 Manuel Valls déclara devant le Sénat le 20 novembre 2015 : « Je suis extrêmement dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel. {Il} y a toujours un risque à saisir le Conseil constitutionnel. Si le Conseil répondait que la loi révisée est inconstitutionnelle sur un certain nombre de points, sur un certain nombre de garanties apportées, cela peut faire tomber 786 perquisitions et 150 assignations à résidence déjà faites. Il y a y compris des mesures qui ont été votées hier à l'Assemblée nationale – je pense à celle sur le bracelet électronique, je suis dans la transparence – qui ont une fragilité constitutionnelle » (nous soulignons).

20 Le 9 mai 2020. Voir la décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

l'État de droit. Un État de droit qui doit sa survie sémantique à une singulière malléabilité conceptuelle.

Il me semble toutefois que par-delà ces perceptions, l'utilisation des mêmes modalités de contrôle pour les mesures d'exception et celles qui ne le sont pas accrédite la thèse de l'état d'exception permanent, de l'indistinction entre ce qui relève de l'urgence, du péril, de l'évidente nécessité et qui ressortit à l'examen serein, pesé, méticuleux des périodes de calme. Si l'état d'exception n'est nulle part, parce qu'il fait l'objet du même contrôle que l'état normal, il y a des raisons de penser qu'il est partout.

Il n'est pas exclu qu'il serait plus satisfaisant, en termes d'égards pour les droits et libertés, de distinguer à nouveau plus nettement état d'exception et état normal²¹ en restaurant au contrôle exercé sur les législations d'exception sa part irréductible de politique : par un débat plus libre et plus ardent au sein des chambres comme dans la société *via* la presse notamment. Au fond, le contrôle juridictionnel systématique exercé sur les législations d'exception de ce troisième âge est peut-être une sorte de puissant antidépresseur couplé à un vigoureux somnifère pour des citoyens que l'on retrouve groggy, passifs, éteints alors que l'état d'exception devrait être l'occasion d'un surcroît de vigilance, d'éveil, de réel civisme.

21 Voir notre analyse, « De la banalisation des états d'urgence », sur le site *JP Blog* (<https://blog.juspoliticum.com/2021/01/09/de-la-banalisation-des-etats-durgence-par-francois-saint-bonnet/>)