

## Le contrôle de l'état d'exception

Théo Brillanti

### I. Objectifs de la première année de recherche

- Proposer une définition de l'état d'exception qui soit exploitable pour observer le droit positif par son prisme ;
- Recenser les états d'exception prévus dans les dispositions constitutionnelles de la plupart des États
- Étudier la jurisprudence sur l'état d'urgence et notamment l'état d'urgence sanitaire pour envisager la perspective d'un contrôle de l'état d'exception (déclaration, prorogation) et dans l'état d'exception (mesures attentatoires aux libertés).

### II. État des recherches

#### *A) Essai de définition de l'état d'exception*

Il semble que l'on puisse appréhender l'état d'exception comme étant **un régime juridique de suspension ou de dérogation temporaire aux conditions ordinaires de production des normes<sup>1</sup>, visant à mettre un terme à une situation de fait qui est qualifiée d'exceptionnelle<sup>2</sup>.**

Il convient de préciser que la situation de fait qui donne lieu au recours à l'état d'exception<sup>3</sup> est considérée comme de nature à menacer la pérennité de l'État et de l'ordre juridique, tandis que la décision d'y recourir et la procédure qui l'instituent sont considérées comme nécessaires pour en assurer la sauvegarde. Plus simplement, les motifs de recours à l'état d'exception relèvent de la survenance de la situation de fait qualifiée d'exceptionnelle, tandis que l'objectif de celui-ci est de mettre fin à cette situation en vue de sauvegarder et préserver l'État. C'est donc une situation purement factuelle qui motive le changement de conditions de production des normes par le biais d'une opération de qualification juridique de ces faits. Cette qualification d'une situation exceptionnelle doit toutefois être entendue au sens d'inhabituelle et anormale, et non au sens de l'exception à un principe ou à une règle<sup>4</sup>.

La différence exprimée plus haut entre dérogation et suspension implique que l'on puisse envisager deux types d'états d'exception, en distinguant un état d'exception suspensif d'un état d'exception dérogatoire en fonction du degré d'atteinte aux conditions de production des normes accordé aux pouvoirs publics face à la situation de crise. Notre postulat de départ vise à différencier la suspension, impliquant la « mise hors de vigueur provisoire<sup>5</sup> » et la « cessation des effets<sup>6</sup> » des conditions de production des normes, de la dérogation — qui permet uniquement à l'autorité d'écarter l'application de certaines conditions « sur la base de motifs qu'elle apprécie<sup>7</sup> » — sans pour autant entraîner sa mise hors de vigueur :

- **L'état d'exception suspensif** met fin aux conditions habituelles de production des normes (substantielles comme formelles) au profit de l'autorité habilitée par le droit positif qui a toute latitude aussi bien dans la déclaration de l'état d'exception que dans les mesures qu'elle choisit d'adopter pour mettre fin à la crise qu'elle a elle-même défini en tant que telle. En des termes plus simples, lorsqu'un état d'exception suspensif est prononcé, les conditions habituelles d'édition des

<sup>1</sup> X. MAGNON, « Le concept d'état d'exception », RDP, 2021

<sup>2</sup> M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, Paris, 2011, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », p. 102 : « l'état d'exception est la situation qu'une autorité compétente décide de qualifier d'état d'exception ».

<sup>3</sup> F. SAINT-BONNET parle de « moment d'exception » qui force le chef de l'État à recourir à l'article 16 de la Constitution dans son article « L'article 16 et les antagonismes constitutionnels issus de la Révolution », 28 *GIORNALE di Storia Costituzionale* 99 (2014)

<sup>4</sup> Conformément à la distinction opérée par Céline GUEYDAN dans l'introduction de sa thèse entre *anormal* et *a-normal*, p. 73 §138

<sup>5</sup> C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Publié en 1928, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> édition, 2013 p. 239

<sup>6</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2020, p. 999 « suspension ».

<sup>7</sup> F. SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », Dictionnaire de la culture juridique, D. Alland et S. Rials (dir.), Paris, Lamy-PUF, coll. « Quadrige », 2003, pp. 673-674.

normes ne sont plus en vigueur au sein de l'ordre juridique, et ce jusqu'à ce que l'autorité compétente pour le proclamer considère que son application n'est plus nécessaire car la situation de fait qui en justifiait l'application n'a plus cours. La Constitution étant alors suspendue, seules les conditions de production des normes prévues dans le régime d'exception sont en vigueur et trouvent à s'appliquer. À partir de cette lecture, on peut envisager d'inclure parmi les états d'exception suspensifs le régime issu de l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, l'article 110 de la Constitution algérienne portant sur l'état de guerre<sup>8</sup>, ou encore de l'article 59 de la Constitution du Burkina-Faso<sup>9</sup> ou de l'article 116 de la Constitution du Burundi<sup>10</sup>.

- **L'état d'exception dérogatoire** vise à écarter certaines règles de production des normes sans pour autant les mettre hors de vigueur et sans cesser de les appliquer pour les cas qui ne relèvent pas de la situation de fait justifiant le recours à l'état d'exception. À ce titre, l'application de l'état d'urgence (sécuritaire ou sanitaire) en France n'exclut pas que le législateur doive respecter les droits et libertés constitutionnellement garantis (même si les conciliations avec les objectifs justifiant le recours à l'état d'exception leur sont défavorables) et il n'est pas permis aux autorités d'adopter des normes en dehors du cadre de la séparation des pouvoirs<sup>11</sup> là où, dans l'hypothèse de l'article 16, les mesures prises par le président de la République concentrent les compétences législative et réglementaire sans possibilité d'être constitutionnellement sanctionnées. Comme le résume le Professeur François SAINT-BONNET, « la dérogation n'empêche pas l'existence de la règle, mais son efficacité est affectée par les circonstances exceptionnelles<sup>12</sup> ». En ce sens, l'état d'exception dérogatoire permet un aménagement des conditions de production normative de droit commun là où l'état d'exception suspensif met fin temporairement à leur applicabilité.

Cette distinction entre état d'exception suspensif et état d'exception dérogatoire relève à la fois des conclusions tirées d'une étude du discours sur l'état d'exception et de celles tirées de l'étude du droit sur l'état d'exception :

Concernant le discours, deux approches nous ont particulièrement interpellé, celles des professeurs Michel TROPER et Gilles LEBRETON. Le Professeur TROPER établit ainsi une distinction entre les dispositions d'exception qui « se substituent complètement à la constitution pour période ordinaire » et celles qui « laissent subsister et fonctionner, au moins partiellement, la constitution ordinaire »<sup>13</sup>. Il y a donc une différence de degré entre deux types d'états d'exception selon que les conditions de production des normes qu'ils prévoient remplacent complètement celles qui sont prévues pour les temps ordinaires et les cas où ils ne constituent qu'un simple aménagement de ces conditions. Cette idée se retrouve également dans les mots du Professeur LEBRETON qui distingue entre urgence et salut public, la première relevant de « la justification d'une légère augmentation de pouvoirs ou d'une

---

<sup>8</sup> Constitution de l'Algérie - Art. 110 : « Pendant la durée de l'état de guerre, la Constitution est suspendue, le Président de la République assume tous les pouvoirs. »

<sup>9</sup> Régime juridique similaire à l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *When the Institutions of Faso, the independence of the Nation, the integrity of its territory or the execution of its obligations are menaced in a grave and immediate manner and/or that the regular functioning of the public constitutional powers is interrupted, the President of Faso takes, after deliberation in the Council of Ministers, after official consultation of the Presidents of the National Assembly and of the Constitutional Council, the measures required by the circumstances. He informs the Nation of it by a message. In no case, may he make an appeal to foreign armed forces to intervene in an internal conflict. The National Assembly may not be dissolved during the exercise of exceptional powers.* »

<sup>10</sup> Régime juridique similaire à l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *When the institutions of the Republic, the independence of the Nation, the integrity of the territory or the execution of international engagements are threatened in a serious and immediate manner, and so that the regular operations of public powers is interrupted, the President of the Republic can proclaim by decree a state of exception and take all the measures demanded by the circumstances, after official consultation with the Government, the Bureaux of the National Assembly and of the Senate, the National Security Council, and the Constitutional Court. He informs the State of this state of exception by route of message. These measures must be motivated by the will to assure the constitutional public powers, in the shortest time period, the means to accomplish their mission. The Constitutional Court is consulted in this subject. The Parliament cannot be dissolved during the exercise of exceptional powers.* »

<sup>11</sup> C. PETIT, *Protéger : l'obligation du chef de l'État. Comment échapper au prétendu dilemme entre efficacité autoritaire et impuissance libérale ?*, Collection des thèses, Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, à propos de la « contingency law », état d'exception non constitutionnalisés en Norvège, qui selon l'auteur « réorganise la séparation des pouvoirs en période de nécessité ».

<sup>12</sup> F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, Paris, 2001, p. 16

<sup>13</sup> M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, Léviathan, Paris, 2011, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », p. 107

accélération des procédures » tandis que le second « bouleverse » et marque « la mise à l'écart provisoire de la légalité ordinaire en période de crise »<sup>14</sup>.

Concernant le droit sur l'état d'exception, il s'agissait d'observer les dispositions constitutionnelles consacrant un état d'exception dans les Constitutions de nombreux États. Ces recherches ont été réalisées par le biais du site <https://www.constituteproject.org> en utilisant les mots clés « emergency », « State of emergency », « State of war », « State of exception » et le filtre « Emergency provisions ».

170 Constitutions répondent à l'emploi de ces mots clés, et à ce jour 70 ont été consultés et leurs dispositions constitutionnelles d'exception ont été analysées selon la grille de lecture suivante :

- L'autorité compétente pour déclarer l'état d'exception ;
- L'exigence d'une consultation d'autres autorités préalablement à la déclaration ;
- L'exigence d'une approbation par les assemblées parlementaires ;
- Les circonstances justifiant le recours à l'état d'exception ;
- Les conditions de prorogation des régimes d'exception ;
- L'existence d'un régime dérogatoire à la protection du droit à la liberté individuelle ou à l'*habeas corpus* (manifestation substantielle de l'état d'exception).

## **B) Pistes de réflexions**

### *1) Sur la spécificité de contrôler l'état d'exception*

Le postulat de départ de nos recherches sur le contrôle vise à distinguer selon que ce dernier porte sur l'état d'exception lui-même ou sur les mesures qu'il permet d'adopter, d'où la différence entre un contrôle **de** et **dans** l'état d'exception.

### **Le contrôle « de » l'état d'exception :**

Dès les années 1980 la doctrine avait déjà relevé l'idée d'un contrôle **de** l'état d'exception à l'occasion de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie. Le Professeur Philippe TERNEYRE avait appelé de ses vœux un tel contrôle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à la Revue du droit public en 1987. Il considérait alors qu'un droit constitutionnel ne prévoyant pas une telle hypothèse serait considéré comme étant « un droit constitutionnel imparfait<sup>15</sup> », estimant que les suspensions ou dérogations au droit commun « n'auraient jamais pu être promulguées si elles avaient été soumises à un contrôle de constitutionnalité authentique<sup>16</sup> ». Autrement dit, sans contrôle de la régularité de la dérogation au droit constitutionnel commun, l'ordre juridique est susceptible de présenter des lacunes importantes au moment de sa mise en œuvre.

La question de ce type de contrôle se pose du fait d'abus de recours à l'état d'exception et de prolongation au delà de la stricte nécessité de déroger ou de suspendre aux règles habituelles de l'ordre juridique. Reste à savoir par qui peut être exercé ce contrôle, sur quoi peut-il porter, quand peut-il être exercé et par quelles procédures ? Les éléments qui seront développés ici relèvent de la simple observation du droit positif constitutionnel de certains États et n'ont pas encore fait l'objet d'une analyse systématique mais d'un simple constat. Tout d'abord, certaines constitutions prévoient un

---

<sup>14</sup> G. LEBRETON, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux, n° 6, 31 décembre 2008

<sup>15</sup> P. TERNEYRE, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité, contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité, RDP, 1987, p. 1489

<sup>16</sup> Ibid.

contrôle du recours à l'état d'exception exercé *a priori* par la justice constitutionnelle. C'est le cas de la Colombie (art. 214§6<sup>17</sup>), de l'Équateur (art. 166<sup>18</sup>), du Gabon (art. 4<sup>19</sup>) ou encore du Kenya (art. 58§5<sup>20</sup>).

Le contrôle « de » l'état d'exception semble donc porter sur la décision de l'autorité habilitée par le droit positif d'y recourir et sur sa décision de le prolonger dans le temps, mais également sur l'édition même du régime juridique à l'origine de l'état d'exception.

En d'autres termes, les éléments de régularité de l'état d'exception susceptibles d'être l'objet de ce contrôle pourraient renvoyer à vérifier l'habilitation par le droit positif d'une autorité à prononcer une dérogation ou une suspension au droit commun, ou à contrôler la validité de la qualification juridique apposée à la situation factuelle désignée comme étant exceptionnelle. Ce contrôle de la qualification juridique concerne aussi bien le déclenchement initial de l'état d'exception que sa prorogation et son installation dans le temps, car ayant pour vocation à mettre fin à la situation de crise, il ne devrait plus pouvoir être considéré comme valide<sup>21</sup> s'il venait à perdurer au-delà de celle-ci.

Plus simplement, le contrôle du régime juridique porteur de l'état d'exception, tend à vérifier si les conditions dans lesquelles il a été adopté sont conformes à la Constitution s'il s'agit d'un régime législatif, ou si, dans l'hypothèse d'un régime consacré par une révision constitutionnelle, un contrôle de cette modification de la Constitution est envisageable ou pas.

Le point commun à ces deux types de contrôle de l'état d'exception est le fait qu'ils soient en mesure d'empêcher les pouvoirs publics d'y avoir recours, soit parce que le régime juridique qui l'institue n'entre pas en vigueur, soit parce que la décision de l'appliquer se trouve censurée.

En France, le contrôle de l'état d'exception dans sa composante relative à la décision des autorités d'y avoir recours a été notamment exercé par le Conseil d'État dans deux décisions majeures, rendues dans les affaires *Rubin de Servens* de 1962 et *Rolin* de 2005 :

- Dans **CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, n° 55049 55055**, le Conseil d'État établit que la décision de recourir à l'article 16 « présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité, ni de contrôler la durée d'application ». Cet acte n'est donc pas justiciable selon le juge administratif et il semble qu'en dehors de l'avis rendu par le Conseil constitutionnel sur sa déclaration et sur sa prorogation, la décision de recourir aux pouvoirs exceptionnels ne soit pas susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.
- Dans **CE, Ord., 14 novembre 2005, Rolin, n° 286835**, le Conseil d'État examine les conditions d'adoption du décret proclamant l'état d'urgence le 9 novembre 2005 et donc exclut implicitement pour celui-ci la qualification d'acte de gouvernement en reconnaissant sa justiciabilité, même si la requête est par la suite rejetée.

Bien que les pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution semble induire une suspension des conditions de production des normes, celle-ci n'est pas nécessairement de nature à exclure la possibilité pour le juge administratif de contrôler la qualification juridique des faits et la nécessité d'y recourir, comme ce qui transparaît en filigrane de la décision *Rolin*. La question qui se pose est donc celle de

---

<sup>17</sup> Constitution de la Colombie - Art. 214§6 : « The government shall send to the Constitutional Court on the day following their promulgation the legislative decrees issued under the powers mentioned in the above articles so that the Court may decide definitively on their constitutionality. Should the government not comply with the duty of transmitting the decrees, the Constitutional Court shall automatically and immediately take cognizance of the same », la question de ce contrôle est développée dans R. UPRIMNY, « The Constitutional court and control of presidential extraordinary powers in Colombia », November 2003, *Democratization*, 10(4):46-69

<sup>18</sup> Constitution de l'Équateur - Art. 166 : « The President of the Republic shall notify the National Assembly, the Constitutional Court, and the relevant international organizations of the State of Exception within forty-eight (48) hours after the signing of the corresponding decree. If circumstances justify it, the National Assembly will be entitled to repeal the decree at any time, without detriment to any ruling about its constitutional validity that might be issued by the Constitutional Court. »

<sup>19</sup> Constitution du Gabon - Art. 4 : « In a state of emergency duly declared by the Constitutional Court called upon by the Government, the member or members of the institution concerned will rest in office until the results of the election organized in the time periods fixed by the Constitutional Court are released. »

<sup>20</sup> Constitution du Kenya - Art. 58§5 : « 5. The Supreme Court may decide on the validity of-

a. a declaration of a state of emergency;  
b. any extension of a declaration of a state of emergency; and  
c. any legislation enacted, or other action taken, in consequence of a declaration of a state of emergency. »

<sup>21</sup> Nous renvoyons évidemment à l'application de l'article 16 pendant 6 mois suite au putsch des généraux à Alger en 1961, alors que la menace semblait avoir été éradiquée en quelques jours.

savoir si la suspension des conditions ordinaires de production des normes par l'état d'exception est de nature à justifier l'impossibilité d'un contrôle juridictionnel de son déclenchement par les pouvoirs publics, ou si une telle situation n'est susceptible de connaître qu'un encadrement politique. Une telle procédure est ainsi mise en place en Colombie en vertu des articles 214 et 215 de la Constitution avec pour but de « contrôler les abus de pouvoirs d'urgence<sup>22</sup> », notamment en réaction à des abus de recours à l'état de siège. La Cour constitutionnelle exerce donc un contrôle « matériel » ou « substantiel » afin d'analyser « si la crise est suffisamment grave pour justifier la déclaration d'un état d'urgence »<sup>23</sup>.

Concernant le contrôle de la régularité du régime juridique de l'état d'exception, celui-ci est envisageable conformément à la **Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie**. En admettant pouvoir contrôler la constitutionnalité de la loi de 1955, déjà en vigueur, dès lors que des dispositions « la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (considérant 10), le Conseil constitutionnel ouvre la possibilité d'un contrôle de la régularité du régime de l'état d'exception sans pour autant la saisir en l'espèce en se contentant de rappeler que la Constitution « n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ». Il faut d'ailleurs souligner que cette possibilité de contrôle par voie d'exception de la loi de 1955 aurait pu se poser lors de l'application de l'état d'urgence entre 2015 et 2017 et des saisines du Conseil constitutionnel des lois de prorogation de celui-ci qui y apportaient également des modifications. Au regard de ces éléments, il faudra déterminer quel lien peut éventuellement être fait entre les spécificités de l'état d'exception, telles qu'évoquées dans la définition que nous avons choisie, et le fait que le juge constitutionnel français n'en contrôle pas la régularité ainsi que la validité de la décision d'y recourir.

### **Le contrôle « dans » l'état d'exception :**

Même s'il ne s'agit pas de l'objet principal de cette recherche, celui-ci doit tout de même être pris en compte dans la mesure où dans l'hypothèse où un contrôle « de » l'état d'exception ne serait pas consacré ou manquerait d'effectivité, le contrôle « dans » l'état d'exception pourrait être un moyen de compenser l'absence potentielle du premier.

En prenant l'exemple de l'état d'urgence sanitaire et de l'état d'urgence anti-terroriste en France, plusieurs constats bien connus doivent être rappelés. En effet, le juge constitutionnel comme le juge administratif ne se sont que très peu aventurés à censurer les mesures exceptionnelles prises par le législateur et par l'administration, notamment par rapport aux droits et libertés en QPC et en référé-liberté. Le Conseil constitutionnel a ainsi censuré très peu de dispositions législatives en contrôle *a posteriori* dans le cadre de l'état d'urgence de 2015, s'accommodant d'un contrôle restreint selon lequel les mesures doivent être « justifiées et proportionnées aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence<sup>24</sup> ». De même, le juge administratif a, au cours de la crise sanitaire, fait preuve d'une certaine réserve par rapport aux mesures adoptées à l'échelon local comme national, se réfugiant « la situation » et « les indicateurs épidémiologiques »<sup>25</sup> pour ne pas en suspendre l'application.

Là où il semble facile de décrire une simple volonté des acteurs juridictionnels de ne pas s'opposer à la nécessité pour l'État de lutter contre la crise (quelle qu'elle soit), il est possible d'en avoir une autre lecture au regard des considérations théoriques que nous avons développées sur le caractère dérogatoire ou suspensif de l'état d'exception. En effet, puisque l'état d'exception dérogatoire vient aménager les conditions d'exercice du pouvoir sans y mettre un terme, le contrôle des mesures qu'il permet d'adopter vise à vérifier leur conformité aux conditions de production des normes telles qu'issues de la dérogation au droit commun. Puisque celles-ci ont pour but de donner l'initiative au pouvoir exécutif

<sup>22</sup> R. UPRIMNY, « The Constitutional court and control of presidential extraordinary powers in Colombia », November 2003, *Democratization*, 10(4):46-69, traduction de : « The Court has been vigorous not only in its attempts to control emergency powers abuses but also in its intention to protect the rights of individuals and disadvantaged groups as well. »

<sup>23</sup> *Ibid.*, traduction de : « “material” or “substantial” control, meaning that it was the duty of the Court to analyze if the crisis was severe enough to justify the declaration of a state of emergency. »

<sup>24</sup> Conseil constitutionnel, Décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015, M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence], §12

<sup>25</sup> CE, Ord., 14 avril 2012, N° 451085 (Fermeture des galeries d'art)

en vue de réagir aux faits qu'il a décidé de qualifier d'exceptionnels, le juge apprécie leur validité par ce prisme, favorisant la résolution de la crise au détriment d'autres conditions substantielles comme formelles.

En d'autres termes, le contrôle « dans » l'état d'exception semble s'apparenter à contrôler la conformité des mesures adoptées sous son empire par rapport aux conditions de production exceptionnelles des normes, nées de la dérogation au droit commun ou à sa suspension. Concernant le contrôle « de » l'état d'exception, il peut consister à vérifier le bien-fondé et la nécessité de la dérogation ou de la suspension du droit commun qu'il implique, mais aussi à vérifier la régularité du régime juridique instaurant l'état d'exception, puisque c'est celui-ci qui permet de recourir à la dérogation ou à la suspension des conditions de production des normes.

## 2) Sur la potentialité d'un lien entre atteintes à la liberté individuelle et état d'exception

Outre l'approche formelle de l'étude de l'état d'exception que nous avons choisi dans un premier temps, il semble nécessaire de s'attarder sur ce qui semblent en être des manifestations et des conséquences substantielles particulières. La protection de la liberté individuelle (ou droit à la sûreté, *habeas corpus*) semble en être un exemple particulièrement intéressant, bien qu'il ne faille pas en tirer des conclusions quant à une éventuelle spécificité par rapport à d'autres droits fondamentaux.

La question de la protection de la liberté individuelle était en effet, lors de l'état d'urgence de 2005-2006, au cœur des préoccupations de la doctrine, quant au risque d'amplification des atteintes qu'elle était susceptible de connaître en cas de « banalisation » de l'état d'urgence, ce qui a eu lieu à plusieurs égards entre 2015 et 2017 mais également depuis 2020.

Le Professeur Gilles ARMAND soulignait ainsi la mise à l'écart de l'autorité judiciaire<sup>26</sup> face aux mesures individuelles prises pendant l'état d'urgence, notamment en matière d'assignation à résidence qui sont de nature à porter des atteintes substantielles à l'article 66 de la Constitution. Cette idée s'est largement vérifiée dans le cadre de l'état d'urgence appliqué de 2015 à 2017 alors que le Conseil constitutionnel a estimé que de telles mesures « ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution » dans sa décision n° 2015-527 QPC, mais surtout lors de l'état d'urgence sanitaire avec la mise en œuvre d'un confinement général de la population<sup>27</sup>. Le Conseil d'État ayant en ce sens estimé que puisque cette mesure relevait d'un « un acte réglementaire à caractère général (...) eu égard à sa nature et à son objet » ne se trouve pas « au nombre de celles que l'article 66 de la Constitution réserve à la compétence de l'autorité judiciaire »<sup>28</sup> alors que la privation de liberté induite par le confinement ne semble plus à démontrer.

On semble donc se trouver face à une gradation des mesures portant atteinte à la liberté individuelle au fur et à mesure du développement des états d'exception en France, avec des mesures de plus en plus généralisées et une intervention préalable de l'autorité judiciaire - pourtant nécessaire au titre de l'article 66 de la Constitution - de moins en moins marquée. Si, en droit français, ce lien entre essor de l'état d'exception et réduction de la compétence du juge judiciaire pour préserver la liberté individuelle ne transparait que du droit jurisprudentiel, de nombreux États en consacrent le principe dans leur Constitution :

- Certains États prévoient au niveau constitutionnel la possibilité de déroger aux délais de présentation d'un détenu au juge en période d'état d'exception, rallongeant de ce fait les délais de détention sans autorisation juridictionnelle préalable. C'est par exemple le cas de l'Allemagne dans l'état de défense (art. 115 LF), d'Antigua et Barbuda dans l'état d'urgence publique (art. 17), des Bahamas (article 29§2), de la Barbade (chapitre III de la Constitution), ou encore du Belize (art. 19).

<sup>26</sup> G. ARMAND, « Régimes légaux en période exceptionnelle et régimes exceptionnels en période normale », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°6, 31 décembre 2008

<sup>27</sup> A. PENA, « La liberté individuelle face au Covid-19 : l'adaptation des garanties de l'article 66 de la Constitution aux circonstances d'urgence sanitaire (1re partie) », LPA 1 déc. 2020, n° 155k6, p. 8

<sup>28</sup> CE, 22 juillet 2020, N° 440149

- D'autres États prévoient une possibilité de suspendre la protection du droit à la sûreté ou de leur clause d'*habeas corpus* en période d'état d'exception avec le cas d'arrestations pouvant être prononcées par le président de la République en Argentine en période d'état de siège (art. 23), et également de la République dominicaine avec une suspension de toutes les garanties de *l'habeas corpus* pendant l'application des états d'exception (art. 266§6).
- Certaines constitutions permettent également de déroger à l'interdiction du travail forcé lorsque survient une période d'urgence publique justifiant le recours à l'état d'exception. C'est le cas de l'Azerbaïdjan (art. 35), de la Dominique (art. 43), de l'Eswatini (art. 17), de la Gambie (art. 20), du Ghana (art. 16), de la Grenade (art. 4), du Kiribati (art. 6). Ces constitutions présentent par ailleurs de nombreuses similitudes légistiques et rédactionnelles sans doute liées à des considérations historiques et politiques.

Devant les nombreux exemples de dérogations à la liberté individuelle ou de cas de suspension de celle-ci en période d'état d'exception, en plus de la spécificité française liée à la compétence du juge administratif qui s'est développée au cours des états d'urgence successifs, il semble que ce champ d'étude doit être investi pour développer une meilleure appréhension du concept d'état d'exception. Un lien peu par ailleurs être fait avec la pensée du philosophe italien Giorgio AGAMBEN sur la figure du « camp », « espace placé dans l'espace politique d'un point de vue géographique, mais en dehors de celui-ci d'un point de vue juridique<sup>29</sup> ».

---

<sup>29</sup> M. MUHLE, « Biopolitique et pouvoir souverain », Editions Léo Scheer | « Lignes » 2002/3 n° 9 | pages 178 à 193