



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Concours externe / Deuxième concours externe Talents

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie

Note : 17/20

A l'occasion de son discours « Le Conseil d'Etat dans la crise sanitaire du Covid-19 », Bruno Lasserre soulignait la hausse des recours en référé traités par le Conseil d'Etat pendant la crise sanitaire. Ainsi, sur 1200 décisions en 2020, 840 étaient en lien avec la crise du covid-19 et les mesures prises sous l'état d'urgence instauré par la loi du 23 mars 2020. Alors que ce régime d'exception permet une extension dérogatoire des pouvoirs de police administrative pour restreindre les libertés, le recours au juge pour les défendre a été essentiel pour défendre l'Etat de droit.

Ainsi, force est de constater que l'état exception qui caractérise la crise sanitaire appelle une justice qui l'est également. Dans une première acception procédurale, l'Etat de droit, auquel elle participe, désigne une théorie juridique et conception de l'Etat notamment développée par Hans Kelsen dans La théorie pure du droit. La hiérarchie des normes détermine la validité du droit, de sorte que la puissance publique elle-même s'en trouve limitée. Dans une acception plus large et plus fondamentale, il comprend également la garantie de droits et libertés, européens comme français, ainsi que de principes démocratiques. Retenir cette seconde définition permet une analyse plus complète. Cette théorie du droit, et idéal, est particulièrement prégnante aujourd'hui dans les droits français et européens et se décline à travers un corpus juridiques et des sanctions juridictionnelles. Néanmoins, ce concept est plastique et peut prendre différentes formes selon les ordres juridiques. L'Etat de droit a toutefois partout un rapport restrictif à l'exception qui est précisément « hors prise », selon son étymologie (*ex-capere*). Ponctuel ou inscrit dans le temps, l'état d'exception est pluriel, par exemple la menace terroriste, les opérations militaires ou la crise sanitaire. Il recouvre des situations inhabituelles, urgentes, menaçantes ou complexes. Ils appellent des régimes juridiques spécifiques qui doivent permettre à la puissance publique d'y répondre plus efficacement, en dérogeant à la légalité ordinaire. Ainsi, l'Etat de droit et les états d'exceptions se limitent mutuellement, voire s'oppose. Pourtant, ils connaissent un mouvement commun, voire paradoxal, de hausse avec une importance croissante des garanties l'Etat de droit et un recours accru aux états d'exceptions.

Ainsi, la multiplication dans le temps des états d'exception interroge le maintien de l'équilibre entre protection de l'ordre public et protection des libertés dans l'Etat de droit à travers deux aspects. Tout d'abord, les états d'urgence impliquent de mettre « un temps un voile sur les libertés », selon la formule de Montesquieu dans l'Esprit des lois. Si elles ne sont plus exceptionnelles, ces restrictions remettent en cause la conception de l'Etat de droit en France, donnant lieu à de nouvelles versions moins protectrices. Cette question se pose avec une acuité particulière alors que des mesures sont transposées dans le droit positif, rapprochant états d'exception et Etat de droit habituel. En outre, la multiplication des états d'exceptions dans le temps questionne la capacité de l'Etat de droit à y répondre. En effet, le renforcement des droits et libertés limitent les marges d'action de la puissance publique. Celles-ci peuvent être trop restrictives ou inadaptées en temps normal face à de nouvelles menaces.

De surcroît, pour être effectif, l'Etat de droit repose sur un ensemble de mécanismes démocratiques et juridiques pour encadrer les exceptions. Ces dernières sont intégrés dans l'Etat de droit et se conçoivent par rapport à ce dernier. Toutefois, la pérennisation dans le temps des états d'urgence et les recours croissants appellent des adaptations du fonctionnement de toutes les instances de contrôle : le parlement, les citoyens et le juge. A fortiori en temps de crise, l'Etat de droit dépend de la continuité de l'activité parlementaire et du bon fonctionnement de la justice. Elles concernent tant l'effectivité des jugements, les procédures que l'organisation matérielle. Ainsi, les états d'exceptions conduisent à interroger les limites de l'Etat de droit ainsi que les adaptations nécessaires pour conjuguer garanties des citoyens et moyens d'action des pouvoirs publics.

Dès lors, l'Etat de droit peut-il s'adapter, pour conjuguer pouvoirs exceptionnels face aux menaces et garantie des droits, sans remettre en cause ses fondements et son unité ?

Face à des situations exceptionnelles, les états d'exception permettent de conjuguer des pouvoirs étendus (IA) et un Etat de droit effectif grâce à de nouveaux mécanismes de contrôle démocratique et juridictionnels (IB) Si la multiplication des états d'exception fragilise les droits et liberté (IIA), elle est d'abord la conséquence du renforcement des exigences de l'Etat de droit, qui pourrait bénéficier d'un contrôle démocratique accru et un encadrement strict de l'usage des données (IIB).

Face à des situations exceptionnelles, plusieurs exceptions et régimes dérogatoires confèrent des moyens d'actions étendus aux pouvoirs publics, car l'Etat de droit habituel ne laisserait pas de marges suffisantes (I)

L'exception dans l'Etat de droit existe en temps ordinaire comme en régime d'urgence.

Afin d'agir efficacement, la Constitution et le législateur ont prévu des situations d'exception permettant de restreindre les droits et libertés habituellement garantis dans l'Etat de droit, pendant une période donnée. Le système juridique français prévoit ainsi des mécanismes pour déroger à la légalité habituelle. Ils ne s'inscrivent pas en dehors ou contre l'Etat de droit, mais modifient son équilibre et limitent fortement les libertés des citoyens.

Dans cette perspective, le cadre juridique habituel est insuffisant pour répondre aux menaces, de par leur ampleur ou caractère exceptionnel. Ainsi, les articles 16 et 36 de la Constitution prévoient un régime de circonstances exceptionnelles et l'état de siège qui étendent le champ des pouvoirs de police. En outre, les états d'urgence prévus au niveau législatif ont pris une importance nouvelle depuis 2015. La loi de prorogation de l'état d'urgence de novembre 2015 réécrit ainsi la loi relative aux états d'urgence de 1955 afin de faire face à la menace terroriste. Elle étend les pouvoirs du préfet et du ministre de l'intérieur pour les assignations à résidence ou instituer des contrôles. Prorogée à six reprises entre 2015 et 2017, elle témoigne d'une forte adaptation des marges d'action et de restrictions des libertés justifiées par un état d'exception.

Enfin, cette modification de l'équilibre de l'Etat de droit ordinaire, c'est-à-dire hors régime d'urgence, a été renouvelée lors de la crise sanitaire du covid-19. Cette légalité de crise s'éloigne alors substantiellement du cadre ordinaire de l'Etat de droit face au virus. La loi du 23 mars 2020 pour faire face à la crise sanitaire prévoit aussi des restrictions aux droits et libertés habituellement garantis. Les pouvoirs du premier ministre, du ministre de la santé et du préfet sont renforcés pour restreindre la liberté d'aller et venir ou procéder à des fermetures administratives d'établissements commerciaux.

Hors régime d'urgence ou crise, l'Etat de droit ne s'oppose pas à des adaptations du principe de légalité en cas de circonstances exceptionnelles, d'intervention régaliennne ou de menace urgente. Leur caractère dérogatoire traduit les exigences élevées de l'Etat de droit.

Ainsi, la théorie des circonstances exceptionnelles dégagées par le juge administratif dans ses décisions Heyriès (CE, 1918, Heyriès) et Dame-Dol-Laurent (CE, 1919) admettent des exceptions au principe de légalité, par exemple dans le cas d'une irrégularité de compétence face à une situation urgente. Le juge tient ainsi compte de la matérialité et complexité de l'action administrative.

De plus, l'Etat de droit ne s'oppose pas non plus à l'immunité juridictionnelle de certains actes qui échappent alors au recours. C'est par exemple le cas d'opérations militaires (CE, 2010, Touax). Le domaine de la défense et de la sécurité cristallise est particulièrement sujet à ces aménagements. Il s'agit d'une activité régaliennne particulièrement politique. Selon le Code de la défense, le Président de la République avec plusieurs ministres définit les orientations en matière militaire ou de sécurité, notamment pour prévoir sur le long-terme des réponses aux potentielles crises.

Ainsi, adapter l'équilibre qui prévaut dans l'Etat de droit peut s'avérer nécessaire pour le préserver. Cela concerne tant l'Etat de droit comme contrôle des pouvoirs publics que les droits associés. Toutefois, ces états d'exception relèvent d'une qualification juridique, auxquels répondent des régimes d'exception et équilibre pluriels pour l'Etat de droit.

Les états d'exceptions transforment l'Etat de droit qui reste effectif grâce à de nouveaux mécanismes de contrôles démocratique et juridictionnels aux niveaux français et européens. En ce sens les états d'exception sont « *arrimés à l'Etat de droit* » (Bruno Lasserre) (IB)

Plusieurs voies et évolutions ont permis de conjuguer Etat de droit et pouvoirs exceptionnels ou états d'urgence, qui ne s'opposent pas. En ce sens, l'Etat de droit s'est adapté aux états d'exception.

Tout d'abord, le renouvellement de l'office du juge a permis d'assurer un contrôle juridictionnel effectif des états d'urgence. Or l'Etat de droit se caractérise par la soumission au droit de la puissance publique. Assurer l'efficacité et l'effectivité du droit au recours est donc essentiel et suppose de nouveaux mécanismes adaptés à l'urgence et aux restrictions en œuvre. La modernisation et l'extension des pouvoirs du juge prennent ainsi pleinement son sens dans ces circonstances, notamment les référés et pouvoirs d'injonction. A l'exception répond l'urgence du contrôle. Ainsi le développement du référé depuis la loi du 30 juin 2010 (Code de justice administrative, articles 521-1 à 521-3) permet de mettre fin à des atteintes graves et disproportionnées aux droits et libertés. A l'occasion de sa décision Cedric Domenjoud (2015), le Conseil d'Etat a consacré une « présomption d'urgence » (Dutheillet de la Mothe, L'urgence dans tous ses états, AJDA, 2015) dans le cadre des recours à l'encontre des décisions d'assignation à résidence. L'exigence d'une protection juridictionnelle effective est aussi une exigence forte dans la jurisprudence européenne (CJUE, 2019, AK) puisque le droit européen en fait partie.

Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte (CJA, article 911) donnent aussi au juge les moyens d'infléchir l'action administrative dans le cas des états d'exception. Cela a notamment été le cas lors de l'état d'urgence sanitaire, pour la liberté de culte par exemple. (JRCE, 2010, Conférence des évêques de France). L'Etat de droit est ainsi garanti en assurant l'effectivité du droit au recours qui est son fondement.

En outre, notamment sous l'influence du juge européen, le juge approfondit son contrôle pour s'assurer que les dérogations aux garanties habituelles de l'Etat de droit soient justifiées et limitées. A travers le principe de proportionnalité, il vérifie également que les conditions de l'état d'exception ou d'urgence soient réunies. Dans sa décision du 13 juin 2020 Renault, le Conseil d'Etat estime ainsi que les restrictions aux libertés doivent être « nécessaires, adaptées, et proportionnées », rappelant ainsi cette triple exigence reprise dans la jurisprudence française. « Principe protecteur des libertés » (Jean-Marc Sauvé), il est le cœur du mécanisme de protection de l'Etat de droit par le juge. Ainsi, le juge a un rôle primordial pour concilier Etat de droit et pouvoirs exceptionnels.

Enfin, maintenir l'Etat de droit en état d'exception suppose de s'assurer de la continuité des pouvoirs et services publics. En effet, le contrôle démocratique des élus est une composante essentielle de l'Etat démocratique, a fortiori en temps de crise. L'Assemblée nationale a ainsi mis en place lors de la crise sanitaire une commission d'enquête (article 51-2 de la constitution) tout comme d'autres parlements européens (Fondation Robert Schuman, Le contrôle parlementaire lors de la crise sanitaire, 2020). Assurer la continuité de la représentation nationale et du contrôle a impliqué d'adapter les règles de présence par exemple. Plus récemment, la loi d'aout 2021 relative à la gestion de la

crise sanitaire, comme auparavant celle du 23 mars 2020, comporte également des obligations d'information par le gouvernement du Parlement. La publicité des informations auprès des citoyens est également assurée par la publication d'informations par le comité scientifique.

Ainsi, l'état d'exception ne s'extrait pas de l'Etat de droit dans ses deux composantes : le contrôle pour limiter la puissance publique et les droits et libertés. L'adaptation des mécanismes a permis « d'arrimer les états d'exception à l'Etat de droit » par deux cordes : le contrôle démocratique du parlement et des citoyens, et le contrôle des juges, comme le précisait Bruno Lasserre à l'occasion du colloque Les Etats d'urgence : quelle leçon pour l'histoire ?.

Toutefois, malgré ces mécanismes, les restrictions sont importantes et le recours juridique à « l'état d'exception » est croissant. Il interroge donc la réalité de l'équilibre qui prévaut actuellement. A l'inverse, l'exception pourrait être un symptôme et une conséquence de l'Etat de droit.

Si la multiplication des états d'exception fragilise les droits et liberté (IIA), elle est d'abord la conséquence du renforcement des garanties de l'Etat de droit, qui pourrait bénéficier d'un contrôle démocratique accru et d'un encadrement plus strict de l'usage des données (IIB).

Dans un contexte de nouvelles menaces terroristes et sanitaires, la banalisation des états d'exception et le renforcement des pouvoirs de police fragilisent l'Etat de droit et son unité, au risque d'en faire une exception (IIA)

En premier lieu, l'état d'exception a été invoqué de manière croissante pour justifier des pouvoirs exceptionnels lors des états d'urgence. Alors que la « liberté est la règle et la restriction l'exception », selon la formule du Commissaire Corneille, cet équilibre pourrait être mis à mal par la banalisation des mesures d'urgence. En ce sens, sans disparaître, l'Etat de droit se trouverait diminuer. Ainsi, Antoine Garapon dans Démocraties sous stress souligne l'équilibre impossible entre le maintien d'un haut niveau de droits et libertés, et les menaces contemporaines. Cela se manifeste par exemple dans deux phénomènes paradoxaux : la demande de sécurité et la judiciarisation croissante des mesures de police. La permanence de l'Etat de droit s'oppose en partie à des dérogations constantes. Le Conseil d'Etat rappelait à cet égard dans son avis sur la loi de gestion de la sortie de la crise sanitaire que les mesures exceptionnelles devaient être adaptées à l'évolution de la situation sanitaire et ont vocation à être temporaire.

En second lieu, les états d'exceptions fragilisent l'unité de l'Etat de droit de deux manières. Tout d'abord, les états d'exception constitutionnels, législatifs ou jurisprudentiels sont multiples. Il y correspond différentes adaptations de l'Etat de droit. L'inscription dans le temps de l'exception questionne aussi la permanence de notre conception de l'Etat de droit. De plus, l'intégration de l'état d'exception dans l'Etat de droit passe notamment par le contrôle. Si celui-ci est une garantie pour les citoyens, il comporte également une insécurité juridique pour la puissance publique. Ainsi 33% des assignations à résidence ont été totalement ou partiellement suspendues par le juge administratif entre 2015 et 2016. Cela est source de complexité pour une conception unifiée et claire de l'Etat de droit, auquel peut se substituer « des états de droits » pluriels et moins prévisibles.

En dernier lieu, si la banalisation de l'état d'urgence peut constituer une menace, son inscription dans le droit positif a des effets ambigus. Elle limite le recours à un état d'exception. En recherche, elle traduit également un rapprochement de la conception de l'Etat de droit *hors et face* à un état d'exception. A titre d'exemple, la loi de 2021 de prévention des actes de terrorisme pérennise des dispositions de la loi de 2017 pour la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et y adjoint de nouvelles mesures de police.

*

Toutefois, plus qu'une menace, la multiplication des états d'exception est la conséquence du renforcement de l'Etat de droit, qui pourrait être soutenu par un contrôle démocratique accru et un encadrement strict de l'usage des données (IIB).

Premièrement, le recours croissant à des pouvoirs d'exception ne traduit pas nécessairement une faiblesse de l'Etat de droit. A l'inverse, cette utilisation est nécessaire car l'Etat de droit, tel que traduit dans le droit français, comprend un niveau élevé de garantie des droits. Ainsi, lors du colloque, Les Etats d'urgence : pour quoi faire ? François Saint-Bonnet soulignait que « l'Ancien régime n'a pas besoin d'état d'exception » puisque ce dernier a une marge d'action très étendue dans le droit ordinaire.. Etat de droit et état d'exception, loin de s'opposer, sont des concepts liés. En conséquence, l'exception n'est pas un « Etat hors droit » mais un mécanisme propre à l'Etat de droit visant à conférer aux autorités publiques les moyens d'assurer la protection des libertés face à une menace.

Toutefois, si le contrôle des juges est primordial, il convient de prévenir une judiciarisation excessive mesures prises dans des états d'exceptions. Celles-doivent disposer de marges d'action suffisantes pour faire prévaloir l'intérêt général, comme le soutient Jean-Eric Schoettl dans son article Sur l'intérêt général (Commentaires 2021). Reprenant la distinction de Guy Carcassone entre « Etat de droit » et de « société de droit », il s'inquiète d'un encadrement excessif des pouvoirs de police des états d'urgence face aux droits et libertés individuels.

Deuxièmement, pour renforcer l'unité de l'Etat de droit et prévenir un recours excessif au juge, deux voies sont possibles. Tout d'abord, il appartient d'abord au législateur d'assurer la conciliation entre la prévention des atteintes à la sécurité nationale et le respect des droits et libertés, comme l'affirmait le Conseil constitutionnel dans la décision Cedric Domenjoud de 2015. Une seconde voie plus en rupture permettrait également de simplifier les états d'exceptions et de les inscrire pleinement dans l'Etat de droit. Pour cela, une refonte des états d'urgence (articles 16 et 36 de la Constitution, et la loi de 1955) sous un régime constitutionnel unique aurait deux avantages (Constitutionnaliser l'état d'urgence, Espuglas, Cahiers du Conseil constitutionnel). Il regrouperait plusieurs régimes éclatés, dont par exemple l'article 36 inusité. De plus, il permettrait de définir les garanties des droits associés dans le texte constitutionnel. Toutefois, une telle évolution nécessiterait une révision constitutionnelle et s'inscrit à contrecourant de la création de nouveaux états d'urgence spécifique (sanitaire ou sécurité) au niveau législatif.

Troisièmement, le maintien du contrôle de démocratie est une garantie essentielle pour l'Etat de droit. Or le rôle parlementaire peut être atténué, par exemple en raison du temps des délibérations, du décalage entre le temps des décisions et celui du contrôle ou du recours aux ordonnances. Les moyens de contrôle des élus et les informations transmises pourraient donc être utilement renforcés, avec un travail d'information à l'égard des citoyens.

Un contrôle démocratique accru est également souhaitable pour l'utilisation et de la captation des données Il revient au législateur de définir les limites qu'offrent les nouvelles techniques numériques, particulièrement utiles face à des menaces exceptionnelles. Particulièrement attentatoires pour les libertés publiques, le législateur doit concilier efficacité de la police administrative et exigences européennes (CJUE, 2020, La quadrature du net). Le renforcement du contrôle de la CNIL et la Commission nationale des techniques de renseignement permettrait de préserver cet équilibre.

Ainsi, l'Etat de droit a su ménager des états d'exception qui ne sont pas des dérogations ou des alternatives. Cela a nécessité des adaptations normatives, juridictionnelles et organisationnelles. A leurs termes, l'équilibre de l'Etat de droit a pu être maintenu tout en donnant les moyens de le protéger. Par cela, il prouve sa plasticité,

Alors que Carl Schmitt concevait l'Etat d'exception comme l'attribut de la souveraineté, inscrite hors des garanties juridiques habituelles, ils témoignent des préoccupations contemporaines de protection des droits fondamentaux et des citoyens.