

СОДЕРЖАНИЕ

Вступительное слово (<i>Г.Н. Андреева</i>).....	7
---	---

Раздел 1.

ПЕРВЫЕ НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ УРОКИ ПАНДЕМИИ

<i>У. Рабо</i> . Чрезвычайное положение в связи со сложной эпидемиологической обстановкой. (Статья).....	10
<i>С.И. Коданева</i> . Уроки пандемии: окно возможностей для трансформации экономической конституции Евросоюза (Рецензия на статью <i>Х.-В. Миклитца</i> «Угроза COVID-19: возможность переосмыслить Европейскую экономическую конституцию и Европейское частичное право». (Рецензия).....	28

Раздел 2.

ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

<i>О.А. Тарасов</i> . Конституционная модель государственного участия в экономике России. (Статья).....	35
<i>А.С. Сухоруков</i> . Конституционно-правовые основы конкуренции в России и Италии. (Статья).....	62
<i>Х.Л. Герреро Бекар</i> . Чилийская экономическая конституция. (Статья).....	81

Раздел 3.
ВОПРОСЫ ЭКОНОМИЧЕСКОГО СУВЕРЕНИТЕТА

- О.Ю. Болдырев.* Экономический суверенитет и экономическая безопасность государства как объекты конституционно-экономического исследования. (Статья)..... 112
- С.И. Коданева.* Европейский конституционализм и защита национального суверенитета: политика или право? (Рецензия на статью Ю. Брёмера «Экономический конституционализм в ЕС и Германии – Конституционный суд Германии, Европейский суд правосудия и Европейский центральный банк между правом и политикой». (Рецензия) ... 131

Раздел 4.
**ФОРУМ: ЭКОНОМИЧЕСКАЯ КОНСТИТУЦИЯ
ДЛЯ БУДУЩИХ ПОКОЛЕНИЙ**

- Н.В. Кравчук.* «Кто эти люди и что им надо?» Гарантии благополучия будущих поколений в экономической конституции – постановка проблемы. (Статья) 139

Раздел 5.
ВКЛАД В НАУКУ

- А.Н. Лужина.* Экономическая конституция Франции в работах профессора У. Рабо. (Статья)..... 160

CONTENTS

Introduction (<i>G.N. Andreeva</i>).....	7
--	---

Section 1. FIRST LEGAL AND REGULATORY LESSONS OF THE PANDEMIC

<i>H. Rabault</i> . Sanitary State of Exception. (Article).....	10
<i>S.I. Kodaneva</i> . Lessons of the Pandemic: a ‘Window of Opportunity’ for Transforming the Economic Constitution of the European Union (the Review of the Article by Hans-W. Micklitz «The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law»). (Review).....	28

Section 2. ECONOMIC CONSTITUTION OF RUSSIA AND THE FOREIGN COUNTRIES

<i>O.A. Tarasov</i> . Constitutional Model of the State Participation in the Economy in Russia. (Article).....	35
<i>A.S. Sukhorukov</i> . Constitutional Bases of the Competition in Russia and Italy. (Article).....	62
<i>J.L. Guerrero Becar</i> . The Chilean Economic Constitution. (Article).....	81

Section 3.
PROBLEMS OF THE ECONOMIC SOVEREIGNTY

<i>O.Y. Boldyrev.</i> Economic Sovereignty and Economic Security of the State as the Subjects of the Constitutional and Economic Research. (Article)	112
<i>S.I. Kodaneva.</i> European Constitutionalism and the Defence of the National Sovereignty: Politics or Law? (the Review of the Article by J. Bröhmer «Economic Constitutionalism in the EU and Germany – The German Constitutional Court, the European Court of Justice and the European Central Bank between Law and Politics»). (Review)	131

Section 4.
FORUM: ECONOMIC CONSTITUTION
FOR THE FUTURE GENERATIONS

<i>N.V. Kravchuk.</i> «Who Are These People and What Do They Need?» Guarantees of the Well-being of the Future Generations in the Economic Constitution – Problem Statement. (Article)	139
--	-----

Section 5.
SCIENTIFIC CONTRIBUTION

<i>A.N. Luzhina.</i> French Economic Constitution in the Works of Professor Hugues Rabault. (Article).....	160
--	-----

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО *(Г.Н. Андреева)*

Данный ежегодник задуман как площадка для обсуждения российскими и зарубежными авторами актуальных проблем современной экономической конституции. Мы надеемся, что в нем будут обсуждаться различные варианты ответов на новейшие вызовы, включая воздействие на экономическую конституцию появления новых технологий, финансовых трансформаций и изменения представлений о современной экономике. Кроме того, мы планируем знакомить исследователей с достижениями в данной области и научным вкладом отдельных ученых.

В первый номер ежегодника мы решили включить статьи и рецензии, которые посвящены новым, ранее не разрабатывавшимся или недостаточно разработанным аспектам конституционного регулирования экономических отношений, познакомить читателей с комплексными зарубежными исследованиями данной проблематики и предложить темы для дискуссий. Статьи иностранных авторов представлены на языке оригинала, что позволяет наиболее адекватно передать идеи автора, и снабжены подробными аннотациями на русском и английском языках.

Данный выпуск ежегодника включает пять разделов, материалы которых в значительной мере задают (но не исчерпывают) направления дальнейшей дискуссии, которая будет вестись на его страницах.

Открывает ежегодник раздел «Первые нормативно-правовые уроки в пандемии», который дает старт для обсуждения воздействия пандемии на конституционный строй в целом и регулирование экономических отношений, а также изучения выявленных проблем правового регулирования и анализа открывающихся в свете полученного человечеством нового опыта возможностей.

Второй раздел посвящен анализу проблем экономической конституции России, а также дает представление об экономической

конституции одного из государств Латинской Америки (Чили), в котором данная проблематика давно и обстоятельно исследуется.

Третий раздел включает публикации по проблеме экономического суверенитета, которая в современных условиях обретает новые грани.

Четвертый раздел содержит статью, открывающую дискуссию по проблеме экономической конституции для будущих поколений, и заставляющую задуматься, насколько реально нынешнее поколение о них заботится. Хотелось бы надеяться, что открываемая дискуссия позволит перевести решение проблемы на уровень законодательного регулирования.

Завершает сборник раздел, в котором мы знакомим читателей с научным вкладом одного из членов нашей редколлегии и одного из наиболее цитируемых авторов по вопросам французской экономической конституции – профессора У. Рабо. Анализ его идей позволяет погрузиться в мир европейских исследований и отталкиваться от них в дальнейших обсуждениях.

Редколлегия искренне благодарит авторов, которые в такое непростое для всех время откликнулись на предложение об участии в ежегоднике и нашли силы и возможности подготовить для него интересные статьи. Позвольте пожелать вам дальнейших творческих успехов и крепкого здоровья!

Introduction **(G.N. Andreeva)**

This yearbook was conceived as a platform for discussion of the Russian and foreign authors about the urgent problems of the modern economic constitution. We hope that it will open discussions on various topics as a response to the latest challenges, including the impact of the new technologies, financial transformations and changes in ideas about the modern economy on the economic constitution. In addition, we plan to acquaint researchers with advances in this area and the individual scientific contributions of the scientists.

In the first issue of the yearbook, we decided to include articles and reviews that are dedicated to new, previously undeveloped or under-developed aspects of the constitutional regulations of the economic relations, to acquaint readers with the comprehensive foreign studies of this problem and offer topics for the further discussion. Articles by the foreign authors are presented in the original language, which makes it

possible to most adequately convey the author's ideas, and are provided with detailed annotations in Russian and English.

This issue of the yearbook includes five chapters, the materials of which largely determine (but do not exhaust) the directions for the further discussions that will be conducted on its pages.

The yearbook begins with the section «First Legal and Regulatory Lessons in a Pandemic», which gives a start to discuss the impact of the pandemic on the constitutional system as a whole and the regulation of economic relations, as well as to study the identified problems of legal regulation and analysis of the opportunities that open up in the light of humanity.

The second section is dedicated to the analysis of the problems of the economic constitution of Russia, and also gives an overview of the economic constitution of one of the states of Latin America (Chile), in which similar problems were researched in detail for a long time.

The third section includes publications on the problem of economic sovereignty, which gains new dimensions in the current situation.

The fourth section contains an article that opens the discussion on the problem of the economic constitution for the future generations, and may be a starting point for thinking whether the current generation does really care about them. The editorial board of the yearbook hopes that the subsequent discussion would allow us to escalate the problem to the level of legislative regulation.

The yearbook ends with a section in which we acquaint readers with the scientific contribution of one of the members of our editorial board and one of the most cited authors on the issues of the French economic constitution – Professor H. Rabault. The analysis of his ideas makes it possible for the reader to dive into the world of European studies, and to use them as a starting point in the further discussions.

The editorial board sincerely thanks the authors who, in such difficult times for everyone, agreed to participate in this yearbook and found the capacity to prepare valuable (ценные) articles for it. The editorial board wishes all of you further achievements and good health!

Раздел 1. ПЕРВЫЕ НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ УРОКИ ПАНДЕМИИ

УДК 342.417

DOI: 10.31249/ekce/2020.00.01

У. Рабо

ЧРЕЗВЫЧАЙНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ В СВЯЗИ СО СЛОЖНОЙ ЭПИДЕМИОЛОГИЧЕСКОЙ ОБСТАНОВКОЙ. (Статья)

Аннотация. В статье сравнивается чрезвычайное положение в связи со сложной эпидемиологической обстановкой (*état d'exception sanitaire*) во французском праве с классической теорией чрезвычайного положения. Классическая конституционная теория чрезвычайного положения обычно связывает приостановление основных прав и концентрацию власти в руках правительства с серьезной политической угрозой. В этом смысле чрезвычайное положение в связи со сложной эпидемиологической обстановкой представляется совершенно новой ситуацией, в которой чрезвычайное положение представляется скорее инструментом управления в области здравоохранения, чем реакцией на серьезный политический кризис. Создается впечатление, что в этом случае при чрезвычайном положении происходит смещение от конституционного к административному праву.

Ключевые слова: чрезвычайное положение; классическая теория; сложная эпидемиологическая обстановка; инструмент управления.

H. Rabault

Sanitary State of Exception. (Article)

Abstract. In this paper, we compare the sanitary state of exception in French law to the classical state of exception theory. The classical constitutional state of exception theory usually links the suspension of basic rights and the concentration of power in the hands of the government to major political danger. In this sense, the sanitary state of exception appears as a quite new situation, where the state of exception seems to be more the tool of health administration than the answer to a major political crisis. The state of exception seems then to drift from constitutional to administrative law.

Keywords: state of emergency; classical theory; complex epidemiological situation; management tool.

H. Rabault¹
L'état d'exception sanitaire. (Article)

***Résumé.** La contribution analyse l'état d'exception sanitaire en droit français au regard de la théorie classique de l'état d'exception. La théorie constitutionnelle classique de l'état d'exception associe habituellement la suspension des droits fondamentaux et la concentration du pouvoir aux mains du gouvernement à un danger politique majeur. En ce sens l'état d'exception sanitaire apparaît comme une situation nouvelle où l'état d'exception semble constituer davantage un outil au service de l'administration de la santé qu'une réponse à une crise politique majeure. L'état d'exception semble ainsi opérer un déplacement du droit constitutionnel vers le droit administratif.*

***Mots-clés:** état d'urgence; théorie classique de l'état d'exception; environnement épidémiologique complexe; outil de gestion des crises.*

Le 16 mars 2020, la France entra, à la suite d'autres Etats, dans ce qui mérite la dénomination d'état d'exception sanitaire. Dans l'histoire du droit économique français cette situation apparaît inédite. Faute d'un dispositif législatif approprié à une crise sanitaire nationale, la proclamation fut le fait d'une décision exécutive, le décret n° 2020–260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19. Le libellé du décret apparaissait assez rudimentaire puisqu'il se contentait de prévoir en son article premier: «Afin de prévenir la propagation du virus covid-19, est interdit jusqu'au 31 mars 2020 le déplacement de toute personne hors de son domicile» exception faite d'une série de cas énumérés par la disposition.

Concrètement, la suspension ne portait que sur la liberté de circulation, désignée dans le lexique du droit public français par l'expression de «liberté d'aller et venir». Toutefois la mesure mit en évidence l'interdépendance des libertés publiques, à travers un effet, pour ainsi dire, systémique, affectant l'ensemble de l'ordre des droits fondamentaux. La suspension de la liberté de circulation entraînait mécaniquement la suspension des libertés politiques, à travers la disparition de la liberté de manifester et de de réunion. De même la liberté religieuse se trouvait-elle suspendue par l'impossibilité de l'exercice du culte. Enfin, la liberté économique disparut également,

¹ **Hugues Rabault** – Professeur de droit public Faculté de droit et science politique Université Paris-Saclay, CRLD, Université d'Evry, 91025 Evry (France). Уго Рабо – профессор публичного права факультета права и политической науки Университета д'Эври, входящего в Университет Париж-Сакле (Франция).

la suspension de la liberté de circulation provoquant la suspension de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie, etc. D'autres libertés pourraient être évoquées, comme la liberté de la science et de l'enseignement ou la liberté artistique. L'état d'exception sanitaire représenta donc une situation, sans précédent dans l'histoire du droit public français, de suspension du système de droits fondamentaux comme effet d'une décision exécutive.

La suite des mesures associa la représentation nationale mais poursuivit le mouvement de suspension de la légalité ordinaire et de transfert des pouvoirs à l'exécutif. La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 combla une lacune du droit français en prévoyant le nouveau régime juridique de l'«état d'urgence sanitaire». L'état d'exception fut ainsi progressivement légalisé. Plusieurs dizaines d'ordonnances, adoptées notamment sur le fondement de l'article 11 de la loi, qui en prévoyait l'effet potentiellement rétroactif, furent adoptées par l'exécutif dans les domaines les plus divers, par la voie de l'article 38 de la Constitution¹.

Le recours généralisé aux ordonnances exécutives revêtait une double fonction. Il s'agissait d'une confirmation de la suspension de la légalité ordinaire, mais aussi d'une modification de l'ordre constitutionnel à travers un transfert du pouvoir législatif au gouvernement. De même l'équilibre budgétaire, en principe objet d'une programmation législative et d'une surveillance méticuleuse, fut-il balayé par voie de lois de finances rectificatives².

Il n'est ainsi guère de moment dans l'histoire du droit public français qui mérite davantage la qualification d'état d'exception. Nous avons résumé la notion d'état d'exception par ses deux dimensions, d'une part la suspension des droits fondamentaux et, d'autre part, la suspension du cours de la légalité ordinaire. Nous voulons nous interroger sur l'effet de cette situation juridique sur la théorie de l'état d'exception. Dans quelle mesure ce que nous appellerons la théorie classique de l'état d'exception correspond-elle à l'état d'exception sanitaire? Nous voulons poser l'hypothèse que l'état d'exception sanitaire oblige à réviser le concept même d'état d'exception. Nous reviendrons dans un premier temps sur la théorie classique de l'état d'exception (I) pour analyser la façon dont elle est affectée par l'état d'exception sanitaire (II).

¹ D'après les sources officielles, on compte au moins 62 ordonnances.

² Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020, loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020.

I – L'état d'exception comme concept

Parmi le lexique varié des circonstances exceptionnelles nous privilégierons le concept d'état d'exception (A) parce qu'il révèle l'opération d'interprétation sous-jacente à la proclamation de l'état d'exception (B).

A – Le lexique de l'exception

– La notion d'état d'exception

La théorie de l'état d'exception puise son origine dans le lexique du droit constitutionnel¹. Mais nulle part, à notre connaissance, l'hypothèse n'avait été envisagée d'un état d'exception sanitaire. S'il est difficile de déterminer d'où vient exactement la notion d'état d'exception², nous savons du moins que le passage d'une utilisation occasionnelle et pratique à une théorie juridique cohérente doit être attribuée au sulfureux juriste allemand Carl Schmitt³. Nous voulons insister d'abord sur le fait que la notion d'état d'exception est plus pertinente que d'autres notions utilisées en pratique, parce qu'elle peut, par son abstraction, couvrir l'ensemble des questions posées par cette sorte de régime juridique.

Le droit français dispose de plusieurs expressions en la matière. La législation récente privilégie la notion d'*état d'urgence*. L'expression comporte une dimension de temporalité qui n'existe pas dans le concept d'état d'exception. Elle sous-entend la nécessité d'une action rapide comme fondement de la suspension des droits fondamentaux. Elle exprime, dans ce contexte, la suspension de la discussion démocratique ou des procédures juridictionnelles. Le concept d'urgence utilisé par la pratique, focalisant l'attention sur une dimension d'accélération de la temporalité juridique⁴, limite ainsi les

¹ Nous rapportons l'origine de la théorie l'état d'exception à l'œuvre de Carl Schmitt. Nous nous appuyons par ailleurs sur: *Agamben G. Etat d'exception*. Homo Sacer. – Paris: Seuil, 2003; *Saint-Bonnet F. L'état d'exception*. – Paris: PUF, 2001. On trouve chez François Saint-Bonnet un état de la littérature doctrinale en droit français.

² Aucun des auteurs cités à la note précédente ne propose une étude lexicographique poussée de la notion d'état d'exception. Nous suivons Carl Schmitt lorsqu'il lie l'état d'exception au contexte constitutionnel de l'Etat de droit moderne.

³ Carl Schmitt fut un praticien de l'état d'exception, contribuant en tant que conseiller à la révolution constitutionnelle entreprise au début du Troisième Reich. Voir, par exemple, *Mehring R. Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. – München: C.H. Beck, 2009. – S. 304–310.

⁴ Dans la temporalité sociale, le droit représente une temporalité ralentie par les procédures. L'urgence correspond à la suspension de cette temporalité ralentie. Elle synchronise, en d'autres termes, la temporalité ralentie du droit et la temporalité

multiples problèmes posés par l'état d'exception à une dimension procédurale. La fonction spécifique du concept d'urgence est de court-circuiter des organes et des étapes dans la procédure de décision.

L'état d'urgence pose naturellement la question de la réalité de l'urgence, de la pertinence de l'application de la qualification juridique d'urgence¹. Il peut cependant sembler que la notion d'urgence limite les interrogations sur les enjeux de l'état d'exception. Le concept d'urgence présuppose l'objectivité de la situation d'urgence, le caractère indiscutable de la qualification juridique d'urgence. C'est pourquoi il y a de bonnes raisons politiques pour préférer la notion d'état d'urgence à celle d'état d'exception. Dans la pratique de l'état d'exception, l'urgence sous-entend que la discussion, le principe fondamental de la démocratie représentative², ou les garanties juridictionnelles, constitutives de l'Etat de droit, ne sont plus à l'ordre du jour. Plus que la notion abstraite d'état d'exception, la notion concrète d'état d'urgence a pour fonction de faire taire par avance toute contradiction. L'urgence semble devoir se constater, elle relève en tant que telle de l'«évidente nécessité»³, elle n'est pas un objet sérieux de débat. La notion d'urgence programme ainsi non seulement la suspension de la discussion démocratique, mais, plus largement, de la spéculation relative à la situation de fait.

La notion classique de *circonstances exceptionnelles* correspond assez étroitement à l'idée d'état d'exception, mais également avec un sens plus concret. Ici encore, la notion met l'accent sur l'objectivité du contexte factuel. Dans l'expression de circonstances exceptionnelles, les circonstances apparaissent comme objectivement contraignantes.

accélérée de la société. Sur l'accélération de la temporalité sociale, voir: *Rosa H.* Accélération. Une critique sociale du temps. – Paris: la Découverte, 2013.

¹ La jurisprudence relative aux décrets d'avance montre que le caractère vague de la notion d'urgence permet d'ouvrir une marge de manœuvre illimitée au profit de l'exécutif. Voir, par exemple, Conseil d'Etat, 16 décembre 2016, requête n° 400910. Voir encore *Pierucci Ch.* Les parlementaires face aux décrets d'avance devant le juge administratif // *Revue française de finances publiques.* – 2017. – N 140. – P. 249 et s. Le caractère vague de la notion d'urgence rend difficile la démonstration de l'absence d'urgence. En d'autres termes la notion d'urgence produit une présomption au bénéfice de la suspension de la légalité ordinaire.

² La notion de discussion, développée dans le deuxième chapitre du célèbre essai de John Stuart Mill: *Mill J.S.* On Liberty, est au cœur de la philosophie du parlementarisme. Voir *Schmitt C.* Parlementarisme et démocratie (1923). – Paris: Seuil, 1988. – P. 40–64.

³ *Saint-Bonnet F.* Op. cit. – P. 380–384, fait du «sentiment de l'évidente nécessité de la sauvegarde de l'Etat» la condition de l'état d'exception.

C'est la réalité des circonstances qui semble dicter le choix du régime juridique. La notion permet d'évacuer la typologie des situations susceptibles d'être qualifiées de circonstances exceptionnelles. Ici encore, la notion évacue la dimension d'appréciation subjective inhérente à la proclamation de l'état d'exception, elle occulte l'idée propre à Schmitt que l'état d'exception est avant tout une décision.

Quelles situations méritent-elles la qualification d'exceptionnelles? La théorie de l'état d'exception mit d'abord l'accent sur la dimension, pour reprendre une expression de Carl Schmitt, militaro-policière de l'état d'exception. *L'état de siège* incarne la forme militaire de l'état d'exception¹. Dans les années trente, Schmitt, face à la crise de 1929, suggéra que l'état d'exception pouvait cependant également prendre une forme économique-financière². Remédier au chômage de masse par des mesures autoritaires pouvait sembler une solution pertinente. Les exemples ne manquent pas, au XX^e siècle, de restrictions des droits fondamentaux au nom de la politique économique³. Durant l'entre-deux-guerres, le système socialiste soviétique ou le corporatisme nationaliste⁴ mirent en évidence la dimension fondamentalement économique de la dictature moderne. Au XX^e siècle la politique économique devint ainsi un fondement de légitimité nouveau pour la radicalisation de l'autorité représentée par l'état d'exception. Ce passage, mis en évidence par Schmitt, de l'état d'exception militaro-policière à l'état d'exception

¹ Dans la jurisprudence administrative française, voir Tribunal des conflits, 30 juillet 1873, Pelletier // Recueil Lebon. 1^{er} supplément. – P. 117. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative [GAJA] / Long M., Weil P., Braibant G. et al.* – Paris: Dalloz, 2015. – Décision n°2. – P. 8–15.

² Schmitt C. Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung (1931) // Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre. – Berlin: Duncker & Humblot, 1985. – S. 235–262. Voir S. 259.

³ La jurisprudence constitutionnelle renvoya implicitement à l'idée d'un *état de nécessité* pour justifier la vague de nationalisations de 1982. Conseil constitutionnel, décision n° 81–132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, considérant 20: «l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci». Le Conseil constitutionnel exprime le sens des nationalisations dans les termes de l'état d'exception économique-financier, en exploitant, dans le cadre constitutionnel, le lexique de la théorie administrative du pouvoir discrétionnaire. Sur la notion de pouvoir discrétionnaire, voir infra, en particulier note 39.

⁴ Voir Rabault H. La notion de constitution économique: éléments d'introduction // Politeia. Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé. – 2018. – N 34. – P. 207–235. Voir P. 222–224.

économico-financier, révèle une trajectoire d'extension de la sphère de l'état d'exception. C'est ainsi qu'au regard de la théorie classique l'état d'exception sanitaire peut apparaître comme une manifestation supplémentaire de cette extension de l'état d'exception.

– La sphère de l'état d'exception

L'Etat libéral réduisait la notion d'état d'exception à l'état d'exception militaro-policière parce que l'Etat limitait sa fonction à la garantie de l'ordre public. L'extension de la sphère de l'état d'exception semble donc correspondre au développement des responsabilités sociales de l'Etat. Ces responsabilités se multiplièrent, à partir de l'entre-deux-guerres. D'où le surgissement de nouvelles catégories d'états d'exception que relève Schmitt. Les problèmes d'administration traités dans les régimes autoritaires par la dictature prirent la forme dans les démocraties libérales d'états d'exception. Les années trente furent marquées par le surgissement de mécanismes de planification, c'est-à-dire des procédés de dictature économique, mais aussi, dans les Etats libéraux, par des états d'exception économiques, à savoir des politiques extraordinaires de lutte contre les crises, tels que le *New Deal* américain.

L'appréciation des circonstances qualifiées d'exceptionnelles apparaît donc hautement variable selon les époques et les types de société. La notion de circonstances exceptionnelles, comme celle, par exemple, d'état de nécessité, a donc la vertu d'éluider le problème désigné dans la langue des juristes par la notion de qualification juridique. Les idées d'urgence, de nécessité, de caractère exceptionnel ou impérieux, d'une situation, sous-entendent l'objectivité, l'évidence d'un contexte factuel, qui exige la suspension de l'ordre juridique normal. Or, pour les juristes, la question se pose nécessairement de la balance entre, d'un côté, le système des droits fondamentaux, et, de l'autre, l'objectif poursuivi par la suspension des droits fondamentaux. C'est précisément l'intérêt de l'état d'exception sanitaire que de fournir l'exemple d'un cas inédit d'état d'exception. Le concept d'état d'exception permet d'éclairer ce que les autres notions analogues ne montrent pas, à savoir le processus de qualification juridique, ou plus abstraitement, d'interprétation des faits¹, à l'œuvre dans la décision d'instaurer l'état d'exception.

¹ Sur le problème de l'interprétation des faits, voir *Rabault H. L'interprétation des normes: l'objectivité de la méthode herméneutique*. – Paris: L'Harmattan, 1997. – P. 285–333.

B – L'état d'exception comme interprétation
– Le traitement d'un conflit de compétence

D'un point de vue pratique, les notions d'état d'urgence ou de circonstances exceptionnelles représentent donc avant tout un problème de qualification juridique. Mais la question de la qualification juridique ne peut être traitée indépendamment du problème technique de la compétence pour qualifier la situation. Pour Carl Schmitt, le problème juridique fondamental posé par l'état d'exception demeurerait celui de l'autorité qui *décide* de l'instauration de l'état d'exception¹. C'est pourquoi les dispositifs juridiques régissant l'état d'exception sont essentiellement, en pratique, des mécanismes d'attribution des compétences. Ainsi, avant le problème de la caractérisation de la situation, se pose la question de l'attribution de la compétence pour apprécier les circonstances. La proclamation de l'état d'exception suppose certes la prise en compte des critères matériels de l'urgence ou du caractère exceptionnel de la situation. Mais d'un point de vue procédural ce problème ne peut être traité antérieurement à la détermination de l'autorité compétente pour effectuer le travail de qualification juridique des faits.

Aussi aura-t-on tendance à identifier l'état d'exception au transfert du pouvoir du législatif à l'exécutif. Le pouvoir peut néanmoins se trouver concentré entre les mains d'une autre autorité que le gouvernement. La théorie de la confusion des pouvoirs au profit du législatif autorise l'idée d'une dictature parlementaire. Mais des organes non politiques peuvent également concentrer le pouvoir entre leurs mains. C'est le cas traditionnel de la prise de pouvoir par une junte d'officiers. Une situation proche serait celle où le pouvoir politique s'en remet à des organes experts. On peut alors imaginer toutes sortes d'état d'exception. Le coup d'Etat militaire correspond à un déplacement du pouvoir au sein de l'Etat vers la fonction de défense². Un état d'exception économique ou monétaire pourrait opérer une concentration du pouvoir aux mains d'organes spécialisés, comme

¹ C'est pourquoi l'interprétation de Carl Schmitt nous semble plus réaliste que celle de François Saint-Bonnet, qui explique l'état d'exception par «le sentiment d'évidente nécessité de la sauvegarde de l'Etat [...] quasi unanime»: *Saint-Bonnet F.* Op. cit. – P. 382. Nous pensons tout au contraire, avec Schmitt, que l'état d'exception a pour fonction de traiter des problèmes issus d'un conflit herméneutique et que l'évidence de la nécessité n'est jamais qu'un argument.

² La théorie du coup d'Etat militaire repose précisément sur l'idée d'une neutralité politique de la défense et d'une capacité supérieure de l'armée pour défendre l'intérêt national.

la banque centrale¹. L'état d'exception sanitaire apparaît manifestement caractérisé par un déplacement du centre de décision politique vers le système de santé.

L'essence de l'état d'exception ne réside donc pas, répétons-le, dans le transfert du pouvoir du législatif à l'exécutif. L'état d'exception peut prendre d'autres formes, à travers des procédures législatives accélérées, la délégation du pouvoir de décision à un organe quelconque, etc. Ce qui demeure constant est cependant le problème de l'attribution de la compétence de décision à une autorité déterminée. En d'autres termes, l'effet premier de l'état d'exception n'est pas la suspension de l'ordre juridique ordinaire, qui demeure toutefois sa finalité juridique, mais une transformation de la structure de décision. C'est pourquoi Carl Schmitt plaçait l'état d'exception au cœur du système constitutionnel.

L'état d'exception n'est cependant pas un problème strictement constitutionnel, il peut également revêtir, ce qui est au centre de notre analyse, les formes banales de la police administrative. Tout l'intérêt du décret n° 2020–260 du 16 mars 2020 précité tient à ce qu'il ne relevait en effet nullement des pouvoirs exceptionnels du gouvernement mais de ses pouvoirs de police ordinaires². En matière de police administrative, les autorités peuvent limiter les droits fondamentaux en fonction des circonstances. Cela vaut au niveau local, par exemple, en matière économique³, aussi bien qu'au niveau national. L'usage des pouvoirs généraux de police n'est limité que par une jurisprudence appréciant la proportionnalité des mesures aux buts poursuivis. Les contentieux qui se sont rapidement multipliés autour d'arrêtés municipaux relevaient également du droit commun de la police administrative. L'état d'exception sanitaire révèle ainsi l'absence de

¹ Dans l'entre-deux-guerres, le corporatisme posa déjà l'idée du primat de la représentation des forces économiques sur la représentation politique. Renvoyons à *Rabault H. La notion de constitution économique: éléments d'introduction. Voir supra* note 14.

² Dans la filiation de la jurisprudence du Conseil d'Etat, 8 août 1919, *Labonne*, Recueil Lebon. – P. 737; *GAJA*. – N° 34. – P. 203–206. Si la jurisprudence du Conseil d'Etat, 28 juin 1918, *Heyriès* // Recueil Lebon. – P. 651; *GAJA*. – N 30. – P. 178–185, ou Conseil d'Etat, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent* // Recueil Lebon. – P. 208, *GAJA*. – N 32. – P. 193–195, ont pu être évoquées, ces références ont eu une fonction essentiellement explicative. La jurisprudence *Labonne* nous semble un fondement suffisant pour justifier le décret n° 2020–260 du 16 mars 2020.

³ Conseil d'Etat, assemblée, 22 juin 1951, *Daudignac* // Recueil Lebon. – P. 362, *GAJA*. – N 62. – P. 394–400.

frontière stricte entre les dispositifs législatifs relatifs à l'état d'urgence et les pouvoirs de police courants des autorités étatiques, ou, en d'autres termes, entre les dimensions constitutionnelle et administrative de l'état d'exception.

– Un problème herméneutique

En d'autres termes, et c'est le cœur de la thèse de Schmitt, nous avons affaire, avec la théorie de l'état d'exception, à un problème herméneutique. Avant la mise en œuvre de l'état d'exception, il importe de désigner l'interprète des situations exceptionnelles. Tous les gouvernants des grandes démocraties s'entourèrent de spécialistes de la science médicale. La compétence d'interprétation fut transférée, sinon *de jure* du moins *de facto*¹, à des cénacles composés de virologues, d'épidémiologistes, d'infectiologues, de réanimateurs, etc. L'appréciation de la situation fut ainsi déléguée à des entités étrangères à la politique et au droit, extérieures aux trois pouvoirs classiques de la théorie constitutionnelle.

La proclamation de l'état d'exception fut également indissociable d'une politique transnationale. Malgré des variantes nationales, l'état d'exception a pu tendre vers une forme de globalisation, chose impensable dans la théorie classique de l'état d'exception. La dimension mimétique de l'instauration de l'état d'exception en facilita sans doute l'acceptation sociale. Des Etats plutôt rétifs, du fait de leur culture libérale, à l'état d'exception finirent par s'y rallier. Cela signifie que l'état d'exception ne peut ici être analysé en termes purement politiques ou juridiques.

II – Sens de l'état d'exception sanitaire

La théorie de l'état d'exception était issue constitutionnalisme libéral (A). L'état d'exception sanitaire rompt manifestement avec cette tradition (B).

A – Modernité de l'état d'exception

– La doctrine de l'état d'exception selon Carl Schmitt

L'influence de Carl Schmitt semble déterminante pour le choix même de l'expression d'état d'exception. La formule reste fameuse, issue de l'essai intitulé *Théologie politique*, selon laquelle *le souverain est celui qui décide de l'état d'exception*². Si l'Etat se caractérise par

¹ Ici, une étude comparatiste poussée serait nécessaire pour étudier les mécanismes du déplacement du pouvoir en termes d'interprétation de la sphère politique vers le système de santé.

² *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*. Voir *Schmitt C. Théologie politique* (1922). – Paris: Gallimard, 1988. – P. 15: «Est souverain celui qui

l'ordre juridique qu'il institue, la souveraineté correspond à la possibilité de suspendre l'empire de cet ordre. C'est en ce sens que l'Etat et l'ordre juridique apparaissent comme le produit d'une *décision*. La souveraineté peut être métaphorisée comme une manière d'interrupteur, par lequel l'Etat instaure ou suspend l'ordre juridique. La souveraineté fait alors de l'Etat l'équivalent terrestre du Dieu créateur et la suspension de l'ordre juridique correspond au miracle de la théologie. L'état d'exception serait la suspension de l'ordre juridique ordinaire de même que le miracle est la suspension momentanée, décidée par le souverain de l'univers, de l'ordre naturel. Les normes juridiques revêtent, comme les lois de la nature dans la théologie scolastique, un caractère conditionnel. Dieu soumet la nature à un ordre qu'il peut suspendre.

La théorie de Schmitt demeure pourtant strictement juridique en ce sens que la logique théologique s'analyse comme pure technique politique¹. Schmitt ne nous dit pas, contrairement à la métaphore absolutiste, que l'Etat est Dieu sur terre, mais qu'il a été conçu, par transposition au politique, répétons-le, de schémas de pensée théologiques. L'Etat n'est pas une essence issue d'une rationalité absolue, il demeure une construction politico-juridique. L'Etat n'est pas la fin de l'histoire, il revêt la précarité d'un concept historique. Il est un «concept concret, lié à une époque»².

La théorie de l'état d'exception comme suspension de l'ordre juridique est développée par Schmitt sur la base de la glose de l'article 48, alinéa 2, de la Constitution de Weimar: «Le président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis au sein du Reich, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement; en cas de besoin, il peut recourir à la force. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux [etc.].» La jurisprudence du Conseil d'Etat consécutive

décide de la situation exceptionnelle». L'expression allemande pourrait être rendue littéralement par l'expression de «situation-exception».

¹ *Schmitt C.* La dictature (1922, 1928). – Paris: Gallimard, 2001. – P. 23, parle de «théorie de la technique étatique [staatstechnische [...] Theorie]». Schmitt prolonge en ce sens le thème aristotélien de la politique comme technique (politikè teknhè, en latin ars politica) opposée à la nature (phusis). Voir *Rabault H.* *L'Etat entre théologie et technologie. Origine, sens et fonction du concept d'Etat.* – Paris: L'Harmattan, 2007. – P. 26–32.

² Plus exactement, l'Etat est un «concept concret lié à une époque historique». Voir *Schmitt C.* Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff (1941) // *Verfassungsrechtliche Aufsätze.* – P. 375–385.