



HAL
open science

L'État de droit déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire : menaces et encadrements

Hélène Christodoulou

► **To cite this version:**

Hélène Christodoulou. L'État de droit déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire : menaces et encadrements. L'observatoire de la justice pénale, 2020. hal-03349604

HAL Id: hal-03349604

<https://hal.science/hal-03349604>

Submitted on 20 Sep 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

L'État de droit déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire : menaces et encadrements

Christodoulou, Hélène
Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

L'État de droit déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire : menaces et encadrements

Hélène Christodoulou est docteure en droit privé, qualifiée aux fonctions de maître de conférences. Elle a soutenu en 2019, à l'université Toulouse 1 Capitole, une thèse intitulée « Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne ». Elle anime le « [Journal de bord d'une chercheuse en droit](#) », où elle revient régulièrement sur les questions que pose la création du parquet européen.

« Cet espace clos, découpé, surveillé en tous ses points, où les individus sont insérés en une place fixe, où les moindres mouvements sont contrôlés, où tous les événements sont enregistrés, où un travail ininterrompu d'écriture relie le centre et la périphérie, où le pouvoir s'exerce sans partage, selon une figure hiérarchique continue, où chaque individu est constamment repéré, examiné et distribué entre les vivants, les malades et les morts ».

Ce tableau impressionniste de la peste dépeint par Michel Foucault en 1975, dans son essai *Surveiller et punir*, n'a jamais présenté autant d'acuité qu'à l'ère de la crise sanitaire[1].

Pour endiguer la pandémie, bouleversant le monde, des mesures particulièrement dérogoires ont été adoptées par les États. Ces dernières ont pour finalité de suspendre les règles ordinaires pour en appliquer d'autres « *évidemment moins libérales, qui conduisent à une plus grande concentration du pouvoir et à des restrictions aux droits fondamentaux* »[2]. Le législateur français, en se fondant à nouveau sur la théorie « des circonstances exceptionnelles », dégagée pour la première fois par le Conseil d'État en 1918[3], a adopté dans la précipitation une loi sur laquelle tout le régime dérogoire va reposer[4]. Cette dernière, plutôt que de s'appuyer sur l'état d'urgence existant[5], a inséré au sein du code de la santé publique un chapitre inédit intitulé « *l'état d'urgence sanitaire* »[6]. Il a donc été déclaré en conseil des ministres[7] et prorogé jusqu'au 10 juillet 2020 par le Parlement[8]. Dès lors, il est permis au ministre chargé de la santé de prescrire « *toute mesure* » « afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population »[9]. Or que signifie « *toute mesure* » ? L'emploi de cette locution particulièrement extensible, voire imprévisible, mérite l'attention. Il semblerait donc qu'un blanc-seing soit octroyé au gouvernement.

Au nom du droit d'exception, nombreuses sont les libertés aliénées par l'amoncellement de textes adoptés dans la panique au détriment d'une réflexion d'ensemble, dans un contexte mondial sans précédent. Ainsi, non exhaustivement, la liberté d'aller et venir sur le territoire national a été restreinte par l'exigence du confinement des populations, voire privée plus longuement et sans l'intervention du juge pour les détenus[10] ; la vie privée, quant à elle, au sein de laquelle s'insère la protection des données à caractère personnel a, également, été malmenée, et devrait l'être d'autant plus à la sortie du confinement[11]. En effet, afin de contrôler la propagation du virus, deux mesures attentatoires comme la mise en quarantaine et le traçage, au départ manuel, des malades, ont notamment été entérinées par la loi de prorogation de l'état d'urgence[12].

Pour autant, dans un État de droit, ces atteintes aux libertés fondamentales ne peuvent se faire hors de tout cadre. Le législateur exige que l'adoption de ces mesures dérogatoires soit motivée, « proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu »[\[13\]](#) afin « de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population »[\[14\]](#). À ce titre la loi hongroise, octroyant à Viktor Orban des pouvoirs hors normes pour répondre à la crise[\[15\]](#), a alerté la Présidente de la Commission européenne qui a insisté sur la nécessité et la proportionnalité que devaient revêtir les mesures dérogatoires[\[16\]](#). Or comment vérifier le respect de ces deux critères subjectifs ? Par l'exercice d'un contrôle de l'autorité juridictionnelle véritablement indépendante et impartiale.

De surcroît, aucune de ces mesures exceptionnelles « ne peut durer indéfiniment »[\[17\]](#). En effet, elles ne sont acceptables que si elles demeurent provisoires, mais qu'en sera-t-il, dans les faits, une fois la crise passée ? En 2015, les règles mises en œuvre pendant l'état d'urgence afin de répondre à la menace terroriste devaient être éphémères. Néanmoins, il est indéniable qu'elles sont finalement rentrées dans le droit commun[\[18\]](#). Ce phénomène fait écho à « l'effet cliquet », décrit au XXe siècle par James Duesenberry[\[19\]](#). Ce dernier a théorisé l'idée selon laquelle certaines variables présentent un caractère irréversible[\[20\]](#). Malgré les mots rassurants de la ministre de la Justice[\[21\]](#), il est par expérience possible d'en douter[\[22\]](#), d'autant plus à la lecture de la loi qui a également prévu l'usage de règles dérogatoires à l'issue de l'état d'urgence « afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire »[\[23\]](#).

La véritable question qui se pose est celle de savoir si les mesures déjà prises ou encore discutées, sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire, afin d'éviter la propagation du virus, tant durant le confinement qu'à sa sortie, apparaissent nécessaires et proportionnées. Autrement dit, comment ce droit d'exception est-il mis en œuvre puis encadré ?

Il faut partir du constat qu'en période de crise, l'urgence demeure le maître mot. Or cette dernière est dangereuse pour les libertés individuelles en ce qu'elle ne permet pas une réflexion globale au regard des décisions prises pour éradiquer le mal. Dès lors, l'urgence menaçante pour les libertés individuelles (I) doit laisser place à l'encadrement réfléchi des mesures prises (II).

De l'urgence menaçante pour les libertés individuelles

Avec l'état d'urgence sanitaire, l'exécutif a désormais la possibilité de restreindre les libertés individuelles, remettant corrélativement en cause le principe de la séparation des pouvoirs[\[24\]](#). Alors que le confinement a porté une atteinte indéniable à la liberté individuelle, en ce que la liberté d'aller et venir de l'ensemble de la population était restreinte, voire privée (A) ; la stratégie de « déconfinement » risque d'avoir, quant à elle, pour incidence de porter plus amplement atteinte à la vie privée (B).

Le confinement à l'origine d'atteintes à la liberté individuelle

Outre le respect des « mesures d'hygiène et de distanciation sociale, dites « barrières » »[\[25\]](#), un décret a été adopté par le gouvernement pour confiner drastiquement toute la population française, jusqu'au 11 mai 2020[\[26\]](#). Ainsi, tout déplacement de personne hors de son domicile était interdit[\[27\]](#), même si dans certaines hypothèses exhaustivement listées des dérogations étaient possibles. En effet, il ne s'agissait pas « d'un confinement total » comme le préconisait le syndicat des jeunes médecins, ayant été débouté de sa demande par le Conseil d'État[\[28\]](#).

Néanmoins, les autorités locales pouvaient aller plus loin dans la restriction des libertés, si les circonstances le justifiaient[29].

En attendant, tant que l'état d'urgence demeure, le retour à la liberté d'aller et venir n'est pas absolu. Dès lors, la restriction, voire la privation de liberté, est conditionnée. Si un individu est infecté par le Covid-19, après constatation médicale, il pourra donc être placé en quarantaine, durant quatorze jours renouvelables dans la limite d'un mois[30], par le Préfet sur proposition du directeur de l'agence régionale de santé. Au regard du caractère particulièrement attentatoire de la mesure, un recours lui est ouvert devant le juge des libertés et de la détention qui devra statuer dans un délai de soixante-douze heures[31]. Le Conseil Constitutionnel, saisi sur ce point, a d'ailleurs insisté sur la nécessaire intervention de l'autorité judiciaire, « dans le plus court délai possible », en tant que garante de la liberté individuelle, à la lumière de l'article 66 de la Constitution[32].

Parallèlement, en dehors de la population initialement libre, les détenus, déjà privés de leur liberté individuelle, ont vu à leurs tours le respect de leurs droits fondamentaux diminuer. Une ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale a été adoptée par le gouvernement[33]. Les dispositions relatives à la détention provisoire, largement commentées par la doctrine[34], ont été interrogées. À l'aune de l'interprétation mise en exergue par la circulaire[35], la durée de tous les mandats de dépôt en cours arrivant à expiration serait rallongée de plein droit, même si selon le syndicat de la magistrature, ayant présenté une contre-circulaire, il s'agissait plutôt de la prolongation des seuls « délais butoirs au terme desquels aucun mandat de dépôt ne peut être renouvelé »[36]. Autrement dit, un détenu qui devrait, en temps normal, bénéficier d'une audience devant le juge des libertés et de la détention afin de débattre contradictoirement de la prolongation de la mesure s'en retrouvait totalement privé[37], même s'il était toujours possible pour la juridiction compétente d'ordonner à tout moment la mainlevée de la mesure. La durée du prolongement automatique était fonction de la peine encourue et visait même, dans certains cas, les mineurs de plus de seize ans : si elle était inférieure ou égale à cinq ans, elle était rallongée de deux mois et dans les autres cas de trois voire de six mois[38]. Cette disposition, après plus d'un mois d'application, a finalement été supprimée par le Parlement au sein de la loi de prorogation de l'état d'urgence[39].

Si la liberté d'aller et venir a fait l'objet d'importantes restrictions, quand il ne s'agissait pas de privation, la vie privée apparaît, également, fortement remise en cause et devrait l'être plus vigoureusement avec la fin du confinement, entraînant une circulation plus libre des individus et donc du virus.

Le déconfinement à l'origine d'atteintes croissantes à la vie privée

Afin de contenir le virus, autrement que par le biais du confinement, les États prennent des initiatives ouvrant « une nouvelle ère de systèmes généralisés de surveillance numérique invasive »[40]. En effet, nombreux sont ceux ayant mis en place de tels dispositifs comme les applications de géolocalisation, pour suivre tous les individus en temps réel, ou de contact tracing, moins attentatoires, fonctionnant à l'aide d'un Bluetooth pour identifier les individus étant rentrés en contact avec des malades, les systèmes de captation d'images comme les drones et les « caméras intelligentes » permettant in fine l'usage de la technique de la reconnaissance faciale afin de contrôler le respect des gestes barrières et le port du masque par les individus et enfin la mise à disposition massive des données de bornage par les opérateurs téléphoniques, toujours dans le même but : tracer numériquement la circulation du virus et surveiller le respect des consignes étatiques pour éviter sa propagation[41].

Avant qu'il ne frappe le continent européen, ce type de surveillance, instauré initialement en Chine, avait des airs de dystopie, mais il devient progressivement une réalité en France[42]. Le 24 mars, un comité a été mis en place pour conseiller le gouvernement sur l'utilisation du numérique afin d'endiguer l'épidémie. De surcroît, des drones ont été déployés par la police sur l'ensemble du territoire[43] et des « caméras intelligentes » ont été installées dans le métro parisien, pour commencer, à la station Châtelet[44]. Il a été avancé que ces dernières n'avaient pas pour finalité de verbaliser les individus, mais le doute est permis.

Quant à la création d'application, la France est apparue plus prudente, mais jusqu'à quand ? Dès le 8 avril, l'idée de StopCovid s'est développée car, à en croire les dires du ministre de l'Intérieur, « *toutes les intelligences disponibles sont nécessaires et seront utilisées* »[45]. Fin avril, le Premier ministre Édouard Philippe présentait devant l'Assemblée nationale la stratégie française concernant le déconfinement des populations, mais il a préféré repousser les débats « compte tenu des incertitudes »[46] autour de ce système de surveillance. En l'état des discussions, il s'agirait d'une application, usant de la technologie Bluetooth, capable de détecter les utilisateurs diagnostiqués avec le coronavirus pour en informer les personnes, ayant également l'outil, avec qui ils seraient rentrés en contact plus de quinze minutes. Il leur serait alors recommandé de se mettre en quarantaine pour une durée de quatorze jours ou jusqu'à ce qu'elles aient été testées[47]. Afin qu'elle soit efficace, un nombre suffisant de personnes devrait télécharger cette application de contact tracing dont le lancement est prévu pour le mois de juin[48]. Néanmoins, les modalités entourant son fonctionnement demeurent attendues au regard du respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel. En attendant, la loi de prorogation de l'état d'urgence vient d'entériner la création de deux fichiers de suivi des malades, appelé Sidep, « *le cas échéant sans leur consentement* », et de ceux ayant été en contact avec eux, nommé Contact Covid[49]. Ces derniers seront alimentés par plusieurs types de recensements : d'abord, celui des professionnels de santé compétents pour y inscrire les personnes malades et celles étant entrées en contact avec elles ; ensuite de l'assurance maladie, via des « brigades sanitaires » afin de mener des enquêtes approfondies relatives aux liens entre les malades ; enfin, des agences régionales de santé pour identifier les chaînes de contamination[50].

Ainsi, des décisions qui d'ordinaire seraient adoptées après de nombreux débats sont dans un contexte de crise finalement actées en quelques jours voire quelques heures[51]. Les choix immatures liés à l'urgence doivent dans un second temps laisser place à une réflexion d'ensemble, plus cohérente, afin d'encadrer plus strictement les mesures attentatoires aux libertés individuelles.



Vers l'encadrement réfléchi des atteintes aux libertés individuelles

Même si l'adoption de mesures dérogatoires apparaît justifiée, compte tenu de la présence d'une « *menace sanitaire grave* »[\[52\]](#) ; certaines déstabilisent l'État de droit. L'hexagone se voit donc contraint de jouer à l'équilibriste. Dès lors, outre le respect de la loi, les principes de nécessité et de proportionnalité doivent toujours être observés *a priori* (A) et contrôlés *a posteriori* par un juge véritablement indépendant et impartial (B).

L'encadrement *a priori* par le respect des principes de nécessité et de proportionnalité

En cette période inédite, certains se résignent à admettre la formule selon laquelle « à situation exceptionnelle, législation d'exception ». Finalement, ce recul des libertés individuelles n'est-il pas une absolue nécessité lorsqu'il s'agit d'éradiquer la pandémie qui frappe le monde ? Comment est-il possible d'accepter aujourd'hui ce qui était inacceptable hier ? En une fraction de seconde l'esprit humain confronte les intérêts en présence en associant deux couples : d'une part, restriction-santé ; d'autre part, liberté-maladie. Le compromis s'avère complexe et la pensée manichéenne ainsi présentée pourrait trouver, rapidement, ses limites. Le contrat social apparaît alors réactualisé, voire bouleversé. Les émotions semblent prendre le pas sur la raison. Dès lors, d'après un sondage commandé par l'université d'Oxford, 80% des Français seraient plutôt favorables à installer une application de *contact tracing* « sans aucun doute ou probablement »[\[53\]](#). Comment l'Homme peut-il faire évoluer son échelle de valeurs si hâtivement ? Le trio « angoisse, maladie, mort » apparaît alors pour justifier certaines décisions injustifiables.

Même si la création d'un droit d'exception pour faire face à la crise sanitaire s'avère globalement nécessaire, qu'en est-il spécifiquement ? Chaque mesure prise doit constituer *l'utilima ratio*, autrement dit le dernier recours. Partant, si des normes moins intrusives permettent d'arriver au même résultat à savoir, éviter la propagation du virus, elles devront toujours être favorisées. Ensuite, si de telles dérogations apparaissent nécessaires, elles se doivent d'être « proportionnées aux risques courus, aux circonstances de temps et de lieu ». La mesure restrictive de droit, attentatoire aux libertés, doit donc être corrélée avec le ralentissement de l'épidémie pour maintenir en bonne santé l'ensemble de la population. Or ce caractère laisse se dessiner une certaine part de subjectivité. Où placer le curseur ? Qu'est-ce qui est réellement nécessaire et proportionné ? Afin de tenter d'apporter des éclairages à ces questionnements, les illustrations analysées au sein de cette étude - l'allongement de plein droit de la durée de la détention provisoire, la captation d'images, la création de fichiers et de l'application StopCovid - doivent être observées en considération de ces deux principes « garantistes ».

Tout d'abord, s'agissant des détenus, n'était-il pas possible de mettre en place un système de visioconférence, même s'il demeure critiqué et constamment censuré par le Conseil Constitutionnel[\[54\]](#) ? Cette hypothèse, certes imparfaite, apparaît sans aucun doute plus acceptable qu'un renouvellement automatique de la mesure privative de liberté. Quoi qu'il en soit, « il eut sans doute été préférable de prévoir une possibilité de prolongation exceptionnelle, sous le contrôle du juge judiciaire, plutôt que d'allonger de plein droit les durées de détention »[\[55\]](#). En effet, la protection de la liberté individuelle appartient au seul juge tant à la lecture du droit interne[\[56\]](#) qu'eupéen[\[57\]](#).

Outre l'intervention de l'autorité judiciaire, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen rappelle que « nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites »[58]. Ainsi, comment justifier une telle prolongation automatique alors que l'ordonnance détient une valeur purement réglementaire, tant qu'elle n'a pas été ratifiée par le Parlement[59] ? En somme, le fait de détenir une personne, encore présumée innocente, en raison de la seule réorganisation de l'activité des juridictions, n'apparaissait donc ni nécessaire ni proportionné. De surcroît, cette prévision semblait d'autant plus incohérente que la sortie de certains détenus, hormis dans les cas listés par le code de procédure pénale justifiant le maintien[60], aurait permis de réduire l'encellulement individuel pour éviter la propagation du virus[61], ce qui a d'ailleurs été prévu concernant les condamnés[62]. Le législateur vient de prendre acte de ces remarques[63] ; il a donc supprimé ces prévisions au sein de la loi relative à la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, après plus d'un mois d'application[64].

Ensuite, la captation d'images en temps réel par drones ou via des « caméras intelligentes », afin de vérifier, au départ, le confinement puis, à son issue, le respect des gestes barrières et le port du masque par les populations, interroge[65]. Est-il vraiment nécessaire d'exercer un tel contrôle sur les individus, ne sont-ils pas déjà assez épiés par les caméras « classiques » ? Les patrouilles de police ne sont-elles pas suffisantes ?

Enfin, concernant l'application StopCovid, les avis de diverses institutions attirent l'attention[66]. Ces derniers s'avèrent temporaires puisque les modalités concrètes liées à son fonctionnement demeurent à ce jour ignorées, alors qu'il est question d'un outil qui serait capable de traiter des données de santé dont la sensibilité ne peut être que rappelée[67]. Pour que cette mesure soit nécessaire, il faudrait que son utilité concrète soit démontrée. Or, selon l'association la Quadrature du net, aucune étude ne le prouve. Elle considère alors que « la CNIL aurait dû s'arrêter à ce simple constat pour demander l'arrêt de ce dangereux et inutile projet, elle s'est égarée dans le faux-débat tendu par le gouvernement : rechercher des « garanties », forcément illusoire, pour encadrer l'application »[68]. Au risque de paraître rétrograde, la technologie est omniprésente et utile dans nos sociétés, mais la généralisation de la technopolice ne semble ni nécessaire, ni proportionnée. En somme, le respect des gestes barrières, le port du masque, la réalisation de tests, la mise en quarantaine des personnes touchées par le virus présentent déjà des garanties suffisantes.

Quant à sa proportionnalité, le gouvernement rappelle que le règlement européen relatif à la protection des données sera respecté[69]. Dès lors, si elle est adoptée, le consentement, l'anonymat des données, l'éviction de la géolocalisation[70], la conservation des données uniquement sur le téléphone ainsi que la transparence du fonctionnement de l'application[71], devront être garantis. Néanmoins, l'absence de nécessité d'un tel système devrait faire reculer les autorités publiques sur son élaboration concrète ; d'autant que l'adoption des deux fichiers, par la loi de prorogation, apparaît déjà suffisamment attentatoire à la vie privée[72]. A cet égard, déclarer la personne malade, contre son consentement, peut trouver une justification, si des garanties sont apportées comme la conservation des données pour une finalité précise à savoir, la neutralisation du virus, qu'elle est bien limitée dans le temps, que les données restent confidentielles et qu'un recours soit ouvert à la personne concernée. Toutefois, la traçabilité de celle étant entrée en contact avec le malade apparaît déjà plus discutable. En attendant, le Conseil Constitutionnel vient de valider la proportionnalité des fichiers dans l'identification des chaînes de contamination, mais a émis des réserves quant aux modalités de la collecte, le

traitement et le partage des données personnelles[73]. Autrement dit, il exige donc que soient posés des garde-fous. A ce titre, le décret en conseil d'État est attendu afin d'en saisir toutes les modalités et les enjeux, tout comme l'avis de la CNIL sur ce point. Quoiqu'il en soit, le cumul de cet outil de traçage manuel avec l'application StopCovid apparaît, quant à lui, disproportionné.

En réalité, l'effectivité de ces principes dans un État de droit doit être placée sous l'égide de la seule autorité juridictionnelle. S'il appartient au législateur de s'interroger sur la nécessité d'une mesure, le juge doit, quant à lui, en contrôler la proportionnalité au regard de la théorie classique de la séparation des pouvoirs.

L'encadrement *a posteriori* par le contrôle juridictionnel effectif

Outre les rapports institutionnels et associatifs n'ayant qu'une valeur consultative sur la prise de ces mesures dérogatoires, les décisions du juge s'avèrent fondamentales dans l'appréciation de leur proportionnalité. En effet, le législateur a adopté une loi octroyant des prérogatives particulièrement extensibles au gouvernement[74]. Pour autant, la situation de crise et d'urgence ne doit pas évincer le contrôle des juridictions internes et à terme européennes.

À côté de la loi sur laquelle reposent toutes les mesures d'exception pour faire face à l'épidémie, qui n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune saisine en amont du Conseil constitutionnel par les Parlementaires, une loi organique a, également, été adoptée[75] dans la précipitation sans tenir compte du délai de quinze jours imposé par la Constitution[76]. Toutefois, pour être promulguées, ces dernières doivent nécessairement être déclarées conformes à la constitution[77]. Étonnamment, le Conseil constitutionnel n'a pas considéré qu'elle avait été adoptée en violation des règles de procédure « *compte tenu des circonstances particulières* »[78] et a corrélativement validé l'article unique permettant de suspendre les délais liés à l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité jusqu'au 30 juin 2020. Cette Loi lui octroie donc la possibilité, en attendant que la crise sanitaire passe, de ne pas se prononcer sur la conformité des mesures dérogatoires prises, ce qui apparaît menaçant pour l'État de droit. Cette décision a fait l'objet de vives critiques[79] et a contraint le Conseil à reprendre l'examen des QPC, mais pour le moment aucune ne concerne la crise sanitaire. Dans cette hypothèse, l'urgence s'efface au profit du mutisme face au contenu d'un droit d'exception inédit qui mériterait pourtant quelques remises en cause.

Toutefois, après plus d'un mois de silence, il vient d'être saisi quant à la conformité de la loi de prorogation de l'état d'urgence[80]. Le Conseil Constitutionnel a notamment vérifié les dispositions relatives à la mise en quarantaine des personnes contaminées. S'il rappelle qu'il ne peut se prononcer sur la nécessité des mesures prises, car ce rôle est dévolu au seul législateur, il doit, quant à lui, en contrôler la proportionnalité[81]. Selon lui, le Parlement a poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. Ainsi, cette mesure, *nonobstant* son caractère fortement dérogatoire, est donc proportionnée à ce but[82]. Pour autant, afin de contrebalancer l'atteinte portée à la liberté individuelle, il exige l'intervention d'un juge indépendant et impartial[83].

Or, nombreuses sont les mesures prises actuellement par le gouvernement au travers d'ordonnances, relevant en temps normal de la compétence du législateur. Dès lors qu'en est-il de leur contrôle ? Il est effectué, dans un premier temps, par le juge du Conseil d'État. La

procédure du référé-liberté lui permet de se prononcer « toutes mesures nécessaires » à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté une atteinte « grave et manifestement illégale » dans un délai de quarante-huit heures[84]. Néanmoins, son contrôle apparaît actuellement superficiel. En effet, la majorité des ordonnances de référé rendues sont assez semblables. Le juge rappelle les circonstances justifiant le droit dérogatoire : « L'émergence d'un nouveau coronavirus (Covid-19), de caractère pathogène et particulièrement contagieux » et conclut, à quelques exceptions près[85], toujours de la même façon. Selon lui, en adoptant de telles mesures, l'ordonnance ne peut être regardée comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées[86]. Pour en arriver à ce constat, la démonstration est très descriptive et n'apparaît pas toujours motivée. A cet égard, il a été affirmé qu'il était un « organe de labellisation juridictionnelle des décisions prises par le Premier ministre, lui-même membre de cette institution »[87]. De surcroît, le Conseil d'État a été saisi par le gouvernement afin de se prononcer sur la création des fichiers qui selon lui ne porte pas « une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par les articles 2 de la Déclaration de 1789 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ne méconnaissent pas les dispositions du RGPD » [88]. Le décret en Conseil d'État, prévoyant les modalités, demeure tout de même attendu.

Par ailleurs, le juge des référés du Tribunal administratif a adopté la même posture concernant le déploiement de drones à Paris en validant leur usage pourtant discutable[89]. En effet, ils s'insèrent dans un cadre juridique quasi inexistant. Partant, il suffit « à la police de considérer que sa mission d'« ordre » et de « sécurité publique » le justifie, pour ne respecter aucune règle quant à l'utilisation de drones dans l'espace public »[90].

De surcroît, depuis 1989 le juge administratif[91] est, avec le juge judiciaire[92], gardien de l'application des normes internationales, dont la Convention européenne des droits de l'Homme fait partie. En effet, nombreuses de ses dispositions semblent violées par le droit d'exception. À ce titre, la clause dérogatoire prévue par l'article 15 de la Convention, en présence d'« un danger public menaçant la vie de la nation »[93], n'a pas été déclenchée par la France, contrairement à certains États[94]. Ce choix politique entraîne l'application « normale » du texte international. Or il semblerait que le Conseil d'État fasse comme si la clause dérogatoire avait été mise en œuvre, assouplissant corrélativement son contrôle conventionnel. Ainsi, « le recours à l'article 15 aurait eu le mérite de dire les choses clairement et de mettre le droit en accord avec la réalité » [95]. À titre d'illustration, la disposition permettant la prolongation automatique des détentions provisoires, désormais supprimée[96], semble violer les articles 5, plaçant sous l'égide d'un magistrat indépendant et impartial le contrôle des privations de liberté, et 6, relatif au droit à un procès équitable supposant notamment l'instauration d'un débat contradictoire[97]. Pour autant, à aucun moment, le Conseil d'État n'y a fait allusion, réduisant à néant le contrôle conventionnel qui lui incombe. Il ne reste plus qu'à compter sur le juge judiciaire, voire, une fois les voies de recours internes épuisées, sur la Cour européenne des droits de l'Homme[98].

En considération des décisions laxistes rendues par le Conseil d'État, le maintien de l'État de droit semble reposer, outre sur le contrôle juridictionnel effectif des deux Cours européennes, sur le seul juge judiciaire, constitutionnellement garant de la liberté individuelle[99], à moins que le Parlement ait fini par rectifier le tir sur certains points, tout en ouvrant la voie à de nouveaux débats. La suite au(x) prochain(s) épisode(s).

[1] M. FOUCAULT, « Le panoptisme », in *Surveiller et punir*, ed. Gallimard, 1975, p. 199. [2] M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011, p. 99. [3] CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n° 634112. [4] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n° 0072 du 24 mars 2020. [5] Loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, modifiée à plusieurs reprises ; V. notamment pour une critique de la création de ce nouvel État d'urgence, CNCDH, *État d'urgence et État de droit*, 28 avr. 2020 ; A. GELBLAT et L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, avr. 2020. [6] Art. L3131-12 et s. du code de la santé publique [7] Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n° 0072 du 24 mars 2020. [8] Art. 1, I de la loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 9 mai 2020, JORF n° 0116 du 12 mai 2020. [9] Art. L3131-1 al. 1 du code de la santé publique. [10] Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JOFR n° 0074 du 26 mars 2020. [11] Sur le fondement de l'article 8 CEDH. [12] Loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 9 mai 2020, JORF n° 0116 du 12 mai 2020. [13] Art. L3131-1 al. 1 du code de la santé publique. [14] Art. L3131-1 al. 1 du code de la santé publique. [15] J.-B CHASTAND, « En Hongrie, la méthode très militaire de Viktor Orban face au coronavirus », *Le Monde*, 23 avr. 2020 ; V. ZOLTAN KAZAI, « La nature autoritaire du régime d'Orban confirmée par sa réponse à la pandémie », *Jus politicum*, 6 mai 2020. [16] Commission européenne, « Déclaration de la présidente », Mme Von der Leyen, sur les mesures d'urgence prises dans les États membres, Bruxelles, 31 mars 2020. [17] Commission européenne, « Déclaration de la présidente », Mme Von der Leyen, sur les mesures d'urgence prises dans les États membres, Bruxelles, 31 mars 2020. [18] Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, JORF n° 0255, 31 oct. 2017. [19] J. DUESENBERY, *Income, Saving and the Theory of Consumer Behavior*, Harvard University Press, 1949. [20] C. VINCENT, « Les libertés publiques à l'épreuve du Coronavirus », *Le Monde*, 20 mars 2020 ; R. PHILIPS, « Coronavirus : les libertés individuelles mises à mal par les mesures d'urgence en Europe », RFI, 3 avr. 2020. [21] N. BELLOUBET a affirmé sur France Inter le 26 mars 2020 que « les mesures qui ont été prises et qui sont destinées à pallier les effets de cette crise sanitaire cesseront rapidement après » ; elle a réitéré ces propos, toujours sur France Inter le 7 mai 2020. [22] La CNCDH met d'ailleurs en garde contre ce phénomène, CNCDH, *Une autre urgence : le rétablissement d'un fonctionnement de la justice*, 28 avr. 2020, p. 8 et s. [23] Art. L3131-1 al. 1 du code de la santé publique. [24] V. sur ce point, CNCDH, *État d'urgence et État de droit*, 28 avr. 2020. [25] Art. 2 du décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n° 0072 du 24 mars 2020 ; Le nouveau décret apporte des précisions, Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n° 0116 du 12 mai 2020. [26] Précisé par le décret n° 2020-423 du 14 avril 2020 complétant le décret n°2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n° 0091 du 14 avril 2020. [27] Art. 3 du décret n°2020-293 du 23 mars 2020. [28] CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674. [29] Art. 3, III du décret n°2020-293 du 23 mars 2020 ; TA Caen, ord., 31 mars 2020, *Préfet de Calvados*, n° 2000711, C. MARLIAC, « Quelques réflexions à propos de l'ordonnance du 31 mars 2020, Préfet du Calvados – L'urgence sanitaire appréciée au niveau local », *La Revue des droits de l'Homme*, avr. 2020. [30] Des allongements de la durée sont prévus, mais toujours sur la décision du juge des libertés et de la détention. Art. 5, II de la loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020. [31] Art. 5 de la loi du n° 2020-546 du 11 mai

2020. [32] Cons. const., 11 mai 2020, décision n° 2020-800 DC, § 41 et s. [33] Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020. [34] V. par exemple, A. BOTTON, « Les droits et libertés fondamentaux à l'épreuve de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020, *Le club des juristes*, 30 mars 2020 ; J.-B. PERRIER, « La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit », *D. actualité*, 9 avr. 2020 ; H. PAULIAT, « Détention provisoire prolongée de plein droit : l'État de droit en quarantaine ? », *JCP administration et Collectivités territoriales*, n° 17, 27 avr. 2020, p. 2129 et s. ; J. BUISSON, « Covid-19 -Incidence sur les règles de la procédure pénale », *Procédures* n° 5, Mai 2020, comm. 100 ; F. NGUYEN, « Le débat contradictoire de prolongation de détention devant le JLD et l'état d'urgence sanitaire », *Lexbase*, éd n° 821, 23 avr. 2020. [35] Circulaire du 26 mars 2020, Présentation des dispositions de l'ordonnance n°2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JUSD2008571C, § 1.4.1. [36] Syndicat de la magistrature, « Contre-circulaire relative à l'adaptation de l'activité pénale des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19 », 6 avr. 2020. [37] Art. 145-1 CPP et s. [38] Art. 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020. [39] Art. 1er, III, 2° de la loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020, J.-B. JACQUIN, « Détention provisoire : les juges ne seront plus mis entre parenthèses », *Le Monde*, 8 mai 2020. [40] Amnesty International déclaration publique conjointe, « Déclaration conjointe de la société civile – Le recours aux technologies de surveillance numérique pour combattre la pandémie doit se faire dans le respect des droits humains », 2 avr. 2020. Cette déclaration a été signée par une centaine de groupe de la société civile. [41] R. PHILIPS, « Coronavirus : les libertés individuelles mises à mal par les mesures d'urgence en Europe », *RFI*, 3 avr. 2020. [42] M. UNTERSINGER, « StopCovid, une application de traçage passée en deux mois de l'idée dystopique à l'Assemblée », *Le Monde*, 27 avr. 2020 ; La quadrature du net, « La crise sanitaire ne justifie pas d'imposer les technologies de surveillance », 8 avr. 2020 ; C. CASTETS-RENARD et al., « Attention à la surveillance technologique généralisée », *Le Devoir*, 25 avr. 2020. [43] S. SEIBT, « Covid-19 : bataille judiciaire autour de l'utilisation des drones par la police française », *France 24*, 6 mai 2020 ; La Quadrature du net, « Covid-19 : l'attaque des drones », 1 avril 2020. [44] D. LELOUP, « La RATP va tester des caméras « intelligentes » pour mesurer le taux de port du masque dans la station Châtelet », *Le Monde*, 7 mai. [45] C. CASTANER a affirmé cet usage lors du 20 heures sur France 2 le 5 avril 2020. [46] Assemblée nationale, Compte rendu intégral de la séance du 28 avril 2020. [47] Université d'Oxford, *Acceptabilité d'une application téléphone pour tracer les contacts porteurs du Covid-19*, 6 avr. 2020. [48] D. LELOUP, « Application StopCovid : une sortie espérée « à partir du 2 juin » en France, *Le Monde*, 5 mai 2020 ; M. UNTERSINGER, « Coronavirus : les nombreuses difficultés que doit résoudre l'application de traçage StopCovid d'ici au 11 mai », *Le Monde*, 28 avr. 2020 ; A. PAWLOTSKY, « L'utilisation des données personnelles dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, un risque pour les droits et libertés ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, avr. 2020 ; C. ZORN, « État d'urgence pour les données de santé : l'application StopCovid », *IP/ IT et Communication*, 12 mai 2020. [49] Art. 11 de la loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020. [50] AFP, « Coronavirus : sur les données personnelles des malades et de leurs contacts, la CNIL promet d'être vigilante » *Le Monde*, 5 mai 2020. [51] Y.-N. HARARI, « *The world after coronavirus* », *Financial Times*, 20 mars 2020. [52] Art. L 3131-1 al. 1 du code de la santé publique. [53] Université d'Oxford, *Acceptabilité d'une application téléphone pour tracer les contacts porteurs du Covid-19*, 6 avr. 2020. [54] Cons. const., 20 sept. 2019, décision n° 2019-802 QPC ; Cons. const., 30 avril 2020, décision n°2020-836 DC. [55] J.-B. PERRIER, « La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit », *D. actualité*, 9 avr. 2020. [56] Art. 66 de la Constitution. [57] Art. 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. [58] Art. 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. [59] CE, 6ème

et 1ère sous-sections réunies, 13 juill. 2006, *France Nature environnement*, n°286711 ; CE, Ass., 28 mars 1997, *Société Baxte*, n° 179049, 179050 et 179054. [60] Art. 144 CPP. [61] Syndicat de la magistrature, « Contre-circulaire relative à l'adaptation de l'activité pénale des juridictions aux mesures de prévention et de lutte contre la pandémie COVID-19 », 6 avr. 2020. [62] Art. 21 et s. de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020. [63] V. sur ce point CNCNDH, *Une autre urgence : le rétablissement d'un fonctionnement de la justice*, 28 avr. 2020. [64] Art. 1er, III, 2° de la loi de la loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020. [65] La Quadrature du Net, « Covid-19 : L'attaque des drones », 1 avr. 2020 ; C. Le FOLL et C. POURE, « Avec le confinement, les drones s'immiscent dans l'espace public », *Médiapart*, 25 avr. 2020. [66] CNIL, *Avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid »*, 24 avr. 2020, n° 2020-046, O. TAMBOU, « Que retenir de l'avis de la CNIL sur le projet d'application mobile « StopCovid », *Le club des juristes*, 29 avr. 2020 ; Conseil national du numérique, *Avis relatif à « StopCovid »*, 24 avr. 2020 ; CNCNDH, *Avis sur le suivi numérique des personnes*, 28 avr. 2020. [67] Art. 9 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. [68] La Quadrature du Net, « La CNIL s'arrête à mi-chemin contre StopCovid », 27 avr. 2020. [69] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. [70] Commission européenne, « Coronavirus : une approche au niveau de l'Union européenne en faveur d'applications efficaces de traçage des contacts afin d'aider à la levée progressive des mesures de confinement », communiqué de presse, 16 avr. 2020. [71] CNCNDH, *Avis sur le suivi numérique des personnes*, 28 avr. 2020, p. 5 et s. [72] Art. 11 de la loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020. [73] Cons. const., 11 mai 2020, décision n° 2020-800 DC, § 61 et s. [74] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n° 0072 du 24 mars 2020. [75] Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n° 0078 du 31 mars 2020. [76] Art. 46 de la Constitution. [77] Art. 46 al. 5 de la Constitution. [78] Cons. Const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, § 3. [79] J.-E GICQUEL, « La loi organique Covid-19 et l'irrespect non sanctionné de la Constitution », *La Gazette du Palais*, 7 avril 2020, n° 14 ; V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel face à lui-même. À propos de la décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 13 avril 2020 ; S. BENZINA, « La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité », *Jus politicum*, 3 avr. 2020 ; M. CARPENTIER, « L'arrêt Heyriès du Conseil constitutionnel », *Jus politicum*, 4 avr. 2020. [80] Cons. const., 11 mai 2020, décision n° 2020-800 DC. [81] V. GOESEL-LE-BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, n°22, juin 2007. [82] Cons. const., 11 mai 2020, décision n° 2020-800 DC, §41. [83] Cons. const., 11 mai 2020, décision n° 2020-800 DC, §41. [84] Art. L521-2 du code de justice administrative [85] V. par exemple à propos de l'usage du vélo, CE, ord., 30 avr. 2020, n° 440179 ou encore du confinement total, CE, ord., 22 mars 2020, n° 439674. [86] V. par exemple à propos de la prolongation automatique des détentions provisoires dont l'ordonnance a été rendue sans audience, CE, ord., 3 avr. 2020, n° 439894 ; E. DUBOUT, « La fin du droit ? Droit, politique, et expertise scientifique en période de crise sanitaire », *Jus politicum*, 21 avr. 2020 ; J.-B JACQUIN, « Coronavirus : le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge », *Le Monde*, 4 avr. 2020. [87] P. CASSIA, « Le Conseil d'Etat et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques », *Médiapart*, 11 avr. 2020. [88] Conseil d'État, « Avis consultatif sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions », 4 mai 2020, § 19. [89] J.-M NORMAND, « A Paris, la justice valide la surveillance du confinement par drones policiers », *Le Monde*, 6 Mai 2020. [90] Art. 10, Arrêté du 17 décembre 2015 relatif à l'utilisation de l'espace aérien par les aéronefs qui circulent sans personne à bord ; La

Quadrature du Net, « Covid-19 : L'attaque des drones », 1 avr. 2020. [91] CE, Ass., 20 oct 1989, *Nicolo*, n° 108243. [92] Ccas, ch. mixte, 24 mai 1974, *Société des cafés Jacques Vabre*, n° 73-13556. [93] Sur le danger public : CEDH, 1er juill. 1961, *Lawless c/ Rép. d'Irlande*, n° 332/57 § 28. [94] Depuis le 7 avril 2020, Dix États membres du Conseil de l'Europe ont usé de la clause dérogatoire : l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Géorgie, la Lettonie, la Macédoine du Nord, la Moldova, la Roumanie, Saint-Marin, la Serbie, Conseil de l'Europe, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*, document d'informations, 7 avr. 2020. [95] F. SUDRE, « La Convention EDH face au Covid-19 : dépasser les apparences, Le club des juristes », 27 avr. 2020 ; F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des Droits de l'Homme », 20 avr. 2020. [96] Art. 1er, III, 2° de la loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020. [97] J.-B PERRIER, « La prorogation de la détention provisoire, de plein droit et hors du droit », *D. actualité*, 9 avr. 2020 [98] O. BAILLET, « Coronavirus et état d'urgence sanitaire : La Convention européenne continue de s'appliquer », *D. actualité*, 8 avr. 2020. [99] Art. 66 de la Constitution.