



HAL
open science

De l'état d'urgence à l'état d'urgence sanitaire : éléments de comparaison

Jean-François Dreuille

► **To cite this version:**

Jean-François Dreuille. De l'état d'urgence à l'état d'urgence sanitaire : éléments de comparaison. Revue pénitentiaire et de droit pénal, 2020, pp.287-302. 10.4000/revdh.9066 . hal-04849052

HAL Id: hal-04849052

<https://hal.science/hal-04849052v1>

Submitted on 19 Dec 2024

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.

De l'état d'urgence à l'état d'urgence sanitaire : éléments de comparaison

Jean-François Dreuille

Le 24 mars dernier était promulguée la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19¹ avec pour objectif « *d'intégrer dans la loi (...) l'organisation qui a été mise en place dans l'urgence pour permettre un éclairage scientifique des décisions publiques ainsi que leur transparence vis-à-vis tant de la représentation nationale que de la population* »². Le souvenir de l'état d'urgence est encore vif : faisant face à une vague d'attentats terroristes, la France sortait à peine de la plus longue période sous ce régime d'exception, depuis la guerre d'Algérie. L'état d'urgence en devient presque une - mauvaise - habitude.

Les hypothèses de nature à perturber les institutions sont multiples et présentent des degrés de gravité divers³. La Constitution prévoit ainsi des situations de crise particulièrement graves dont la gestion est assurée par le Gouvernement (état de siège prévue par l'article 36⁴), ou directement par le Président de la République (pouvoirs exceptionnels de l'article 16)⁵. En outre, le Gouvernement a compétence, pour gérer une crise, par le biais de prérogatives exceptionnelles de puissance publique qu'il peut tirer de principes jurisprudentiels (théories de l'urgence, des circonstances exceptionnelles) ou encore de la loi (état d'urgence, par exemple). S'agissant des effets, d'évidents points de convergence apparaissent : ces régimes d'exception emportent le plus souvent un transfert de compétence, des pouvoirs de police accrus et, surtout, une justification des atteintes momentanées aux libertés individuelles et collectives. L'état d'urgence (L. du 3 avril 1955) et l'état d'urgence sanitaire (L. du 23 mars 2020) n'échappent pas à ce constat, bien au contraire.

Afin de gérer les conséquences de l'épidémie de covid-19 et malgré quelques voix critiques, les premières mesures prises par le gouvernement reposaient principalement sur le pouvoir de police générale du Premier ministre⁶, se combinant avec la théorie des circonstances exceptionnelles⁷, et sur l'article L. 3131-1 du Code de la santé publique permettant au Ministre chargé de la santé de prendre, dans l'urgence, en cas de menace sanitaire grave, notamment en cas d'épidémie, toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu, afin de limiter les conséquences sur la santé de la population, comme ce fut le cas, par exemple, lors de la gestion en 2009, de l'épidémie de la grippe A - H1 N1⁸. Pour autant, le gouvernement a estimé que ces fondements, il est vrai critiqués par de nombreux auteurs, étaient trop fragiles – au regard de l'intensité des atteintes portées aux libertés

¹ L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, NOR : PRMX20007883L ; JO 24 mars 2020, texte n° 2. V. égal. D. 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, NOR : SSAZ2008253D ; JO 24 mars 2020, texte n° 7. La doctrine a abondamment commenté cette loi. Pour une recension de l'état de la doctrine, A. Gelblat et L. Marguet, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 avril 2020 : <http://journals.openedition.org/revdh/9066> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.9066>.

² V. exposé des motifs, Projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, PRMX2007883L.

³ V. G. Braibant, L'Etat face aux crises : Pouvoirs n° 10, 1979, p. 5

⁴ Const. 4 oct. 1958, art. 36 ; ce régime est précisé au sein du Code de la défense (C. défense, art. L. 2121-1 à L. 2121-8). L'État de siège est décrété en conseil des ministres dans le seul cas « de péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée » (C. défense, art. L. 2121-1, al. 1).

⁵ V. J. et J.-E. Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques : Montchrestien, 33e éd., 2019-2020, p. 601 s à vérifier.

⁶ CE, 8 août 1919, Labonne, Rec. 737 ; <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-8-aout-1919-labonne>.

⁷ Conseil d'État, 28 juin 1918, Heyriès, Rec. 651 ; S. 1922.3.49, note Hauriou ; <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-28-juin-1918-heyries>.

V. not. D. n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, NOR : PRMX2007858D.

⁸ Les réquisitions relèvent du Premier ministre et des préfets (CSP, art. L. 3131-8 et L. 3131-9).

individuelles – et qu'il était nécessaire de créer un nouveau régime d'état d'urgence⁹, s'inspirant de « *l'état d'urgence de droit commun* », mais "*s'en distinguant par ses motifs et son régime*"¹⁰. Le prétexte paraît un peu grossier et, par ailleurs, l'état d'urgence de "*droit commun*" est un bel exemple d'oxymore, qui laisse songeur. On peut convenir qu'il devient nécessaire de distinguer les deux hypothèses d'état d'urgence mais le régime d'urgence originel, celui de 1955, n'a rien d'un droit commun. Il existe donc bien deux régimes d'exception qui coexistent et il est impératif de ne pas banaliser par le discours ce qui relève pleinement de l'exception et de la mise en retrait de l'Etat de droit. Le fait même d'être contraint d'écrire une telle évidence nous rappelle la vitesse effrayante avec laquelle nous sommes en mesure de nous adapter, de nous habituer aux situations exceptionnelles et au recul des droits et libertés fondamentaux : l'état d'urgence, quel qu'il soit, n'est pas normal et, s'il le devenait, la démocratie serait en grand péril. Il est inquiétant qu'un régime d'exception - très peu utilisé il y a encore peu - devienne, sur une période de cinq ans, une source "*d'inspiration pour le maintien de l'ordre public*"¹¹ comme si cela était dans la nature des choses de se tourner vers des régimes d'exception liberticides. C'est bien de cela dont il est surtout question, d'atteintes aux libertés publiques, de brouillage des catégories juridiques classiques et de l'effacement progressif du juge judiciaire en tant que gardien des libertés individuelles. Le pénaliste - il n'est pas le seul, bien évidemment - attaché au code de procédure pénale qui borne le pouvoir intrusif et coercitif de l'Etat, qui garantit aux citoyens faisant l'objet d'une mesure restrictive ou privative de droit et de libertés fondamentaux, un contrôle du juge judiciaire et des garanties procédurales, ne peut qu'être inquiet du développement de l'état d'urgence, qu'il faut désormais conjuguer au pluriel, dès lors que le législateur a fait le choix de la dualité (I). Par conséquent, une analyse comparative des mesures restrictives s'impose : en toute logique, elles devraient être particulières tout en étant soumises, en principe, au même contrôle (II).

I De l'état d'urgence à l'état d'urgence sanitaire : le choix de la dualité

Le législateur a créé un régime d'état d'urgence sanitaire intégré dans le Code de la santé publique en invoquant des motifs distincts de ceux de l'état d'urgence de la loi de 1955 (A). La cohérence du dispositif passe nécessairement par une dualité de régimes (B).

A) A chacun ses motifs

Aux termes de l'article 1er de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, l'état d'urgence peut être déclaré dans deux hypothèses : d'une part, en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, d'autre part, en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique.

Aux termes de l'article L. 3131-12 du Code de la santé publique, l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population.

Le contexte initial de l'état d'urgence est celui des troubles en Algérie, cinq mois environ après le début des hostilités, par le déclenchement de l'insurrection armée du FLN. L'état d'urgence a ensuite été déclaré à plusieurs reprises, aussi bien en Algérie¹² qu'en métropole, à la suite des

⁹ V. not., Rapp. n° 381 de M. Philippe Bas, fait au nom de la commission des lois, déposé le 19 mars 2020.

¹⁰ V. exposé des motifs, préc. et v. égal. l'étude d'impact PROJET DE LOI D'URGENCE POUR FAIRE FACE À L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19, NOR : PRMX2007883L-Bleue 1, spéc. p. 18.

¹¹ P. Cassia, L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique ? : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog>.

¹² L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 15. – L. n° 55-1080, 7 août 1955, relative à la prolongation de l'état d'urgence en Algérie : JO 14 août 1955, p. 8170).

événements du 13 mai 1958¹³ ou encore du putsch des généraux¹⁴. La marge de manœuvre du pouvoir exécutif, qui pouvait s'expliquer lors de la guerre d'Algérie, paraissait plus difficile à justifier dans d'autres contextes. La suite a montré que l'état d'urgence était suffisamment malléable pour que le pouvoir exécutif puisse y avoir recours dans des situations de crise présentant pourtant des natures très diverses. Il faut dire que la notion de "*péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public*" est suffisamment large pour le permettre. C'est à nouveau dans un contexte d'insurrection anticoloniale, et suite au décès d'un dirigeant indépendantiste, que le haut-commissaire de la République a déclaré l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, le 12 janvier 1985¹⁵. Plus récemment, l'état d'urgence a été déclaré pour mettre un terme aux émeutes urbaines, débutées le 27 octobre 2005 à Clichy-sous-Bois, en réaction au décès accidentel de deux mineurs poursuivis par la police, et qui se sont étendues dans plus de vingt-cinq départements¹⁶. Enfin, à la suite des attentats terroristes perpétrés à Paris le 13 novembre 2015, l'état d'urgence a été déclaré à compter du 14 novembre 2015 sur le territoire métropolitain et en Corse¹⁷ et, à compter du 19 novembre 2015, en outre-mer¹⁸. De prorogation en prorogation, l'état d'urgence s'est achevé le 1^{er} novembre 2017¹⁹. Cette période est à l'origine de profondes et successives modifications de la loi du 3 avril 1955²⁰.

Il s'avère donc que les motifs de l'état d'urgence, dans ces différentes situations, sont essentiellement d'ordre politique : l'état d'urgence vise avant tout à rétablir l'ordre public dont les troubles menacent le pouvoir en place et les institutions²¹. C'est très net s'agissant des mouvements insurrectionnels en Algérie et en Nouvelle-Calédonie, qui sont par essence des mouvements d'aspiration des peuples à leur indépendance politique. C'est peut-être un peu moins évident s'agissant d'émeutes urbaines ou de menaces terroristes. Dans le premier cas, l'ordre public est troublé gravement et même si la contestation est forte, notamment à l'encontre de tout forme de représentation de l'Etat, la structuration politique de ce dernier ne paraît pas menacée, du moins à court terme. Dans le second, le terrorisme est un instrument de déstabilisation des institutions en portant atteinte gravement à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur. Ses formes et ses motifs sont extrêmement variables, mais la dimension politique est souvent très prégnante. A ce titre, le terrorisme pratiqué par l'état islamique a une portée révolutionnaire, puisque qu'il vise à un contrôle des populations et à une prise du pouvoir politique. Pour autant, ces derniers exemples attestent du glissement d'une finalité politique - institutionnelle - de l'état d'urgence, vers une finalité plus sécuritaire, brouillant les catégories juridiques classiques : l'état d'urgence est devenu un instrument répressif extrajudiciaire. Ce constat se vérifie encore un peu plus suite aux nombreuses modifications apportées à la loi de 1955, pour prévenir la menace terroriste et alors même que l'on peut douter qu'un régime d'exception - nécessairement temporaire - soit adapté à une telle menace quasi permanente²².

¹³ L. n° 58-487, 17 mai 1958, déclarant l'état d'urgence sur le territoire métropolitain : JO 17 mai 1958, p. 4734.

¹⁴ D. n° 61-395, 22 avr. 1961, portant déclaration de l'état d'urgence : JO 23 avr. 1961, p. 3843 ; D. n° 61-396, 22 avr. 1961, relatif à l'application de l'état d'urgence : JO 23 avr. 1961, p. 3842.

¹⁵ A. n° 85-35, 12 janv. 1985.

¹⁶ Par le décret n° 2005-1386 du 8 novembre 2005 ; V. R. Ferretti, La mise en œuvre de l'état d'urgence : Gaz. Cnes 2006, n° 3, p. 1821.

¹⁷ D. n° 2015-1475, 14 nov. 2015, art. 1er : JO 14 nov. 2015, texte n° 44.

¹⁸ D. n° 2015-1493, 18 nov. 2015, art. 1er : JO 19 nov. 2015, texte n° 9.

¹⁹ Sur les prorogations successives, v. not., J.-Cl. Pénal Lois pénales spéciales, fasc 20 : ETAT D'URGENCE, 2020, J.-F. Dreuille, spéc. n° 3.

²⁰ L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions : JO 21 nov. 2015, texte n° 1 ; L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste : JO 22 juill. 2016, texte n° 2 ; L. n° 2016-1767, 19 déc. 2016, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence : JO 20 déc. 2016, texte n° 1 ; L. n° 2017-258, 28 févr. 2017, art. 40, VIII, relative à la sécurité publique : JO 1er mars 2017, texte n° 3 ; L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 24, IV, portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité : JO 27 févr. 2018, texte n° 2.

²¹ En ce sens, v. R. Drago, L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques : RD publ. 1955, p. 675.

²² En ce sens, v. V. F. Saint-Bonnet, Le terrorisme djihadiste et les catégories juridiques modernes : JCP G 2015, 1348. – A. Coignac, L'état d'urgence, la justice et les avocats : JCP G 2016, 147. – A. Heymann-Doat, L'état d'urgence, un régime d'exception pour lutter contre le terrorisme ? : Arch. pol. crim., n° 38, 2016/1, p. 59.

A l'évidence, les motifs qui ont présidé à la création d'un état d'urgence sanitaire sont très différents. Naturellement, la décision de le décréter demeure éminemment politique, mais l'objet principal n'est pas la préservation des institutions, alors même que la pandémie est de nature à les perturber gravement (report des élections municipales ; cluster au sein même de l'assemblée nationale). Il s'agit avant toute chose de préserver la santé des populations, confrontées à une menace majeure, au regard du caractère pathogène et contagieux du virus covid-19, ce qui justifierait un régime distinct.

B) A chacun son régime

L'état d'urgence sanitaire ne s'inscrit donc clairement pas dans le même registre que celui de 1955 et ce nouveau régime est intégré dans le Code de la santé publique et non dans le Code de la sécurité intérieure ou le Code de la défense²³.

Pour autant, cela ne signifie pas que la loi de 1955 ne pouvait en aucun cas recevoir application dans la gestion de la crise sanitaire liée à la covid-19. En effet, l'état d'urgence peut être décrété en en "*cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique*". Sans davantage de précision, il paraît concevable d'inclure dans les événements présentant le caractère de calamité publique les phénomènes naturels très destructeurs (tremblement de terre, inondation, tornade, cyclone, raz de marée, éruptions volcaniques...) ainsi que les catastrophes liées à l'activité humaine (accident industriel de grande ampleur, incident nucléaire, rupture de barrage, incendie de forêt...). Une pandémie, telle que celle de la covid-19 présente également et indubitablement le caractère de calamité publique. Or l'étude d'impact de la loi du 23 mars 2020 ne l'envisage pas dans les scénarios cités²⁴.

Le législateur a donc fait le choix de créer un régime d'état d'urgence particulier pour prendre la mesure de la "*catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population*" qui vient donc s'ajouter au régime de l'état d'urgence de 1955, et subsidiairement aux (nombreux) régimes de police administrative sanitaire, préexistants. L'impression d'empilement est manifeste. Certes, les régimes d'état d'urgence de 1955 et de 2020 sont distincts, mais des points communs peuvent être relevés, tant en ce qui concerne l'autorité compétente qu'au regard de leur étendue dans le temps et dans l'espace.

Depuis l'ordonnance du 15 avril 1960, l'état d'urgence est déclaré par décret en conseil des ministres²⁵, ce qui implique la signature du président de la République. La compétence de la loi est cantonnée, par l'ordonnance, à la prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours (Art. 2, al. 3). Aux termes de l'article L. 3131-13 du Code de la santé publique, l'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres pris, c'est un point de divergence, sur le rapport du ministre chargé de la santé. La prorogation de l'état d'urgence sanitaire au-delà d'un mois ne peut être autorisée que par la loi, après avis du comité de scientifiques prévu à l'article L. 3131-19. Dans les deux hypothèses, la loi a donc une compétence résiduelle s'agissant de la prorogation de la mesure. Jusqu'à présent, le Parlement n'a jamais refusé de proroger l'état d'urgence lorsqu'un projet de loi en ce sens lui a été soumis. Cette compétence résiduelle de la loi apparaît comme une garantie assez limitée face à un régime d'exception liberticide. Pour autant, et sans remettre en cause la compétence de l'exécutif, la loi du 20 novembre 2015 a renforcé le contrôle du Parlement²⁶. La loi prévoit désormais que l'Assemblée nationale et le Sénat soient informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Les autorités administratives leur transmettent sans délai copie de tous les actes

²³Le Code de la défense consacre une division à l'état d'urgence, comprenant un article aux termes duquel les règles relatives à l'état d'urgence sont définies par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (C. défense, art. L. 2131-1). Procédant également par renvoi, le Code de la sécurité intérieure consacre à l'état d'urgence une division composée d'une disposition unique (CSI, art. L. 213-1).

²⁴ V. Etude d'impact de la loi du 23 mars 2020, préc., p. 19.

²⁵ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 2.

²⁶ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 4-1, créé L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015, art. 4 ; réd. L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, art. 2.

qu'elles prennent (cette disposition relative à la transmission de copie est due à la loi de 2016). En outre, l'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures. Ces dispositions sont reprises à l'identique s'agissant de l'état d'urgence sanitaire²⁷. La très récente opposition du Sénat, s'agissant de la stratégie de sortie de crise proposée par le gouvernement atteste, de l'intérêt d'instaurer un tel contrôle²⁸.

La loi du 3 avril 1955 ne fixe pas expressément la durée de l'état d'urgence. Pour autant, la latitude du pouvoir exécutif n'est pas sans limite, dès lors qu'elle énonce que la prorogation de l'état d'urgence au-delà de 12 jours ne peut être autorisée que par la loi, qui fixe alors sa durée définitive²⁹. En comparaison, l'état d'urgence sanitaire présente une période plus longue, en principe³⁰, d'un mois justifié - de façon purement déclarative - par le gouvernement, au regard de la durée d'une pandémie du type covid-19. On ne voit pas en quoi la durée d'une pandémie, qui pourrait excéder des mois, voire des années, est de nature à justifier une limitation du contrôle parlementaire. Pour autant, la prorogation de l'état d'urgence sanitaire impose également le recours à la loi³¹ qui fixe sa durée définitive³². De plus, il est expressément prévu qu'il peut être mis fin à l'état d'urgence sanitaire par décret en conseil des ministres avant l'expiration du délai fixé par la loi le prorogeant. Au-delà de cette bizarrerie en termes de hiérarchie des normes, cette faculté n'est pas énoncée par la loi de 1955 même si, en pratique, les lois passées et prorogeant l'état d'urgence l'ont précisé systématiquement. La loi prévoit encore que " *les mesures prises en application du présent chapitre cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence sanitaire* ", ce qui peut paraître évident. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas, ainsi dans le régime d'état d'urgence de 1955, les mesures prises sur le fondement de l'article 6-1 (dissolution de groupements ou associations) ne cessent pas de produire leurs effets à la fin de l'état d'urgence³³, dérogeant ainsi à l'article 14 de la loi du 3 avril 1955. Par ailleurs, la sortie de la crise actuelle atteste des difficultés du législateur à revenir vers le droit commun, sans poursuivre, sous une autre forme, des mesures et une logique d'exception. Enfin, il convient de noter l'importance accordée à la science dans l'aide à la décision politique : non seulement les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire ayant motivé la décision sont rendues publiques, mais encore la loi du 11 mai 2020³⁴ prévoit un avis du comité scientifique dont la composition est énoncée par l'article L. 3131-19 du Code de la santé publique, avant toute prorogation de l'état d'urgence sanitaire. Il ne paraît pas incongru qu'un comité scientifique indépendant - mais peut-il l'être véritablement au vu de sa composition ? - puisse utilement éclairer la décision politique même si on l'on constate que, s'agissant de la gestion de cette crise et des moyens à mettre en œuvre, le consensus du corps médical est loin d'être avéré.

Enfin, concernant l'étendue dans l'espace, là encore la loi de 1955 a largement inspiré le législateur de 2020. Aux termes de l'article 1er de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, « *l'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain, des départements d'outre-mer, des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et en*

²⁷ CSP, art. L. 3131-13, al. 2.

²⁸ Projet de loi organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire : NOR : PRMX2013758L; V. not., P. Bas, Rapport n° 540 (2019-2020), fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 juin 2020: <https://www.senat.fr/rap/l19-540/l19-540.html>.

²⁹ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 2, al. 3, et art. 3 ; sur l'ambiguïté de l'adjectif "définitive" et la difficulté de concilier une mesure temporaire et des prorogations successives, v. not., J.-F. Dreuille, préc., n° 16.

³⁰ L'article 4 de la loi du 23 mars 2020, préc., a d'emblée dérogé à ce principe : "Par dérogation aux dispositions de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, l'état d'urgence sanitaire est déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi".

³¹ CSP, art. L. 3131-13, al. 3. La loi du 11 mai 2020 a ainsi prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet inclus : L. n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, art. 1er, I, JO 12 mai 2020, Texte 1.

³² CSP, art. L. 3131-14, al. 1er.

³³ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 6-1, al. 3.

³⁴ L. n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, art. 2, JO 12 mai 2020, Texte 1.

Nouvelle-Calédonie ». La formulation de l'article L. 3131-12 du code de la santé publique est quasiment identique. La ressemblance ne s'arrête pas là. Selon la loi de 1955, le décret en conseil des ministres déclarant l'état d'urgence détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur³⁵. Une fois les circonscriptions territoriales déterminées par le décret en conseil des ministres déclarant l'état d'urgence, la loi prévoit qu'un ou plusieurs décrets simples fixent les zones où l'état d'urgence recevra application dans la limite de ces circonscriptions³⁶. L'application de l'état d'urgence est donc laissée à l'appréciation du Premier ministre et sa marge de manœuvre est grande. Le décret déclarant l'état d'urgence sanitaire détermine la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur et reçoit application. Le législateur de 2020 innove quelque peu dès lors que la notion de zone d'application n'apparaît pas, même si le décret du 11 mai a classé les territoires des départements en zones rouges et vertes³⁷. De plus, le décret doit être motivé, notamment, précise le texte, par des données scientifiques. Gageons que ces dernières ne soient pas les seules à présider à une décision de cette nature et qu'elles sont, par ailleurs, de nature à tempérer la marge d'appréciation du Premier Ministre. La loi du 23 mars 2020 a retenu une application de l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire national en précisant qu'un décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé pouvait en limiter l'application à certaines des circonscriptions territoriales.

L'état d'urgence est donc un régime particulier mais, à ce stade, l'inspiration forte de la loi de 1955 est vérifiée. Dès lors, la différence majeure entre ces deux régimes - et au-delà de leurs motifs - se situe essentiellement dans les mesures susceptibles d'être édictées, qui restent néanmoins soumises à un contrôle identique.

II De l'état d'urgence à l'état d'urgence sanitaire : des mesures restrictives particulières soumises en principe au même contrôle

Les motifs étant différents, il semblait cohérent de faire le choix d'un régime d'état d'urgence particulier³⁸. Pour autant, la notion de calamité publique dans l'état d'urgence de 1955, mais encore un certain mimétisme des régimes, sont de nature à faire douter de l'intérêt de cette solution. Néanmoins, à observer les mesures restrictives pouvant être prises dans l'état d'urgence de 1955, il est manifeste que l'aspect sécuritaire irrigue l'ensemble, ce qui est cohérent au regard de l'évolution des motifs, comme cela a été précisé. Par conséquent, la création d'un état d'urgence sanitaire peut s'expliquer lorsque que les mesures restrictives ont pour seule fin de garantir la santé publique et n'ont pas de visée sécuritaire. Dès lors que le choix politique d'avoir recours à un régime d'exception a été arrêté, l'adaptation de l'état d'urgence de 1955 n'était pas, juridiquement, inconcevable. Toutefois, étant données les logiques très différentes qui sous-tendent ces régimes, la loi de 1955 aurait perdu en cohésion et l'objectif d'une réponse graduée en présence d'une crise sanitaire aurait été mis à mal. Par conséquent, le choix du Code de la Santé publique pour créer un régime d'exception ne paraît pas incohérent, du moins si l'on souscrit au postulat initial de la nécessité d'un régime d'exception supplémentaire - institutionnel - ce qui est très loin d'emporter la conviction de la doctrine. Pour autant, ce régime existe et il invite à confronter les mesures restrictives et privatives de droits et libertés fondamentaux qu'il porte avec celles-déjà bien connues de l'état d'urgence de la loi de 1955

³⁵ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 2, al. 1.

³⁶ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 2, al. 2.

³⁷ D. n° 2020-545 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, NOR : SSAZ2011567D, JO 11 mai 2020, Texte 1. Ce décret a édicté des zones vertes ou rouges au regard de la situation sanitaire des territoires, déterminée notamment en fonction du nombre de passages aux urgences pour suspicion d'affection à la covid-19, du taux d'occupation des lits de réanimation par des patients atteints par le virus et de la capacité de réalisation des tests virologiques sur leur territoire.

³⁸ En partant du principe que d'autres outils juridiques ne pouvaient pas être mobilisés.

(A). La mesure de l'effectivité du contrôle juridictionnel s'impose, pour clore la comparaison (B).

A) Analyse comparative des mesures restrictives et privatives de droits et libertés fondamentaux

La loi n° 55-385 du 3 avril 1955 prévoit des mesures qui peuvent être regroupées dans deux régimes distincts : un régime ordinaire et un régime spécial, prévoyant les effets d'un état d'urgence, en quelque sorte, aggravé. Au titre du régime ordinaire figurent en bonne place des mesures restrictives de libertés, principale caractéristique d'un régime d'exception qui confère à l'autorité administrative la faculté de s'affranchir de la légalité ordinaire. L'état d'urgence confie ainsi, alternativement ou cumulativement, au préfet et au ministre de l'Intérieur, un panel de prérogatives qui tendent à restreindre de façon importante les libertés individuelles et collectives dans le but de prévenir des troubles à la sécurité et à l'ordre public : restrictions à la liberté d'aller et de venir telles que des interdictions de la circulation³⁹, des interdictions de séjour⁴⁰ ou encore des assignations à résidence dont le régime, substantiellement assoupli et enrichi par les lois du 20 novembre 2015⁴¹, 19 décembre 2016⁴² et 28 février 2017⁴³, élargit le champ des personnes potentiellement concernées et assortit cette mesure de nombreuses obligations dont la visée sécuritaire est patente⁴⁴ ; dissolution d'associations ou de groupements⁴⁵ ; atteintes à la liberté de réunion et de manifestation⁴⁶ ; remise des armes et munitions⁴⁷ ; droit de réquisition⁴⁸. A ces mesures, s'ajoutent des mesures exceptionnelles relevant d'un état d'urgence aggravé, et qui portent davantage encore atteinte aux droits et libertés fondamentaux : perquisitions administratives en tout lieu, y compris un domicile de jour et, par exception, de nuit⁴⁹ dont le régime est plus clair depuis 2015, et contrôle des services de communication en ligne⁵⁰. Les mesures administratives peuvent être générales mais aussi

³⁹ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 5, 1°.

⁴⁰ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 5, 3°.

⁴¹ L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015, art. 176 la décision appartient au seul ministre de l'Intérieur, qui peut prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret déclarant l'état d'urgence, et à l'égard de laquelle il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics dans les circonscriptions territoriales soumises à l'état d'urgence. La modification est patente : dans la rédaction antérieure à la loi de 2015, l'assignation impliquait une activité dangereuse, ce qui semble bien différent de l'hypothèse de la seule menace (sur ce point, V. not., S. Hennette Vauchez, La fabrique législative de l'état d'urgence : lorsque, par la disposition des choses, le pouvoir n'arrête pas le pouvoir, in Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, Rapp. de recherche : Convention n° 2016 DDD/CREDOF, févr. 2018, p. 54 s., spéc. p. 62).

⁴² L. n° 2016-1767, 19 déc. 2016, art. 2.

⁴³ L. n° 2017-258, 28 févr. 2017, art. 38.

⁴⁴ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 6, al. 6 à 10.

⁴⁵ La loi du 20 novembre 2015 a inséré une nouvelle disposition dans la loi du 3 avril 1955 (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 6-1, créé L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015, art. 4). Sans préjudice de l'application de l'article L. 212-1 du Code de la sécurité intérieure, l'article 6-1 prévoit la dissolution, par décret en conseil des ministres, des associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 6-1, al. 1).

⁴⁶ Le préfet peut ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 8, al. 1, rééd. L. n° 2016-987, 21 juill. 2016, art. 3, 1°). Ces mesures peuvent également être prises par le ministre de l'Intérieur (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 8, al. 1). De plus, la loi permet au préfet d'interdire, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 8, al. 2).

⁴⁷ (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 9, al. 1, rééd. L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015, art. 4 ; L. n° 2018-133, 26 févr. 2018, art. 22)

⁴⁸ Les réquisitions de personnes et de biens sont prévues par l'article 10 de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 (rééd. L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015, art. 4) qui énonce que la déclaration de l'état d'urgence s'ajoute aux cas visés par l'article L. 1111-2 du Code de la défense. A noter que le préfet tire déjà du droit commun la faculté de procéder à des réquisitions (CGCT, art. L. 2215-1).

⁴⁹ L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 11, I, rééd. L. n° 2017-258, 28 févr. 2017, art. 38) (lors de chaque déclaration de l'état d'urgence, il a été fait application de ces dispositions, qui, de fait, n'ont plus rien d'exceptionnelles).

⁵⁰ La loi du 20 novembre 2015 a entériné une pratique d'auto-limitation, par l'autorité administrative, du contrôle de la presse en modifiant substantiellement l'article 11 de la loi du 3 avril 1955. Il est désormais prévu la possibilité pour le ministre de l'Intérieur de « prendre toute mesure pour assurer l'interruption de tout service de communication au public en ligne provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie » (L. n° 55-385, 3 avr. 1955, art. 11, II, rééd. L. n° 2015-1501, 20 nov. 2015, art. 4). Cette nouvelle disposition est nettement moins attentatoire aux libertés que ne pouvait l'être le régime antérieur. En effet, d'une part, seul le ministre de l'Intérieur est compétent, d'autre part, il ne s'agit aucunement d'instaurer une censure des organes de presse en ligne mais de cibler certains services de communication au public.

individuelles, à l'initiative, selon les hypothèses, du ministre de l'Intérieur et ou du représentant de l'état dans le département.

Aux seules fins de garantir la santé publique, l'état d'urgence sanitaire est porteur également de mesures restrictives et privatives de droits et de libertés, d'une ampleur inédite : le confinement généralisé à l'échelle de la nation entière en constitue le meilleur exemple. L'état d'urgence sanitaire s'ajoute aux mesures prévues par le Code de la santé publique en assurant ainsi - en principe - une réponse graduée. Au-delà des mesures prises par le Ministre de la santé et dès lors que la menace se concrétise par une catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population, le Premier ministre peut, par décret⁵¹, prendre, aux seules fins de garantir la santé publique, des mesures restrictives de droits et de libertés individuelles ou collectives : restriction ou interdiction de circulation des personnes et des véhicules ; confinement ; quarantaine ; placement et isolement ; fermeture provisoire d'établissement et réglementation de l'ouverture ; limitation et interdiction des rassemblements sur la voie publique et des réunions de toute nature ; réquisitions de biens, de services et de personnes ; mesures de contrôle des prix ; mesures de mise à disposition des patients de médicaments ; toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire. La généralité de cette dernière hypothèse interpelle : à quoi bon dresser une liste *a priori* exhaustive si la dernière mesure vise "*toute autre mesure*". De plus, à l'instar de l'état d'urgence de 1955, la loi du 23 mars 2020 organise des habilitations "*en cascade*"⁵² du premier ministre au représentant de l'état territorialement compétent,⁵³ en passant par le ministre de la santé⁵⁴, leur conférant la compétence pour prendre des mesures générales et même, de façon plus surprenante s'agissant d'une lutte collective contre une pandémie, des mesures individuelles.

La loi du 11 mai 2020 a fort opportunément précisé le régime de la quarantaine, des mesures de placement et de maintien en isolement, c'est-à-dire les mesures privatives de liberté les plus prégnantes. Tout d'abord, elles ne peuvent viser que les personnes qui, ayant séjourné au cours du mois précédent dans une zone de circulation de l'infection, entrent sur le territoire national, arrivent en Corse ou dans l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution. Les entreprises de transport ferroviaire, maritime ou aérien communiquent au représentant de l'Etat dans le département qui en fait la demande les données relatives aux passagers concernant ces déplacements dans les conditions prévues à l'article L. 232-4 du Code de la sécurité intérieure, c'est à dire celles prévues pour le contrôle aux frontières et la lutte contre l'immigration clandestine. On constate ainsi que le glissement du sanitaire vers le sécuritaire peut être très rapide. Les personnes concernées, astreintes ou non à des obligations⁵⁵, ont le choix du lieu : à leur domicile, tout en prenant en considération la problématique des violences intrafamiliales, ou dans les lieux d'hébergement adaptés. La durée initiale ne peut excéder quatorze jours mais elle est renouvelable, dans la limite maximale d'un mois. Toutefois, lorsque la mesure interdit toute sortie de l'intéressé hors du lieu où la quarantaine ou l'isolement se déroule, elle ne peut se poursuivre au-delà d'un délai de quatorze jours sans que le juge des libertés et de la détention, préalablement saisi par le représentant de l'Etat dans le département, ait autorisé cette prolongation⁵⁶. En outre, la loi conditionne ces mesures, ce qui, somme toute,

⁵¹ V. D. n° 2020-293 du 23 mars 2020, préc. ; D. n° 2020-545 du 11 mai 2020, préc.

⁵² V. A. Gelblat, L. Marguet, préc., p. 7.

⁵³ CSP, art. L. 3131-17, à noter que les décisions prises par le représentant de l'Etat le sont après avis du directeur général de l'agence régionale de santé.

⁵⁴ CSP, art. L. 3131-16.

⁵⁵ CSP, art. L. 3131-15, II, al. 6 et 7 : 1° Ne pas sortir de son domicile ou du lieu d'hébergement où elle exécute la mesure, sous réserve des déplacements qui lui sont spécifiquement autorisés par l'autorité administrative. Dans le cas où un isolement complet de la personne est prononcé, il lui est garanti un accès aux biens et services de première nécessité ainsi qu'à des moyens de communication téléphonique et électronique lui permettant de communiquer librement avec l'extérieur ; 2° : Ne pas fréquenter certains lieux ou catégories de lieux.

⁵⁶ CSP, art. L. 3131-17.

est la moindre des choses, à la constatation médicale de l'infection de la personne concernée. Un certificat médical suffit donc au représentant de l'Etat pour prendre la décision en précisant les voies et délais de recours, ce qui est classique, ainsi que les modalités de saisine du juge des libertés et de la détention, ce qui n'est pas sans rappeler la procédure des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques. Cette intervention, même limitée et tardive du juge des libertés et de la détention, peut être saluée, l'article 66 de la constitution se rappelant au bon souvenir du législateur, ce qui loin d'être le cas s'agissant de l'état d'urgence de la loi de 1955⁵⁷. De plus, le conseil constitutionnel a eu l'opportunité d'émettre une réserve importante⁵⁸. Enfin, la loi précise, à plusieurs reprises, que les mesures générales et individuelles édictées par le représentant de l'Etat dans le département en application du présent article sont strictement nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Les mesures individuelles prises par le représentant de l'Etat font l'objet d'une information sans délai du procureur de la République territorialement compétent. Le texte prend soin d'ajouter qu'il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires.

Certaines mesures restrictives ou privatives de droit sont donc communes aux deux hypothèses d'état d'urgence, mais elles sont loin de se recouper pleinement. En revanche, il est prévu dans les deux cas des sanctions pénales en cas de non-respect de nature à assurer une certaine effectivité des mesures administratives. Ce droit pénal est par essence temporaire. S'agissant de l'état d'urgence, les sanctions prévues par la loi du 3 avril 1955 et par le Code pénal ne soulèvent pas de difficultés particulières. Les sanctions imaginées pour faire respecter l'état d'urgence sanitaire suscitent davantage d'interrogations, notamment au regard du principe de la légalité criminelle et des principes de nécessité et de proportionnalité⁵⁹. En ce qui concerne le premier principe, le Conseil a très récemment balayé la contestation⁶⁰, augurant d'un contrôle juridictionnel limité.

B) L'effectivité du contrôle juridictionnel

S'agissant de régimes d'exception, il est impératif que des contre-pouvoirs soient à l'œuvre, d'autant plus lorsque le contrôle parlementaire est réduit à sa plus simple expression. Pour autant, faut-il placer beaucoup d'espoir dans le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de légalité ? On peut apprendre des situations passées, du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence de 1955, pour éclairer les débats qui se présentent dans des termes, *a priori* similaires, aujourd'hui s'agissant de l'état d'urgence sanitaire.

La Constitution ne mentionnant pas l'état d'urgence, la question se posait de savoir si le Parlement pouvait adopter une législation d'exception portant atteinte aux droits et libertés constitutionnellement reconnus⁶¹. Le Conseil constitutionnel a répondu par l'affirmative dans une décision du 25 janvier 1985 relative à la prorogation de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, par la loi du 25 janvier 1985⁶², tout en refusant d'examiner par voie d'exception la loi de 1955, dès lors que la loi du 25 janvier 1985 n'était qu'une application de cette dernière. Pour autant, le Conseil a jugé que la Constitution de 1958 n'a pas eu pour effet d'abroger la loi

⁵⁷ V. not. les perquisitions administratives pour lesquelles seule la présence d'un OPJ est requise ou encore l'assignation à résidence qui donne lieu simplement à une information du procureur de la République, v. not., J.-F. Dreuille, préc., n° 31 et n° 22.

⁵⁸ Cons. const. 11 mai 2020, n° 2020-800 DC (L. n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, préc.) : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm> ; v. infra, note 82.

⁵⁹ V. not., Ph. Conte, Le droit pénal de crise : l'exemple du virus Covid 19, Droit pénal n° 5, mai 2020, Etude 2 ; J.-B. Perrier Le droit pénal du danger Recueil Dalloz 2020 p.937 ; G. Beaussonnie, Le droit pénal dans la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, Lexbase : n° L5506LWT.

⁶⁰ Cons. const., 26 juin 2020, n° 2020-846/847/848 QPC : conformité des dispositions de l'alinéa 4 de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique qui incriminent la violation d'interdictions ou obligations édictées en application du 2° de l'article L. 3131-15 du même code.

⁶¹ Ph. Terneyre, Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité : RD publ. 1987, p. 1489 s., spéc. p. 1494 ; R. Drago, préc. n° 1, spéc. p. 692 ; A. Roux, Etat d'urgence et Constitution : RFD const. 2016, p. 688.

⁶² L. n° 85-96, 25 janv. 1985, relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances : JO 26 janv. 1985, p. 1087.

du 3 avril 1955⁶³. La doctrine était partagée s'agissant du bien-fondé de la solution. Un auteur approuvait la décision en exprimant l'idée selon laquelle une loi de crise était préférable à la seule jurisprudence administrative des circonstances exceptionnelles comme fondement de l'action des autorités publiques⁶⁴. En revanche, d'autres auteurs critiquèrent la décision du 25 janvier 1985 et émirent des réserves quant à la constitutionnalité de la loi du 3 avril 1955⁶⁵. Le Conseil d'État a indiqué, sans aucune ambiguïté, que la loi du 3 avril 1955 n'avait pas été abrogée implicitement par la Constitution de 1958⁶⁶. Depuis l'instauration de la QPC, un consensus parlementaire ne peut plus en principe faire échec à un contrôle de constitutionnalité de lois pourtant particulièrement attentatoires aux libertés individuelles et collectives⁶⁷. Dès lors, et à de nombreuses reprises, le Conseil constitutionnel, tout en rappelant sa jurisprudence de 1985, a eu l'opportunité d'apprécier la constitutionnalité de nombreuses dispositions de la loi du 3 avril 1955 dans sa version d'origine ou modifiée⁶⁸. Suite aux attentats de novembre 2015, le Président de la République a exprimé le souhait, devant le Parlement réuni en Congrès, à Versailles, le 16 novembre 2015⁶⁹, de réviser la Constitution afin, notamment, d'y intégrer l'état d'urgence. Un projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation a donc été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale mais n'a pas dépassé le stade de la première lecture devant l'Assemblée nationale⁷⁰ et le sénat⁷¹, en raison de l'impasse politique suscitée par le projet de déchéance de nationalité pour les personnes condamnées pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la nation⁷². Par conséquent, le président de la République, le 30 mars 2016, a annoncé publiquement l'abandon du projet de révision constitutionnelle, avant même la convocation du Congrès. L'intérêt de la constitutionnalisation de l'état d'urgence ne fait pas l'unanimité en doctrine⁷³.

Concernant l'état d'urgence sanitaire, la loi du 23 mars 2020 n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*. Non seulement les parlementaires n'ont pas souhaité retarder l'action gouvernementale, mais encore le Président de la République a promulgué la loi dès son adoption. Par conséquent "*les vices d'inconstitutionnalité susceptibles d'être soulevés que dans le cadre de ce contentieux sont désormais couverts*"⁷⁴. La voie de la QPC ne pouvait pas davantage être suivie dès lors que la loi organique du 30 mars 2020, conforme à la constitution selon le conseil constitutionnel⁷⁵, a suspendu le délai de trois mois dont dispose le conseil d'état et la cour de cassation pour examiner les conditions de recevabilité d'une éventuelle QPC. De

⁶³ Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC : JurisData n° 1985-600309 ; JO 26 janv. 1985, p. 1137 ; Rec. Cons. const. 1985, p. 43 ; AJDA 1985, p. 362, note P. Wachsmann ; D. 1985. p. 361, note F. Luchoire.

⁶⁴ Ph. Terneyre, préc., spéc. p. 1497.

⁶⁵ V. C. Debbasch, J.-M. Pontier, J. Bourdon, J.-Cl. Ricci, Droit constitutionnel et institutions politiques, Economica, 4e éd., 2001, p. 967. – P. Wachsmann, préc. ; V. également, pour une position antérieure à la décision et pour une approche comparée, R. Drago, préc. n° 1, spéc. p. 697.

⁶⁶ CE, ord. réf., 21 nov. 2005, n° 287217 : JurisData n° 2005-069266 ; AJDA 2006, p. 357, chron. C. Landais et F. Lenica.

⁶⁷ A titre d'exemple, la loi n° 2005-1425 du 18 novembre 2005, prorogeant l'état d'urgence déclaré à la suite d'émeutes ayant troublé gravement l'ordre public dans de nombreuses communes (L. n° 2005-1425, 18 nov. 2005, art. 2, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 : JO 19 nov. 2005, texte n° 1. - V. n° 5 et 6) n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité.

⁶⁸ V. not., Cons. const., 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC : JurisData n° 2015-027034 (assignation à résidence) ; Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-535 QPC : JO 21 févr. 2016, texte n° 26 (fermetures provisoires et interdictions de réunion) ; Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC : JurisData n° 2016-002623 (perquisitions administratives) : JCP G 2016, act. 280, entretien avec P. Spinosi ; JCP G 2016, 477, C. Ribeyre ; Procédures 2016, comm. 138, A.-S. Chavent-Leclère ; AJ pénal 2016, p. 201, obs. O. Cahn. Pour un aperçu plus complet des décisions, v. not. J.-F. Dreuille, préc., n° 4.

⁶⁹ D. 14 nov. 2015, réunissant le Congrès par application de l'article 18 de la Constitution : JO 15 nov. 2015, texte n° 2.

⁷⁰ Doc. AN 2016-2016, n° 678, 10 févr. 2016.

⁷¹ Doc. Sénat 2016-2016, n° 113, 22 mars 2016.

⁷² V. not., I. Boucoba, C. Girard, « Constitutionnaliser » l'état d'urgence ou comment soigner l'obsession d'inconstitutionnalité ? : La Revue des Droits de l'Homme, Actualités Droits-Libertés févr. 2016, URL : DOI : 10.4000/revdh.1784).

⁷³ V. F. Saint-Bonnet, O. Beaud, État d'urgence : un statut constitutionnel donné à l'arbitraire : JCP G 2016, 71. – Y. Mayaud, L'état d'urgence récupéré par le droit commun ? - Ou de l'état d'urgence à l'état de confusion ! : JCP G 2016, doct. 344. - Pour un aperçu synoptique des décisions du Conseil constitutionnel relatives à la loi du 3 avril 1955 et les dispositions connexes - dispositions n'intégrant pas le régime de l'état d'urgence mais adoptées dans le cadre d'une loi de prorogation ou pendant sa mise en œuvre -, V. S. Hennette Vauchez (dir.), Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, Rapp. de recherche : Convention n° 2016 DDD/CREDOF, févr. 2018, spéc. p. 113 à 118).

⁷⁴ V. A. Gelblat, L. Marguet, préc., p. 13.

⁷⁵ Cons. const., 26 mars 2020, n° 2020-799 DC : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020799DC.htm>.

plus, le délai de trois mois accordé au conseil constitutionnel pour se prononcer après une possible transmission a été également suspendu⁷⁶. Les très nombreux commentaires doctrinaux traduisent le profond malaise suscité par des textes et décisions qui conduisent à écarter ou à retarder le contrôle de constitutionnalité d'une loi à ce point liberticide. Les QPC ne vont pas manquer, mais il est loin d'être évident que le conseil constitutionnel se lancera dans une logique de remise en question de l'action menée pendant cette crise⁷⁷. Pour autant, la jurisprudence du conseil relative à l'état d'urgence peut laisser quelques motifs d'espérer quant à un contrôle poussé des atteintes aux droits et libertés fondamentaux dans les dispositions régissant l'état d'urgence sanitaire. De plus, la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions⁷⁸ a fait l'objet, cette fois, d'un contrôle de constitutionnalité et le conseil a précisé que "*la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République*"⁷⁹. Le conseil a censuré (très) partiellement la loi⁸⁰ et a émis quelques réserves, dont l'une est intéressante pour notre propos dès lors que le conseil s'appuie notamment sur une décision de 2015, rendue dans le contexte de l'état d'urgence⁸¹, en tirant les conséquences de la nature privative de liberté des mesures conduisant à interdire à la personne toute sortie pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour, sans l'autorisation du juge judiciaire⁸².

En ce qui concerne le contrôle de légalité par le juge administratif, il est prévu un recours selon la procédure administrative du référé-liberté⁸³, autre similarité, opportune, avec l'état d'urgence, contre les mesures individuelles prescrites par le ministre de la santé ou par le représentant de l'Etat⁸⁴. Là encore, les questions soulevées par l'état d'urgence de la loi de 1955, et notamment celle de la proportionnalité des mesures décidées, sont d'une très grande actualité, s'agissant de l'état d'urgence sanitaire. Pour autant, deux raisons n'inspirent guère à l'optimisme sur le rôle majeur que pourrait jouer le Conseil d'Etat dans ce contrôle de légalité. En premier lieu, les décisions passées ne traduisent pas un réel contre-pouvoir face aux éventuels excès de l'exécutif⁸⁵, alors même que le Conseil d'Etat s'est exceptionnellement prononcé sur un choix de politique publique, s'agissant de la fin de l'état d'urgence de la loi de 1955⁸⁶. En second lieu, les très nombreuses ordonnances récentes ne s'inscrivent pas dans une logique de remise en cause de l'action de l'administration, c'est même un euphémisme. Plus inquiétant encore, un

⁷⁶ L. org. n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JO 31 mars 2020, Texte n° 2.

⁷⁷ V. déjà, Cons. const., 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC : conformité (violation alléguée des exigences découlant de l'article 66 de la Constitution ainsi que des droits de la défense, de la loi du 23 mars 2020 en permettant aux ordonnances prises sur le fondement de cette loi d'habilitation de prévoir une prolongation automatique de tous les titres de détention provisoire venant à expiration durant la période d'état d'urgence sanitaire, sans que cette prolongation soit subordonnée à l'intervention d'un juge).

⁷⁸ L. n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, JO 12 mai 2020, Texte n° 1.

⁷⁹ Cons. const., 11 mai 2020, préc., § 17.

⁸⁰ v. par exemple, Cons. const., 11 mai 2020, préc., 70 (exclusion des organismes qui assurent l'accompagnement social des intéressés du champ des personnes ayant accès aux informations collectées).

⁸¹ Cons. const., 22 décembre 2015, n°2015-527QPC du, M. Cédric D (Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence) : JurisData n° 2015-027034.

⁸² Cons. const. 11 mai 2020, préc., § 43.

⁸³ CSP, art. L. 3131-25-1.

⁸⁴ Le décret du 23 mars 2020 précise d'ailleurs que le représentant de l'Etat dans le département est habilité à adopter des mesures plus restrictives en matière de trajets et déplacements des personnes lorsque les circonstances locales l'exigent, v. D. n° 2020-293 du 23 mars 2020, préc., art. 3, III.

⁸⁵ CE, ord. réf., 14 nov. 2005, n° 286835 : JurisData n° 2005-069229 ; CE, ord. réf., 21 nov. 2005, n° 287217 : JurisData n° 2005-069266 ; AJDA 2005, p. 2148 ; AJDA 2006, p. 501, note Ph. Chrestia ; CE, ord. réf., 21 nov. 2005, n° 287275 : JurisData n° 2005-069422. En acceptant la recevabilité de ces requêtes, le Conseil d'Etat reconnaît sa compétence et admet que la déclaration et l'application de l'état d'urgence ne sont pas des actes de gouvernement ; v. AJDA 2005, p. 2148 ; R. E. de Munagorri, Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort : RTD civ. 2006, p. 80 ; Confirmation : CE, 24 mars 2006, n° 286834, n° 287218 : JurisData n° 2006-069856 ; AJDA 2006, p. 1033. A noter tout de même que, récemment, le Conseil d'Etat a soumis les mesures d'assignation à résidence prononcées dans le cadre de l'état d'urgence à l'entier contrôle du juge de l'excès de pouvoir : CE, 11 déc. 2015, n° 395009 : JurisData n° 2015-028248.

⁸⁶ CE, ord. réf., 9 déc. 2005, n° 287777 : JurisData n° 2005-069389 ; AJDA 2006, p. 537, chron. C. Landais et F. Lenica ; V. égal. CE, ord. réf., 27 janv. 2016, n° 396220 : JurisData n° 2016-000990 ; JCP A 2016, 2038, obs. M. Verpeaux ; Procédures 2016, comm. 144, S. Deygas.

auteur a relevé les transformations du rôle du juge du référé-liberté qui "*se retrouve désormais en situation de prescrire aux autorités de police l'adoption de mesures de contrainte qui peuvent constituer des entraves importantes à l'exercice de différentes libertés*"⁸⁷. Indubitablement, dans les périodes de crise, le contrôle de légalité est moins tourné vers la protection des libertés individuelles que vers un renforcement du contrôle de l'ordre public et "*la proportionnalité cède rapidement le pas à l'efficacité, dans une logique sécuritaire*"⁸⁸. Sur ce point, les similarités entre état d'urgence de la loi de 1955 et état d'urgence sanitaire sont grandes. En revanche, des choix différents ont été faits s'agissant du recours à la clause de dérogation inscrite à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme : cette clause n'a pas été invoquée par les autorités françaises pendant l'état d'urgence sanitaire⁸⁹, ce qui aurait eu le mérite de la clarté en évitant ainsi un contrôle de conventionalité "*de pure forme*"⁹⁰ et une grande insécurité juridique au regard des nombreuses dispositions prises pendant cette période de crise, de nature à heurter la convention européenne, et notamment son article 5, riche en principes directeurs de la procédure pénale, en temps ordinaire.

La crise sanitaire attise dans le monde les tentations totalitaires, ce n'est plus une simple vue de l'esprit d'intellectuels bien-pensants. C'est un fait objectivement vérifiable et pas uniquement dans des contrées lointaines, mais ici, au sein même de l'union européenne⁹¹. Par ailleurs, les conséquences économiques d'une ampleur inédite seront de nature à raviver les nationalismes. Le contrôle des masses, par le contrôle des données numériques qui envahissent nos espaces de vie et de travail, est également au programme⁹². Tous les ingrédients des grandes crises historiques passées ou des scénarios futuristes de sociétés hyper contrôlées convergent. Etat d'urgence, état d'urgence sanitaire : ces régimes d'exception et leur cortège de restrictions aux libertés individuelles et collectives, aux droits fondamentaux, en constituent un avant-goût. Certes, les motifs sont différents, mais les ressorts sont similaires - "*nous sommes en guerre*" - de même que les conséquences, en droit et sur le droit. Il s'agit, dans les deux hypothèses, d'instruments offrant au pouvoir exécutif des régimes juridiques excessivement dangereux, à employer avec parcimonie et pour un temps qui ne peut être que limité. Enfin et surtout, il n'y a jamais de réel retour au monde juridique d'avant la crise. Après plusieurs années passées sous le signe de l'état d'urgence, fut-il "*sécuritaire*" et non "*sanitaire*", on ne le sait que trop bien⁹³. Le 11 juillet 2020 ne devrait pas déroger à cette habitude funeste pour notre ordre juridique.

Jean-François Dreuille

Maître de conférences HDR de droit privé et sciences criminelles, Centre de recherche en droit Antoine Favre, Université Savoie Mont Blanc

⁸⁷ X. Dupré de Boulois, On nous change notre... référé-liberté » (obs. sous CE ord., 22 mars 2020, n°439674), RDLF 2020 chron. n°12.

⁸⁸ S. Renard, L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit, RDLF 2020 chron. n°13.

⁸⁹ J.-F. Dreuille, préc., n° 6. Cette clause avait été invoquée systématiquement lors des périodes passées sous le régime de l'état d'urgence.

⁹⁰ F. Sudre, La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/la-mise-en-quarantaine-de-la-convention-europeenne-des-droits-de-lhomme/>. V. par ex., CE, réf., 27 mars 2020, n° 439720, GISTI et a., inédit : JurisData n° 2020-004323.

⁹¹ V. not., l'inquiétude suscitée par la Hongrie : https://www.lemonde.fr/international/article/2020/04/23/en-hongrie-la-methode-tres-militaire-de-viktor-orban-face-au-coronavirus_6037527_3210.html.

⁹² L. Pailler, StopCovid : la santé publique au prix de nos libertés ? Brèves observations sur l'application de traçage numérique, D. 2020, p. 935.

⁹³ J.-L. Halpérin, S. Hennette Vauchez et E. Millard (dir.), L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation : Presses universitaires de Paris Nanterre, 2017 ; La fabrique législative de l'état d'urgence : lorsque, par la disposition des choses, le pouvoir n'arrête pas le pouvoir, in Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence, Rapp. de recherche : Convention n° 2016 DDD/CREDOF, févr. 2018.