



INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG

Université de Strasbourg

La France à l'épreuve de la Covid-19 : nécessité et ambiguïtés de l'état d'urgence sanitaire

Julien Lecrubier

Mémoire de 4^{ème} année

Filière Droit et administration publique

Sous la direction de M. Olivier Fuchs, Maître de conférence associé en droit public, juge administratif, rapporteur public au Conseil d'État

Année scolaire 2020-2021

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier M. Olivier Fuchs d'avoir accepté d'encadrer ce mémoire. Ses conseils avisés m'ont été d'une aide précieuse et essentielle pour parvenir au terme de ce travail.

Je remercie également M. Jean-Philippe Kovar pour m'avoir aiguillé au début de ce mémoire et sa participation au jury de soutenance.

Enfin, je remercie ma famille et mes amis pour leur soutien au cours de cette année de recherche.

Table des abréviations

AJDA	Actualité juridique du droit administratif
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CJA	Code de justice administrative
CSP	Code de santé publique
EUS	État d'urgence sanitaire
JORF	Journal officiel de la République française
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RFDA	Revue française de droit administratif
TA	Tribunal administratif

SOMMAIRE

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	6
<u>PARTIE 1 : La nécessité de créer un nouvel état d'exception</u>	15
1.1. L'insuffisance des outils juridiques à disposition	17
1.2. Le cadre juridique de l'état d'urgence sanitaire	39
<u>PARTIE 2 : Les ambiguïtés de l'état d'urgence sanitaire</u>	61
2.1. Police administrative et restriction des libertés en temps de crise	63
2.2. Les ambiguïtés du contrôle	78
CONCLUSION	96
REFERENCES	98
TABLE DES MATIERES	106

INTRODUCTION

« Ne rien prévoir pour faire face aux situations d'exception est périlleux. (...) Mais prévoir un dispositif de secours énergique l'est tout autant » Nicolas Machiavel, *Discours sur la première décade de Tite-Live*, Livre I, chapitre 34.

A la mi-novembre 2019, apparaissait la maladie à coronavirus Covid-19 (ou SARS-CoV-2) à Wuhan dans la province du Hubei en Chine orientale. Très rapidement, ce nouveau virus particulièrement contagieux se propagea dans toutes les parties du monde. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) la déclara *urgence de santé publique de portée internationale* le 30 janvier puis *pandémie* le 11 mars 2020. Sa diffusion rapide sur le territoire national et la tension qu'elle provoqua sur le système de soins amena le ministre des solidarités et de la santé à prendre dès janvier et, surtout, début mars 2020¹ des mesures de plus en plus strictes afin de tenter de la freiner. Ainsi, les rassemblements de plus de 5 000 personnes en milieu clos furent interdits sur l'ensemble du territoire et les préfets habilités à restreindre voire interdire d'autres rassemblements lorsque les circonstances locales l'exigeaient. Ce fût ensuite le Premier ministre, en se fondant sur la théorie dite des « *circonstances exceptionnelles* » qui, par décret du 16 mars 2020 *portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19*², mit en place le confinement généralisé de la population. Finalement, les conséquences dramatiques de cette « *catastrophe sanitaire* », bien plus importantes tant par leur gravité que par leur ampleur qu'une simple menace, conduisirent le législateur à adopter la loi du 23 mars 2020³ créant et instituant un état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020. Du fait de l'évolution de la situation sanitaire, la loi du 11 mai 2020⁴ prorogea cet état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 inclus, renforça et précisa l'éventail des mesures pouvant être prises dans ce cadre.

¹ Arrêté du 4 mars 2020 *portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, publié au JORF n°0055 du 5 mars 2020.

² Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 *portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19*, publié au JORF n°0066 du 17 mars 2020.

³ Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 *d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, publiée au JORF n°0072 du 23 mars 2020.

⁴ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, publiée au JORF n°0116 du 12 mai 2020.

Après seize semaines passées sous le régime de l'état d'urgence, le ralentissement de l'épidémie et l'amélioration de la situation sanitaire amena à l'instauration⁵ – en métropole tout du moins⁶ – d'un nouveau régime particulier de sortie de l'état d'urgence sanitaire afin, tout à la fois, d'organiser la sortie progressive de ce régime d'exception et de permettre au gouvernement de prendre certaines mesures particulièrement restrictives quant aux déplacements et aux rassemblements des personnes ou à l'ouverture des établissements recevant du public comme les bars, restaurants et cinéma. Par décret du 10 juillet 2020⁷ pris sur ce fondement, le Premier ministre prescrivit diverses mesures à cet effet.

Malheureusement, sous l'effet de divers variants, l'épidémie de covid-19 a ressurgi à l'automne 2020 entraînant un nouveau déclenchement de l'état d'urgence sanitaire. Par décret⁸ pris en conseil des ministres, le Président de la République l'a déclaré « *sur l'ensemble du territoire de la République à compter du 17 octobre 2020 à 0 heure* », sur le fondement des dispositions de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique. La persistance de cette seconde vague épidémique a conduit à deux prorogations successives de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février puis jusqu'au 1^{er} juin 2021 respectivement par les lois du 14 novembre 2020⁹ et du 15 février 2021¹⁰. A l'heure où s'écrivent les dernières lignes de ce mémoire, une loi¹¹ organisant une nouvelle fois la sortie de ce régime d'exception a été adoptée par le Parlement, non sans quelques difficultés. Comme à l'été dernier, il s'agit d'un régime post-crise ou régime transitoire qui sera alors applicable du 2 juin au 30 septembre 2021 permettant, pendant cette période, aux autorités administratives de limiter les déplacements, les rassemblements, les réunions et les manifestations ainsi que l'ouverture de certains établissements. Surtout, cette loi introduit un « *pass sanitaire* » pouvant être imposé pour les voyageurs en provenance ou à destination de la France ainsi que pour les grands rassemblements de personnes.

⁵ Loi n°2020-856 du 9 juillet 2020 *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, publiée au JORF n°0169 du 10 juillet 2020.

⁶ L'état d'urgence sanitaire avait alors été maintenu en Guyane et à Mayotte jusqu'au 30 octobre 2020.

⁷ Décret n°2020-860 du 10 juillet 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé*, publié au JORF n°0170 du 11 juillet 2020.

⁸ Décret n°2020-1257 du 14 octobre 2020 *déclarant l'état d'urgence sanitaire*, publié au JORF n°0251 du 15 octobre 2020.

⁹ Loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 *autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*, publiée au JORF n°0277 du 15 novembre 2020.

¹⁰ Loi n°2021-160 du 15 février 2021 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire*, publiée au JORF n°0040 du 16 février 2021.

¹¹ Loi n°2021-689 du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, publiée au JORF n°0125 du 1^{er} juin 2021

Une fois rappelée cette chronologie, il convient de se pencher sur ce nouveau régime d'état d'urgence sanitaire qui n'est pas sans rappeler l'état d'urgence issu de la loi du 3 avril 1955 auxquels nous sommes – bon gré mal gré – accoutumés en raison des six prorogations depuis son déclenchement¹² par le président de la République et le gouvernement réunis en conseil des ministres en réaction aux attentats du 13 novembre 2015. Il n'a pris fin que le 1^{er} novembre 2017 avec la loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* (dite « loi SILT » ou « loi Collomb ») qui a pris le relais en dotant l'État de nouveaux instruments et en instituant certaines mesures de prévention permettant ainsi de mettre fin au régime dérogatoire usité jusqu'alors. Ainsi, comme le soulignait le vice-président du Conseil d'État, M. Bruno Lasserre¹³, mais aussi nombres d'autres observateurs avertis, sur les cinq dernières années, les Français en ont passé la moitié – sinon plus – en état d'urgence.

L'état d'urgence sanitaire comme l'état d'urgence classique ou sécuritaire sont des états d'exceptions qui permettent l'extension des pouvoirs attribués aux autorités publiques. Tous les États de droit, entendu comme un « *faisceau de sous-principes que l'on peut synthétiser en principe de primauté de la constitution et de sa garantie juridictionnelle, soumission de l'administratif et de la justice à la loi et au droit, réserve de loi, qui interdit à l'exécutif d'agir sans une base législative suffisante, principe d'applicabilité immédiate des droits fondamentaux, séparation des pouvoirs, sécurité juridique (et corollaires : précision et clarté des normes, protection de la confiance légitime, principe de non-rétroactivité), responsabilité de la puissance publique, principe de proportionnalité, droit au recours et garanties procédurales* »¹⁴, ont, sous des formes différentes et propres à leur culture juridique et institutionnelle, des dispositifs juridiques permettant de déroger au droit commun pour surmonter des crises momentanées présentant une certaine gravité et menaçant la vie publique et/ou les institutions. On voit apparaître dès lors le paradoxe fondamental « *d'un droit qui organise lui-même son effacement* »¹⁵ afin de faire face à la crise terroriste puis sanitaire dans le cas français.

¹² Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 *portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955*, publié au JORF n°0264 du 14 novembre 2015.

¹³ B. LASSERRE, discours d'ouverture prononcé le 14 octobre 2020 lors de la conférence inaugurale « Les états d'urgence : pour quoi faire ? ».

¹⁴ D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de culture juridique*, coll. Quadrige, PUF, 2003

¹⁵ B. LASSERRE, 2020, *Op. cit.*

La question de l'existence d'un droit (et d'un état) d'exception et des exceptions au droit qu'il comporte intrinsèquement a suscité, de longues dates, des controverses philosophiques et doctrinales. A la question « est-il nécessaire et inévitable de déroger du cadre juridique normal pour faire face aux crises ? », l'histoire et plusieurs philosophes et juristes répondent par la positive.

En effet, dès l'Antiquité, la République romaine prévoyait la possibilité pour le Sénat de conférer à un dictateur c'est-à-dire un magistrat extraordinaire, les pleins pouvoirs de l'*imperium* pour une période qui ne pouvait excéder six mois afin de répondre à une situation d'urgence militaire mais aussi à des missions d'ordre civil. On retrouve cette possibilité de dérogations aux règles communes dans la suspension de l'*Habeas Corpus* dans le régime britannique qui intervient pour la première fois en mars 1689 lors de la *Glorieuse Révolution* afin d'empêcher le retour du roi catholique Jacques II. Aussi, la loi martiale, qui existe sous des appellations diverses, conduit à l'instauration d'un état juridique d'exception où l'armée assure le maintien de l'ordre à la place de la police ou en collaboration avec celle-ci. L'état de siège, prévu en France par l'article 36 de la Constitution, s'en rapproche. Sans qu'il soit faisable ni même utile d'énumérer ici toutes les autres différentes légalités de crise existantes dans les différents pays, leur justification a pu varier également. Les Romains, pour repartir d'eux, n'y voyaient pas tant une faille laissant libre place à l'arbitraire qu'un moyen essentiel voir vital pour éviter une situation de chaos. L'État moderne a repris pour partie cette justification de l'état de nécessité théorisé par Machiavel et Hobbes afin d'éviter le retour à l'état de nature et la « *guerre de tous contre tous* »¹⁶. Dans la même lignée philosophique, le juriste Carl Schmitt reprend à son compte cette théorie et considère que la conservation de l'État justifie la suspension de certains de ses principes. Il écrit que « *dans le cas d'exception, l'État suspend le droit en vertu d'un droit d'autoconservation* »¹⁷. D'autre part, l'influence du libéralisme et de la démocratisation progressive des régimes a amené à modifier la finalité de ces régimes. Il ne s'agit alors plus tellement de défendre l'ordre et l'État en tant que tel mais la liberté qu'ils sont censés garantir et qui en sont la condition nécessaire et indispensable. La liberté ne peut être limitée qu'en vue d'elle-même, aussi paradoxal que cela puisse sembler. Montesquieu écrivait d'ailleurs à ce propos que « *l'usage des peuples les plus libres qui aient jamais été sur terre (lui font) croire qu'il y a des cas où*

¹⁶ T. HOBBS, *Léviathan*, Paris, Sirey, 1996, p. 124.

¹⁷ C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p.22.

il faut mettre pour un moment un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux »¹⁸.

Les différents régimes d'exception autorisant à s'écarter de certaines normes fondamentales lorsque les circonstances l'exigent présentent un certain nombre de points communs qui constituent, ensemble, le « *paradigme de l'exception* »¹⁹. Au-delà des différences purement contextuelles, ces régimes sont, premièrement, limités dans le temps et, deuxièmement, soumis à des conditions spéciales d'ordre procédurales (leur déclenchement est autorisé par un autre organe par exemple) visant à s'assurer que les circonstances exigent effectivement de s'écarter de normes supérieures. Évidemment, la condition *sine qua non* de l'exception est, avant toute chose, l'existence d'un système politique dans lequel les pouvoirs publics voient leur action limitée par des règles connues et fixées, qu'elles soient écrites ou coutumières. En effet, dans les systèmes où les pouvoirs ne sont pas limités par des règles, l'exception est sans objet car elle n'est, finalement, que le droit commun et le mode d'exercice normal du pouvoir.

Pour B. Manin, la persistance de ce paradigme à travers les cultures et les époques s'explique avant tout par sa plasticité c'est-à-dire que même « *si ces éléments sont présents dans tous les contextes, ils prennent une importance et une forme différente selon les cas* » car « *la simplicité de cette structure (est) combinée avec le fait qu'elle puisse se justifier par des raisons ou des valeurs différentes* ». Cela permet ainsi d'en faire un « *cadre normatif puissant et attractif dans les situations de menace grave* »²⁰.

Une fois précisée l'importance d'établir un « *droit de la nécessité* » selon la formule de Carré de Malberg²¹ – et en dépit de l'impossibilité pour certains auteurs d'en concevoir l'existence même – il s'agit de trouver le point d'équilibre de cette dialectique entre, d'une part, la protection de l'ordre public et de ses composantes (comme la sécurité et la santé publique) et, d'autre part, l'atteintes aux libertés publiques.

En effet, la lutte contre la diffusion du virus ou, auparavant, contre le terrorisme n'est pas sans présenter quelques risques pour les droits et libertés fondamentaux garantis par l'État de droit. Dans de pareilles crises, les plus hautes autorités de l'État ont invoqué et utilisé des expressions guerrières. Sans revenir aux déclarations de ses prédécesseurs, Emmanuel Macron déclara, dans son adresse aux Français du 16 mars 2020 que « *nous*

¹⁸ MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, XII, 19.

¹⁹ B. MANIN, « Le paradigme de l'exception », publié sur le site *La vie des idées*, 15 décembre 2015.

²⁰ *Ibid.*

²¹ R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920.

sommes en guerre, en guerre sanitaire certes. Nous ne luttons ni contre une armée ni contre une autre nation, mais l'ennemi est là, invisible, insaisissable, et qui progresse. Et cela requiert notre mobilisation générale ». Quoique l'on puisse penser de l'usage de métaphores guerrières pour des situations qui n'en sont pas à proprement parler, celles-ci visent avant tout à réveiller les consciences des citoyens face à une menace (ou un risque selon le jugement que l'on peut en avoir) réelle et qui nécessite une mobilisation de moyens exceptionnels par rapport à d'ordinaire. S'il s'agissait auparavant des forces armées de l'opération Sentinelle, des forces de sécurité et des services de renseignement, ce sont les médecins et infirmiers des services de réanimation qui ont été cette fois-ci mobilisés.

On peut aussi avancer que l'usage de tels métaphores permet d'acclimater l'ensemble de la population à une altération du fonctionnement normal de l'État de droit en octroyant à l'exécutif un plus large pouvoir de police afin de pouvoir faire face efficacement à la crise et, ensuite, y mettre fin. Comme on l'a dit, les états d'urgences altèrent l'équilibre qui existe entre, d'une part, la protection et le respect des droits et libertés et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public dans toutes ses composantes en le déplaçant au profit de ce-dernier. La protection des libertés nécessite alors de les restreindre un certain temps.

Quels sont ces droits et libertés ? Plusieurs notions coexistent en droit français avec les libertés publiques, les libertés fondamentales ou encore les libertés individuelles et les distinguer n'est pas aisé car leur définition peut varier. La liberté est la faculté reconnue à l'Homme d'agir de façon autonome. Toutefois, cette liberté n'est pas totale mais limitée par les nécessités de la vie en société. L'adjectif « publique » renvoie à leur opposabilité à la puissance publique dans le sens où elles nécessitent une intervention des pouvoirs publics. Elles sont « *reconnues aux individus, protégées par la loi, et garanties par l'État* »²². Les libertés publiques ont une valeur législative selon l'article 34 de la Constitution qui constitue leur fondement principal et annonce leur conciliation avec l'ordre public, objectif à valeur constitutionnelle. Le juge constitutionnel considère qu'il « *appartient au législateur de concilier [...] l'exercice de la liberté [...] avec [...] les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui* »²³. A côté, est aussi apparu la notion de libertés fondamentales dans la jurisprudence du Conseil

²² F. CROUZATIER-DURAND, *Fiches de Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, Ellipses, 3e édition, 2017, p.7

²³ CC, Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982

constitutionnel²⁴ qui bénéficient d'une protection renforcée par rapport à d'autres car elles ne peuvent supporter que peu d'altération comme « *la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale (ou encore) le droit de la défense* »²⁵. Ces droits et libertés sont encadrés et protégés par le droit – la Constitution du 4 octobre 1958 et notamment son Préambule mais aussi par la Convention européenne des droits de l'Homme et la Charte des droits fondamentaux de l'UE – à l'égard des pouvoirs publics et le juge veille à leur respect.

Parmi ces droits, celui qui nous intéresse plus particulièrement est le droit à la protection de la santé publique. D'abord, l'OMS définit la santé publique comme « *la science et l'art de prévenir les maladies, de prolonger la vie et d'améliorer la santé physique et mentale à un niveau individuel et collectif. Le champ d'action de la santé publique inclut tous les systèmes de promotion de la santé, de prévention des maladies, de lutte contre la maladie (médecine et soins) et de réadaptation* ». Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 consacre à son alinéa 11 que « *La Nation (...) garantit à tous (...) la protection de la santé, la sécurité matérielle* ». Bien que le terme « droit » n'y figure pas et que cela suppose une action des pouvoirs publics pour en garantir toute l'effectivité, la protection de la santé est protéiforme car, à la fois, droit-liberté et droit-créance. Le Conseil constitutionnel a consacré que la protection de la santé publique est un objectif à valeur constitutionnelle dans sa décision du 13 août 1993²⁶ au même titre que la sauvegarde de l'ordre public²⁷. Les objectifs de valeur constitutionnelle sont des orientations dégagées par le Conseil constitutionnel à destination du législateur. Ce ne sont pas des droits *stricto sensu* mais ils permettent au juge constitutionnel de limiter certains principes constitutionnels dans le but de rendre certains autres droits constitutionnels effectifs. Cet objectif est rappelé à plusieurs reprises dans ses décisions rendus lors de la crise sanitaire²⁸. Ainsi, il rappelle qu'il appartient au « *législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. (et) 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 (comme) la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée*

²⁴ CC, Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984

²⁵ CC, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993

²⁶ CC, Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, § 70.

²⁷ CC, Décision n°82-141 DC du 27 juillet 1982, § 5.

²⁸ Par exemple, au § 16 et 17 de la décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020.

garanti par cet article 2, la liberté d'entreprendre qui découle de cet article 4, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration ». Ces objectifs permettent donc de limiter l'exercice de certains droits fondamentaux au nom de l'intérêt général. La problématique est alors la détermination de l'équilibre entre ces deux éléments de même force normative et c'est au juge qu'il appartient de contrôler cet équilibre, cette mise en balance entre liberté et santé publiques.

La garantie juridictionnelle est consubstantielle à l'État de droit en faisant des juges les gardiens ou les protecteurs des libertés. Traditionnellement, ce rôle appartient au juge judiciaire qui s'appuie sur l'article 66 de la Constitution²⁹. Cependant, le juge administratif, au fur et à mesure de la construction d'une véritable juridiction administrative de plus en plus indépendante des autorités administratives, porte aussi le souci du respect et de la garantie des droits et libertés face à l'administration en sanctionnant les mesures de police administrative disproportionnées eut égard aux troubles à l'ordre public. Le juge administratif est attentif à cette conciliation tant dans sa fonction consultative que dans sa fonction juridictionnelle. En tant que conseiller de l'exécutif, il rappela à plusieurs reprises à l'occasion de textes prorogeant l'états d'urgence que ce-dernier « *rest(ait) un état de crise qui est par nature temporaire [et] ses renouvellements ne sauraient par conséquent se succéder indéfiniment* »³⁰. Ainsi, lorsque la menace ou le péril ayant amené et rendu nécessaire la déclaration de l'état d'urgence devient permanent, le Gouvernement et le Parlement doivent se doter d'instruments nouveaux en modifiant le droit commun si besoin, pour revenir à une situation normale. Comme cela l'a été pour le terrorisme avec la loi *SILT*, si le virus de la Covid-19 tend à perdurer, la prorogation à répétition de l'état d'urgence sanitaire devra être remplacée par une adaptation des moyens communs pour l'endiguer. Dans sa fonction juridictionnelle, il s'est vu doter de nouvelles voies de recours avec les référés introduits par la loi du 30 juin 2000³¹ permettant une plus grande effectivité de son contrôle dans des contextes d'urgences particuliers. Il convient alors de s'interroger sur l'étendue de l'office du juge administratif dans un contexte de crise sanitaire et sur la balance qu'il fait entre la protection de la santé publique et l'atteinte aux libertés.

²⁹ L'article 66 dispose que « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* ».

³⁰ CE, 2 février 2016, Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, p. 2. Voir aussi l'avis du 8 décembre 2016, p.3.

³¹ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives*, publiée au JORF n°151 du 1 juillet 2000.

L'autre acteur fondamental dans un contexte d'état d'urgence qui voit confier au Gouvernement de plus grands pouvoirs est le Parlement. Composé de deux chambres, l'Assemblée nationale et le Sénat, selon l'article 24 de la Constitution, « *il vote la loi (...) contrôle l'action du Gouvernement (et) évalue les politiques publiques* ». Ainsi, il revient au Parlement de voter la prorogation de l'état d'urgence au-delà d'un mois et d'en fixer la durée. Aussi, l'article 51-2 de la Constitution dispose que « *pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation définies au premier alinéa de l'article 24, des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information* ». S'ajoute aussi à cela les missions d'informations parlementaires prévues par les règlements des deux Chambres qui portent sur des sujets sensibles ou des thèmes d'actualité. Il ne fait aucun doute que la gestion de la crise sanitaire en est un. Il s'agira aussi d'apprécier toute la substance et l'effectivité de ce contrôle parlementaire fondamental dans un État de droit et d'autant plus dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire alors qu'il a justement dû s'adapter à la propagation du virus étant lui-même un foyer de contamination

Ainsi, l'instauration du régime de l'état d'urgence sanitaire a-t-il été proportionnée à la catastrophe sanitaire ? Le juge administratif et le Parlement, dans leurs rôles propres et respectifs, ont-ils permis de contrôler efficacement les mesures de police (et le renforcement de ces pouvoirs) prises par le Gouvernement et les autorités administratives au détriment des libertés de tous ?

Ce mémoire propose de préciser la nécessité de créer un nouveau régime d'exception, l'état d'urgence sanitaire (I) puis de présenter l'extension considérable des pouvoirs de police administrative rendant nécessaire et indispensable un contrôle juridictionnel et parlementaire pleinement effectif (II).

PARTIE 1 : LA NECESSITE DE CREER UN NOUVEL ÉTAT D'EXCEPTION

Face à la propagation rapide du virus de la Covid-19 à partir du mois de février et surtout de mars 2020, les pouvoirs publics ont adopté diverses mesures pour y faire face.

Le ministre de la Santé a d'abord usé de son pouvoir de police spéciale en matière de santé et pris différents arrêtés ministériels³² fondé sur l'article L.3131-1 du Code de santé publique applicable en cas de menace sanitaire grave. Cependant, ils se sont vite révélés insuffisants et ce fut le Premier ministre, Édouard Philippe, qui, grâce à son pouvoir de police générale et, par décret du 16 mars 2020, a réglementé drastiquement les déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19. Ce décret restreignant les libertés publiques et, en premier lieu, celle d'aller et venir, fût adossé à la théorie des circonstances exceptionnelles, régime jurisprudentielle de justification *a posteriori* créé à peine un siècle plus tôt par le Conseil d'État dans un contexte de guerre mondiale. Là encore, les mesures prises sur ces fondements étaient fragiles et le champ d'application trop limité.

Outre l'(im)possibilité de recourir à l'article 16 ou 36 de la Constitution qui paraissent inadaptés sinon disproportionnés, l'exécutif avait le choix entre déclarer l'état d'urgence issu de la loi du 3 avril 1955 ou de créer un nouveau régime *ad hoc* par une loi de circonstances. La doctrine est demeurée très divisée sur l'opportunité de l'une ou l'autre possibilité.

Le Gouvernement a finalement opté pour la seconde possibilité et la loi de circonstance fut celle du 23 mars 2020 instituant un régime d'état d'urgence sanitaire permettant, temporairement et de manière proportionnée, de limiter l'exercice de certaines libertés publiques dans un cadre renforcé et plus clair. Ce nouveau dispositif fut expérimental sous l'influence du Sénat puisque ce régime d'état d'urgence sanitaire prévoyait sa propre caducité au 1^{er} avril 2021 finalement repoussée au 31 décembre 2021³³.

A côté de l'état d'urgence à proprement parler, est apparu le singulier régime de sorti de l'état d'urgence sanitaire institué par la loi du 9 juillet 2020 et destiné à en prendre le relais afin de permettre la maîtrise de l'épidémie à moyen terme et au Gouvernement de mobiliser des prérogatives particulières pour répondre à la crise durant plusieurs mois

³² Arrêté du 14 mars 2020 *portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, publié au JORF n°0064 du 15 mars 2020 et modifié à 7 reprises durant ce mois de mars.

³³ Loi n°2021-160 du 15 février 2021 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire*.

encore. Aussi, le Gouvernement a déposé en décembre 2020 un projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires afin de « *substituer à ces dispositions, conçues dans des circonstances particulièrement contraintes et pour faire spécifiquement face à l'épidémie de covid-19, un dispositif pérenne dotant les pouvoirs publics des moyens adaptés pour répondre à l'ensemble des situations sanitaires exceptionnelles* »³⁴. Si le gouvernement a engagé la procédure accélérée sur ce texte le 21 décembre 2020, les discussions au Parlement ont été suspendues.

Ainsi, la nécessité de créer un nouvel état d'exception dans le droit français s'explique d'abord par l'insuffisance des outils juridiques dont disposait le gouvernement à l'aune d'une épidémie sans précédent dans l'histoire récente (1.1). Ce nouveau régime d'état d'urgence sanitaire présente un lien de filiation évident avec l'état d'urgence de la loi de 1955 qui se voit dès lors adjoindre le qualificatif de « traditionnel » ou « sécuritaire » afin de les distinguer l'un de l'autre. Les modalités de déclenchement (décret pris en Conseil des ministres) comme de prorogation (autorisées uniquement par la loi qui en fixe la durée) et l'extension des pouvoirs confiés aux autorités administratives (Premier ministre, ministre et Préfet) sont en effet très proches. Cependant, les contextes très différents de leurs déclenchements et les mesures pouvant être prises sur leurs fondements expliquent l'existence de deux régimes distincts (1.2).

³⁴ Exposé des motifs du projet de loi *instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*.

1.1. L'insuffisance des outils juridiques à disposition

Parmi les régimes d'exception prévus par la Constitution figurent les articles 16 et 36 renvoyant respectivement aux pouvoirs exceptionnels du Président de la République et à l'état de siège. Si ce-dernier était hors de propos, il semblerait que le président Macron ait un temps – certes très bref – envisagé de recourir à l'article 16 comme alternative à l'état d'urgence pour s'engager pleinement dans la gestion de la crise selon plusieurs titres de presse³⁵ dont l'hebdomadaire *Le Journal du Dimanche* (JDD) bien que cela ait été démentit ensuite par l'ancienne porte-parole du gouvernement, Sibet Ndiaye. En effet, « *dans l'émotion du moment, certains ont pu invoquer en début de période, (sa) mise en vigueur mais il est très vite devenu que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels n'était pas interrompu. De même, la continuité des administrations nationales et territoriales a été assurée, dans des conditions très particulières* »³⁶.

Brièvement, l'état de siège est un régime constitutionnel d'exception organisé par les lois du 9 août 1849 et du 3 avril 1878 et régi actuellement par les articles L.2121-1 à L.2121-8 du Code de la Défense. La décision de recourir à l'état de siège est prise par décret en Conseil des ministres pour une période de douze jours au maximum prorogeable uniquement par le Parlement au-delà. Les conditions de son déclenchement sont soit un péril imminent résultant d'une guerre étrangère soit une insurrection à main armée. La conséquence de ce recours à l'article 36 est le transfert aux autorités militaires de la charge du maintien de l'ordre normalement exercé par les autorités civiles. Aussi, les autorités militaires peuvent prendre des mesures exceptionnelles et leurs juridictions voient leurs compétences étendues. Évidemment, ce régime ne correspondait absolument pas aux besoins d'une crise sanitaire bien que certains responsables politiques aient appelé à l'utiliser dans le contexte de crise terroriste qui touchait la France en 2015.

Le second régime constitutionnel d'exception renvoie aux pouvoirs de crises conférés au Président en vertu de l'article 16. En cas de crise majeure c'est-à-dire lorsque d'une part « *les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution des engagements internationaux (sont) menacés d'une manière grave et immédiate* » et que, d'autre part, « *le fonctionnement régulier des pouvoirs publics*

³⁵ David Revault d'Allonnes, « Coronavirus : l'Élysée envisage maintenant le report des municipales », *JDD*, 12 mars 2020 (consulté le 12 avril 2021).

³⁶ Didier Truchet, « Le covid-19 et le droit public », *RFDA*, 2020, p. 598

constitutionnels est interrompu », le Président de la République doit consulter le Premier ministre ainsi que les Présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et du Conseil constitutionnel et informer ensuite la Nation du recours à cet article 16. Les conséquences sont que le Président de la République peut prendre toutes les mesures nécessaires pour rétablir la situation et qui sont « *exigées par les circonstances* ». Elles doivent être « *inspirées par la volonté d'assurer au pouvoirs publics constitutionnels (...) les moyens d'accomplir leur missions* ». La révision constitutionnelle de 2008³⁷ a introduit la possibilité, après trente jours d'exercice, aux Présidents de deux Chambres ou à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel « *aux fins d'examiner si les conditions énoncées (...) demeurent réunies* ». Au bout de 60 jours et à tout moment au-delà, il procède de plein droit à cet examen. La décision d'y recourir (comme pour l'état de siège) est un acte de gouvernement insusceptible de recours pour excès de pouvoir³⁸. Toutefois, ce régime n'est pas dépourvu de garanties car, pendant son application, le Président ne peut dissoudre l'Assemblée nationale, la constitution ne peut être révisée et le Parlement se réunit de plein droit. Les mesures prises dans le domaine réglementaire peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif.

Aux vues des conditions nécessaires à leurs déclenchements, ces deux états d'exception prévus par la Constitution n'étaient pas pertinents ni même utilement invocables. En effet, malgré les quelques déboires début mars pour réunir le Parlement, les pouvoirs publics ont pu fonctionner (presque) normalement. Les juridictions tant judiciaires qu'administratives ont également pu exercer leur office moyennant quelques adaptations dûment contrôlées.

De ce fait, l'exécutif a préféré instaurer un nouveau régime civil d'exception comme ce fut le cas en 1955 où les événements d'Alger ont amené le Gouvernement de Guy Mollet à créer l'état d'urgence justement pour ne pas recourir à l'article 7 modifié³⁹ de la Constitution de 1946 sur l'état de siège. Cependant, ce régime, qui pouvait être adéquat pour faire face à des troubles d'ordre sécuritaires, ne l'était pas pour une crise sanitaire.

Ainsi, les motifs qui ont amené le Gouvernement à élaborer un nouveau régime d'état d'urgence sanitaire tiennent à des considérations avant tout juridiques mais aussi d'ordre pratiques. Parmi l'arsenal législatif à disposition, l'état d'urgence sécuritaire mis à part (1.1.2.), la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles (1.1.1) et l'article

³⁷ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008, art. 6

³⁸ CE, ass., 2 mars 1962, *Ruben de Servens*, publié au Recueil Lebon

³⁹ Loi constitutionnelle du 7 décembre 1954

L.3131-1 du Code de Santé publique (1.1.3.) ont permis de prendre les premières décisions qui ont été ensuite confirmées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

1.1.1. La théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles

La théorie des circonstances exceptionnelles est issue des arrêts *Heyriès* et *Dames Dol et Laurent* rendus respectivement le 28 juin 1918 et le 28 février 1919 par le Conseil d'État. En l'espèce, le juge administratif considérait que la non-communication d'un dossier aux fonctionnaires à la suite d'une sanction disciplinaire (pourtant rendu obligatoire par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905⁴⁰) ne constitue pas une illégalité du fait de la guerre et de la nécessaire continuité du service public tirée du devoir d'exécution des lois pour le Président de la République selon la loi constitutionnelle de 1875. Dans le second arrêt susmentionné, le juge administratif justifie l'extension des pouvoirs de police administrative du préfet maritime, gouverneur de Toulon qui, par plusieurs arrêtés, avait réglementé, dans cette ville, la police des mœurs pour des motifs tenant au « *maintien de l'ordre, de l'hygiène et de la salubrité et aussi de la nécessité de prévenir le danger que présentaient pour la défense nationale la fréquentation d'un personnel suspect et les divulgations qui pouvaient en résulter* ». Bien qu'attendant à plusieurs libertés comme la liberté individuelle ou la liberté de commerce, les circonstances de l'espèce justifiaient et autorisaient l'administration à prendre ces mesures, excédant le cadre normal, sans qu'elle ne commette toutefois d'illégalités.

Cette théorie trouve à s'appliquer dans une grande diversité de situations comme des guerres, des troubles, des grèves et manifestations ou encore des catastrophes naturelles. Elle peut aussi s'appliquer de manière autonome ou se superposer aux régimes spéciaux (état d'urgence, de siège ou article 16) comme ce fut le cas dans le second arrêt mentionné plus haut.

⁴⁰ L'article 65 de la loi du 22 avril 1905 *portant fixation du budget des dépenses et des recettes de l'exercice 1905* est un cavalier budgétaire relative à la communication du dossier. Toute mesure disciplinaire prise en raison de la personne doit être précédée d'un certain nombre de garanties procédurales dont la consultation du dossier afin de préparer sa défense. Dans le contexte politique d'hostilité très forte entre la République et l'Église, le Ministre de la Défense, le général André, organisa le fichage des officiers de l'armée au regard de leurs convictions religieuses. La presse se fit alors l'écho de cette pratique et fit éclater le scandale politique entraînant la chute du gouvernement et la démission du Président du Conseil, Émile Combe. Devant l'urgence de ramener la confiance, cette loi de circonstance instaura la transparence des procédures et l'accès au dossier de l'agent.

On peut identifier quatre conditions à l'utilisation de cette théorie. Il faut d'abord l'apparition de circonstances graves et imprévisibles de natures variées. Ainsi, le juge administratif a pu la reconnaître dans des cas de guerre (CE, 1918, *Heyriès*), à l'occasion d'une grève générale (CE, 1947, *Jarrigion*), lors des événements de Mai 68 (CE, 1969, *CCI de Saint-Etienne*), lors d'une éruption volcanique (CE, 1983, *Rodes*) et, enfin, lors d'une épidémie (CE, 2020, *Syndicat Jeunes médecins*). Aussi, l'utilisation d'un régime d'exception ne permet pas au juge administratif de considérer *de facto* l'existence de circonstances exceptionnelles.

Ensuite, la mesure ou l'action doit défendre un intérêt général essentiel comme le fonctionnement des services publics (*Heyriès* précité), le maintien de l'ordre public ou la santé publique.

Elle doit être nécessaire dans le sens où l'action normale de l'administration serait, dans les circonstances de l'espèce, matériellement impossible. Par exemple, dans l'arrêt *Laugier* rendu le 16 avril 1948, il s'agissait de l'adoption d'une circulaire ministérielle en raison de l'impossibilité de légiférer dans un court délai car le législateur ne pouvait se réunir afin de révoquer d'office tous les officiers de carrière qui n'appartenaient pas aux forces armées du gouvernement provisoire de la République. Encore, dans l'arrêt de 1969, *CCI de Saint-Etienne*, le juge administratif a reconnu que les « circonstances particulières » du fait des événements de Mai 68 pouvaient justifier que le ministre de l'Éducation nationale se dispense des consultations normales mais pas d'adopter par arrêté ministériel des mesures qui auraient dû l'être par décret. L'annulation des examens n'était pas nécessaire dès lors que la mise en place de simples aménagements par le ministre auraient pu suffire. Dans l'affaire *d'Oriano* rendue le 23 octobre 1964, la mesure prise par le ministère des armées (placement des officiers en position de congé spécial sans leur permettre la consultation de leur dossier) n'était pas nécessaire car les circonstances au moment où la décision fût prise n'étaient pas exceptionnelles.

Ces quatre conditions systématisées par le commissaire du gouvernement Maxime Letourneur dans ses conclusions sur l'arrêt *Laugier*⁴¹ permettent l'identification des circonstances exceptionnelles et, ainsi, de reconnaître la légalité de décisions qui auraient été déclarées illégales en temps normal pour violation de règles de compétences, de règles de formes ou de procédures ou d'une règle de fond.

⁴¹ CE, 16 avril 1948, *Laugier*

La violation de règles de compétences a ainsi pu renvoyer à une délégation de pouvoir sans base législative⁴², à l'adoption d'une circulaire en lieu et place d'une loi afin de révoquer d'office tous les officiers de carrière qui n'appartenaient pas aux forces armées du GPRF (*Laugier*, précité), à la réglementation par le Préfet de la navigation maritime⁴³, à la réquisition par une personne privée⁴⁴ ou encore à la perception de taxe par un maire⁴⁵.

Parmi les règles de formes, le juge administratif a été confronté à la non-communication d'un dossier d'un fonctionnaire sanctionné⁴⁶, l'absence de tentative préalable d'accord amiable à une réquisition⁴⁷ ou de consultation préalable.

Enfin, il peut y avoir une violation d'une règle de fond comme la création d'une taxe nouvelle qui relève normalement du législateur (*Lecocq*, précité) ou l'atteinte à la liberté individuelle et à la liberté de commerce et d'industrie (*Dames Dol et Laurent*, précité).

Cette théorie des circonstances exceptionnelles reconnaît donc à l'administration l'exercice de pouvoirs exorbitants du droit commun qui seraient, en des circonstances normales, jugés illégaux, voire qualifiés de « voie de fait ». C'est uniquement en raison de l'extrême gravité de la situation et au nom de la nécessité de déroger à la légalité ordinaire que le juge administratif reconnaît à titre dérogatoire la validité de telles décisions. Le doyen M. Hauriou avait toutefois averti sur le risque que pouvait présenter cette théorie qui risquerait « *telle une colossale éponge de laver toutes les illégalités, de diluer toutes les responsabilités* »⁴⁸.

Cette théorie a marqué le fonctionnement du Gouvernement au début de l'épidémie. Outre le décret du 16 mars 2020, la ministre de la transition écologique et solidaire avait aussi modifié par son arrêté du 20 mars en mettant aux visas « *vu l'arrêté du 14 mars 2020 (précité), et les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid 19* » la réglementation des temps de conduite des chauffeurs routiers.

Le Professeur Didier Truchet explique pourquoi cette théorie des circonstances exceptionnelles, bien qu'elle suffise à fonder juridiquement les mesures pour lutter contre la pandémie, n'était pas une solution durable. De deux choses l'une, elle ne permet pas de

⁴² CE, 1er août 1919, *Société des Établissements Saupiquet*.

⁴³ CE, 18 mai 1983, *Rodes*.

⁴⁴ CE, 5 mars 1948, *Marion*.

⁴⁵ CE, 7 janvier 1944, *Lecocq*.

⁴⁶ *Heyriès*, précité et CE, 16 mai 1941, *Courent*

⁴⁷ CE, 28 mars 1947, *Crespin*

⁴⁸ M. CHARITE, « La théorie des « circonstances particulières » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel *RDLF* 2020 chron. n°41 (www.revuedlf.com)

justifier *a priori* les mesures de police mais uniquement *a posteriori* lorsque le juge administratif valide les mesures attaquées. Il rappelle aussi que la France est, contrairement à d'autres pays de Common Law où la jurisprudence du « *Conseil d'État aurait valeur de précédent* », un pays de droit écrit, « *profondément légaliste et démocratique attaché au fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels* », *serait-ce dans des conditions de délibération inhabituelles* »⁴⁹.

Comme en 1955, chaque crise suscite sa législation *ad hoc* rédigé dans l'urgence « *avec son champ d'application propre* » et alors même que « *la théorie des circonstances exceptionnelles est susceptible de s'appliquer à toutes les situations qui l'exigent* ». Même si les mesures auraient pu être prises en vertu de cette théorie, le régime de l'état d'urgence – sécuritaire ou sanitaire – a le mérite d'apporter aux décisions des autorités de la sécurité juridique auxquels notre époque – et sûrement plus que par le passé – est attachée grâce « *à l'onction du législateur* ». En effet, à partir du moment où l'exceptionnelle commence à s'installer durablement, cette théorie ne peut guère jouer car l'exception ne peut devenir la règle. Dans un État de droit, il est préférable de s'efforcer à ce que la base juridique sur laquelle s'appuie le gouvernement soit la plus solide possible. Il faut donc que le droit commun – par un régime législatif d'exception ou par le droit commun – s'approprie les mesures qui doivent être prises et qui ne peuvent plus relever de l'exception.

Cette théorie semble également avoir inspiré le Conseil constitutionnel qui l'a repris à son compte dans son office de contrôle de la constitutionnalité des lois. En effet, dans sa décision du 26 mars 2020 portant examen de la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, le juge constitutionnel a considéré que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution* »⁵⁰. Cette mention de l'existence de « *circonstances particulières de l'espèce* » justifie le refus de la part du Conseil d'examiner si la loi organique a été adoptée dans le respect des règles de valeur constitutionnelle relatives à la procédure législative⁵¹ et aurait donné naissance, selon certains commentateurs, à la naissance de la théorie des « *circonstances*

⁴⁹ D. TRUCHET, « Covid 19 : point de vue d'un 'administrativiste sanitaire' », blog Jus Politicum, 27 mars 2020

⁵⁰ CC, n° 2020-799 DC, 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, publiée au JORF n° 78 du 31 mars 2020, texte n° 5.

⁵¹ L'article 46 de la Constitution prévoit un délai de quinze jours entre le dépôt et la délibération d'un projet ou proposition dans le cadre de la procédure accélérée. Or, ces règles procédurales n'avaient pas été en l'espèce respectés.

particulières » en droit constitutionnel⁵². Cette justification *a posteriori* du non-respect de la procédure législative d'adoption de lois organiques a suscité des controverses et sentiments partagés dans la doctrine, certains, à l'instar du professeur Julien Jeanneney considèrent qu'il s'agit d'une « non-théorie »⁵³ car l'analogie n'est finalement qu'une fausse évidence et tient davantage à *l'imperatoria brevitatis* qui commandaient à la rédaction des décisions de justice. D'autres encore considèrent qu'il ne s'agit pour le moment que d'une « *théorie des vices non substantiels* »⁵⁴ qu'il conviendra de confirmer ou d'affirmer selon les prochaines décisions rendu par les juges de la Rue Montpensier.

Ainsi, outre sa possible réadaptation par le Conseil constitutionnel, la théorie des circonstances exceptionnelles née sous la plume du juge administratif présente l'avantage d'une très grande plasticité permettant à l'administration de s'adapter à des situations très diverses et d'étendre ses pouvoirs de police ou de déroger à des règles de formes et de compétences. Pour autant, dans le même temps, elle n'est pas sans contraindre l'administration à devoir se justifier plus que d'ordinaire car le juge exerce un contrôle « *particulièrement étroit* »⁵⁵ sur les conditions de sa mise en œuvre afin de vérifier le caractère exceptionnel de la situation, l'impossibilité pour l'administration d'agir légalement, le caractère d'intérêt général de l'action, la nécessité et la proportionnalité de la mesure prise. On voit, dès lors, que le recours unique à cette théorie jurisprudentielle n'aurait pas été tenable pour le gouvernement car cela ne lui aurait pas permis d'adopter les mesures prises uniformément sur tout le territoire national alors que tous les départements et régions n'étaient pas touchés avec la même intensité par le virus.

⁵² E. BENOIT, « Naissance de la théorie des “circonstances particulières” en droit constitutionnel », *AJDA*, 2020, p. 706.

⁵³ J. JEANNENEY, « La non-théorie des “circonstances particulières” », *AJDA*, 2020, pp. 843-848.

⁵⁴ M. CHARITE, *op. cit.*

⁵⁵ *Ibid.*

1.1.2. L'état d'urgence « sécuritaire »

L'insuffisance et la fragilité – du moins pour l'action de l'administration – de la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles nécessitaient le recours à un autre « instrument » juridique. Si l'exécutif n'a pas recouru à l'état d'urgence issu de la loi du 3 avril 1955, l'état d'urgence sanitaire s'en inspire largement. Il convient, de ce fait, de le présenter pour mieux les mettre en résonance. D'ailleurs, l'instauration de ce nouvel régime d'urgence sanitaire a conduit les acteurs intéressés à adjoindre un qualificatif à l'ancien état d'urgence détrôné de son monopole en la matière. L'ancien état d'urgence de 1955 est devenu l'état d'urgence sécuritaire et se place ainsi à côté du nouvel état d'urgence sanitaire qui aura – ou non – vocation à perdurer dans le Code de Santé publique. Le régime de l'état d'urgence, héritage de la IV^e République rendu compatible avec la (nouvelle) Constitution de la V^e République, a connu une actualité substantielle depuis sa déclaration le 14 novembre 2015⁵⁶ par le Président de la République François Hollande et sa prorogation⁵⁷ à six reprises jusqu'à l'adoption de la loi *SILT*⁵⁸ en 2017 qui a pris le relais en permettant l'inscription dans « le droit commun » selon l'expression consacrée de certaines de ces dispositions tout en mettant fin à l'usage de ce régime d'exception. Il permet d'étendre les pouvoirs de police des autorités administratives qui peuvent, dans ce cadre, restreindre la circulation des personnes et des véhicules ; interdire les cortèges, défilés et rassemblements sur la voie publique ; assigner des personnes à résidence ; mener des perquisitions administratives ; saisir les armes et munitions ou encore prononcer la dissolution d'associations ou groupements de fait qui participent ou incitent à commettre des actes portant une atteinte grave à l'ordre public.

L'état d'urgence est un régime civil d'exception créé dans le contexte des « évènements d'Algérie » par la loi n°55-385 du 3 avril 1955 codifié aujourd'hui à l'article L.2131-1 du Code de la défense. L'expression est inventée pour les « *besoins de la cause, par les bureaux de l'état-major de la défense, les gouvernants ne voulant reconnaître ni une situation de guerre, ni l'existence d'une insurrection armée qui sont les deux conditions de*

⁵⁶ Décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, publié au JORF n°0264 du 14 novembre 2015.

⁵⁷ L'état d'urgence a été successivement prorogé par les lois n°2015-1501 du 20 novembre 2015, n°2016-162 du 19 février 2016, n°2016-629 du 20 mai 2016, n°2016-987 du 21 juillet 2016, n°2016-1767 du 19 décembre 2016 et, enfin, par la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017

⁵⁸ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, publiée au JORF n°0255 du 31 octobre 2017

l'état de siège »⁵⁹ vu précédemment. En effet, le gouvernement Guy Mollet ne voulant pas confier l'extension des pouvoirs de police à l'armée, il décida de créer ce régime législatif au profit des autorités civiles.

Depuis les troubles algériens et l'adoption de la Constitution de 1958, l'état d'urgence a été instauré à six reprises : de nouveau lors de la guerre d'Algérie mais appliquée en métropole de 1961 à 1963, lors de la révolte kanak en Nouvelle-Calédonie en 1984-1985, à Wallis-et-Futuna le 29 octobre 1986 (pour une seule journée), en Polynésie le 24 octobre 1987, lors des émeutes des banlieues entre le 8 novembre 2005 et le 3 janvier 2006 et, enfin, le 14 novembre 2015 à la suite des attentats ayant eu lieu à Paris dans la nuit du 13 au 14 novembre.

La première ambiguïté à lever à propos de ce régime est qu'il n'est pas un monolithe. En effet, depuis sa création en 1955, de nombreuses lois⁶⁰ l'ont modifiées substantiellement tant en ce qui concerne sa déclaration (par le législateur puis par le Président en Conseil des ministres) que l'extension des pouvoirs qu'il permet. Par exemple, la loi du 20 novembre 2015 a supprimé le contrôle de la presse, de la radio, des projets cinématographiques ou des représentations théâtrales ainsi que la possibilité pour « *la juridiction militaire à se saisir de crimes, ainsi que des délits qui leur sont connexes, relevant de la cour d'assises* » prévue à l'article 12 de la loi de 1955. Dans le même temps, cette loi rend possible l'assignation à domicile aux maximum douze heures par jour de toute personne « *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* ».

La seconde ambiguïté tient à la loi elle-même et au « *régime différencié* »⁶¹ de l'état d'urgence. En effet, la loi fondatrice de 1955 pose une distinction entre, d'une part, la déclaration à proprement parler de l'état d'urgence et qui emporte directement l'application de certaines prérogatives (notamment celle de l'article 5) et, d'autre part, son application qui nécessite la prise d'autres décrets pour, par exemple, la prononciation d'assignation à résidence. Ainsi, en fonction du nombre de décrets d'application pris et de leurs teneurs, l'état d'urgence peut être plus ou moins aggravé.

⁵⁹ O. BEAUD et C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence, étude constitutionnelle, historique et critique*, Systèmes perspectives, 2e édition, Lextenso, 2018, p. 55

⁶⁰ Il s'agit de l'ordonnance n°60-372 du 15 avril 1960, de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, de la loi 2015-1501 du 20 novembre 2015 précité ou encore de la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016.

⁶¹ O. BEAUD et C. GUERIN-BARGUES, *op. cit.*, p. 26

L'article 1^{er} de la loi de 1955 dispose que « *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 Nouvelle-Calédonie, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ». Ainsi, ce régime n'a finalement été utilisé jusqu'à ce jour uniquement en raison de désordres d'ordre sécuritaire lui donnant une coloration répressive alors même qu'il est prévu que l'état d'urgence puisse être déclaré en cas de calamité publique qui « *semble renvoyer aux cas d'incendies de forêt, d'inondations ou de tremblements de terre* »⁶² en raison probablement que « *d'autres procédures d'urgence apparaissant au demeurant plus adaptées pour répondre à de telles circonstances (plan Orsec par exemple)* »⁶³. Dès lors, on peut entrevoir les raisons d'ordre politique qui ont amené le gouvernement à ne pas user de ce régime pour lui en préférer un autre annonçant davantage l'aspect sanitaire que sécuritaire d'autant que les mesures nécessaires à prendre pour lutter contre la propagation du virus étaient plus restrictives pour les libertés publiques.

La déclaration de l'état d'urgence est adoptée par le Président de la République par décret pris en Conseil des ministres pour une durée de 12 jours maximum sur tout ou partie du territoire national pour un des deux motifs énoncés ci-dessus. Toutefois, sa prorogation au-delà ne peut être décidée que par le Parlement au moyen d'une loi qui fixe alors la durée d'application qui « *ne saurait être excessive au regard du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence* »⁶⁴. L'article L. 2131-1 du Code de la défense précise d'ailleurs que « *sur un même territoire il ne peut être fait application simultanément des dispositions de (l'état de siège) et de celles (de l'état d'urgence)* ». Cela vise à ne pas permettre de renouer avec la pratique du général De Gaulle qui avait invoqué l'article 16 de la Constitution du 23 avril au 29 septembre 1961 après le *putsch* des généraux partisans de l'Algérie française et qui, sur cette base, prorogea l'état d'urgence sans discussion parlementaire.

L'état d'urgence prend fin naturellement à l'expiration du délai prévu par le décret qui l'a instauré ou la loi qui l'a prorogée. Toutefois, la prorogation législative est caduque quinze jours après la démission du gouvernement ou la dissolution de l'Assemblée nationale

⁶² P. BAS *Rapport sénatoriale de la commission des lois sur le projet de loi 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*, 2015, p.12

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ CC, Décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015

sauf si une loi en décide autrement comme la loi du 19 décembre 2016⁶⁵. Il peut également y être mis fin par décret en Conseil des ministres avant l'expiration du délai prescrit.

Un grand nombre de mesures de police peuvent être adoptées dans le cadre de l'état d'urgence. Parmi celles-ci, il faut distinguer les mesures personnelles des mesures collectives. Le Président de la République, par décret en Conseil des ministres, peut dissoudre « *les 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* » (article 6-1 de la loi de 1955) et utiliser le droit de réquisition (art. 10). Le ministre de l'intérieur peut prononcer l'assignation à résidence « *de toute personne (...) 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* » pour une durée normalement limitée à un an sous réserves de prorogations par 3 mois sous contrôle du juge des référés⁶⁶ ; prononcer la fermeture d'un site internet « *provoquant à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie* » (article 6 de la loi de 1955) ; ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunions de toute nature et notamment des lieux de culte dans les zones couvertes par l'état d'urgence ; interdire les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre ; ordonner la remise des armes détenues légalement et, enfin, ordonner, sur autorisation expresse, des perquisitions de jour et nuit s'il « *existe des raisons sérieuses de penser que ce lieux est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* » (art. 11 de la loi de 1955). Quant au préfet de département, il peut interdire la circulation des personnes ou des véhicules ainsi que le séjour. Le pouvoir « *d'instituer, par arrêté, des zones de protection ou de sécurité où le séjour des personnes est réglementé* » lui avait été reconnue mais il a été déclaré inconstitutionnel⁶⁷. Toutes les mesures prises cessent de produire leur effet en même temps que l'état d'urgence sauf en ce qui concerne les dissolutions des associations.

Le régime de l'état d'urgence a été déclaré conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel à plusieurs reprises. Dans une première décision⁶⁸ rendu le 25 janvier 1985 en raison de la prorogation de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, le juge constitutionnel était saisi par 60 députés et 60 sénateurs au motif qu'aucun fondement

⁶⁵ Article 4 de la loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, publiée au JORF n°0295 du 20 décembre 2016

⁶⁶ CC, décisions n°2017-624 QPC du 16 mars 2017

⁶⁷ CC, décision n°2017-684 QPC du 11 janvier 2018

⁶⁸ CC, décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*

constitutionnel ne prévoyait le recours à l'état d'urgence, seul le recours à l'état de siège était autorisé en vertu de l'article 36. De ce fait, rien ne permet au législateur de « déroger à l'ordre constitutionnel, seule la constitution pouvant prévoir une telle dérogation »⁶⁹. L'argument avancé est que si le constituant a prévu expressément la possibilité de recourir à l'état de siège, le fait qu'il n'ait pas fait mention de l'état d'urgence indiquerait qu'il n'ait donc pas entendu le permettre. Le Conseil constitutionnel a tiré de l'article 34 la possibilité pour le législateur de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques en « (opérant) la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être assuré ». Cette décision est particulièrement importante car elle reconnaît au législateur la compétence de prévoir et d'établir des régimes d'exception, celui de l'état d'urgence et, plus tard, celui de l'état d'urgence sanitaire. Dans une autre décision de 2016, il a réaffirmé « que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »⁷⁰.

Le changement de constitution n'emporte pas non plus d'effet d'abrogation implicite sur la loi de 1955. Le juge des référés du Conseil d'État, saisi d'une demande en ce sens lors de la déclaration de l'état d'urgence en 2005 lors de l'émeute des banlieues, y a répondu par la négative dans son ordonnance⁷¹ en considérant qu'« il n'y a pas entre le régime de l'état d'urgence issu de la loi du 3 avril 1955 et la Constitution du 4 octobre 1958 une incompatibilité de principe qui conduirait à regarder cette loi comme ayant été abrogée par le texte constitutionnel ».

Il s'agit d'apprécier maintenant la teneur du contrôle exercé par le juge administratif et par le Parlement quant aux mesures prises dans le cadre de ce régime. A titre liminaire, on rappelle aussi que le Conseil de l'Europe avec la Cour européenne des droits de l'Homme exerce un « contrôle » de l'état d'urgence en veillant au respect de l'exigence de proportionnalité dans la dérogation à certaines obligations de la Convention européenne des droits de l'homme. Son article 15 (dérogation en cas d'état d'urgence) reconnaît la

⁶⁹ P. CASSALTER, « Légalité de crise et état d'urgence », *Revue générale du droit* (en ligne), 2015.

⁷⁰ CC, Décision n°2016-563 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'Homme*

⁷¹ CE, ordonnance, 21 novembre 2005, *B.*, n°287217, publié au recueil

possibilité pour les États-parties, en cas de circonstances exceptionnelles, la faculté de déroger, de manière temporaire, limitée et contrôlée, à certains droits et libertés garantis par la Convention. Les circonstances exceptionnelles mentionnées renvoient à des cas de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation. Aussi, si l'État peut prendre des mesures dans la stricte mesure où la situation l'exige, certains droits garantis n'autorisent aucune dérogation comme le droit à la vie, l'interdiction de l'esclavage et de la servitude ou l'abolition de la peine de mort en temps de paix. Formellement, l'État qui exerce ce droit de dérogation est tenu d'informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe. La France, lors de la vague d'attentats terroriste de novembre 2015 conduisant au déclenchement de l'état d'urgence, avait notifié sa dérogation au secrétaire général le 24 novembre 2015 en motivant que « *la menace terroriste, caractérisant "un péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public", qui a justifié la déclaration initiale de l'état d'urgence et sa première prorogation, demeure à un niveau très alarmant* » et que « *le bilan des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence [...] a confirmé la nécessité de ces mesures pour prévenir d'autres attentats et désorganiser les filières terroristes* »⁷². Les multiples prorogations de l'état d'urgences ont été, elles-aussi, accompagnées d'une notification. Le contrôle mené par la CEDH est évidemment assez souple et laisse « *à chaque État contractant (...) un large pouvoir d'appréciation* »⁷³ du moment que le respect des règles fondamentales de l'État de droit est garanti et que des voies de recours effectives existent.

Le régime de l'état d'urgence induit une extension des pouvoirs de police administrative afin d'éviter les atteintes à l'ordre et à la sécurité publics. Cette extension se traduit notamment par l'adoption d'actes administratifs (arrêtés et décrets) dont le contentieux relève de la compétence du juge administratif. Ce-dernier dispose même, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire par l'article 66 de la Constitution, de la compétence exclusive de l'annulation ou de la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique par les autorités publiques. Une controverse est apparue au sujet du partage de compétence entre les deux juridictions dans le contrôle. Il a pu se poser la question de l'intervention du Juge judiciaire dans le contrôle des mesures de l'état d'urgence lorsqu'elles portaient atteintes à la liberté des personnes et notamment celle d'aller et venir dans le cadre des assignations à résidence. Le

⁷² L. PETTITI, « Faut-il notifier l'État d'urgence sanitaire au Conseil de l'Europe ? », *Dalloz actualité* online, 26 mars 2020.

⁷³ CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande contre Royaume-Uni*, requête 5310/71

Conseil constitutionnel a adopté une lecture restrictive en considérant, d'une part, que les mesures d'assignation à résidence « *relève de la seule police administrative et qui ne peut avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions* » et, d'autre part, que « *tant par leur objet que par leur portée, ces dispositions ne comportent pas de privation de la liberté individuelle au sens de l'article 66* »⁷⁴ du moment que la plage horaire maximale n'excède pas douze heures par jour. Cette interprétation des mesures privatives de liberté a été confirmée au sujet de la durée de la prolongation d'une mesure d'assignation à résidence. Ainsi, la « *seule prolongation dans le temps d'une mesure d'assignation à résidence ordonnée dans les conditions prévues par l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 n'a toutefois pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté* »⁷⁵. On retrouvera brièvement ce débat pour le régime de l'état d'urgence sanitaire et les contestations du confinement de la population⁷⁶.

Outre la confirmation du juge constitutionnel, le législateur l'a aussi expressément reconnu et inscrit dans le texte même de la loi. L'article 14-1 de la loi de 1955 confirme cette compétence de la juridiction administrative pour contrôler les mesures adoptées pendant l'état d'urgence qui font l'objet d'un contrôle normal. Ce même article dispose que « *la condition d'urgence est présumée satisfaite pour le recours juridictionnel en référé formé contre une mesure d'assignation à résidence* ». Cette présomption d'urgence facilite grandement la saisine du juge des référés et constitue une garantie de protection effective des libertés publiques. En effet, la voie du référé et notamment celle du référé-liberté prévu par l'article L.521-2 du Code de justice administrative est la seule susceptible de permettre un contrôle de la légalité de ladite mesure d'assignations dans des délais restreints. D'ailleurs, le juge des référés a substitué le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par un contrôle de la proportionnalité lui permettant d'élargir considérablement l'étendue de son office. La deuxième condition du référé-liberté c'est-à-dire l'« *atteinte grave et manifestement illégale* » à l'exercice d'une liberté fondamentale (comme la liberté d'aller et venir ou la liberté d'entreprendre) est appréciée au regard de la menace que constitue le comportement de l'intéressé et des modalités de l'assignation à résidence. A cet égard, l'administration doit disposer d'éléments suffisamment probants pour justifier la mesure.

⁷⁴ CC, décision n°2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*

⁷⁵ CC, décision n°2017-624 QPC du 16 mars 2017, *M. Sofïyan I.*

⁷⁶ CE, *M. Paul C.*, 22 juillet 2020, n°440149

Outre ces assignations à résidence, le contrôle porte sur toutes les autres mesures adoptées pendant l'état d'urgence. Les perquisitions, actes de police administrative, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoirs devant le juge administratif et elles font alors l'objet d'un contrôle entier⁷⁷. La responsabilité de l'État peut aussi être engagée par la personne visée pour faute simple ou par des personnes tierces pour rupture d'égalité devant les charges publiques.

Ainsi, le contrôle de juge administratif quant aux mesures de police s'est donc considérablement approfondi. En cessant dans un premier temps de considérer qu'il s'agissait de mesure de « haute police » justifiant un contrôle restreint et un large pouvoir discrétionnaire du gouvernement, il a été amené à opérer un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation puis un contrôle de proportionnalité comme on l'a vu précédemment.

Enfin, le juge administratif ne s'est pas non plus refusé à exercer son contrôle sur le décret déclarant l'état d'urgence bien qu'il n'exerce sur celui-ci qu'un contrôle restreint laissant une certaine marge de manœuvre à l'action des autorités publiques. Toutefois, là encore, le juge sur la base d'un référé-liberté a considéré qu'il était possible pour lui d'enjoindre le président de la République de l'adoption d'un décret en Conseil des ministres avant l'expiration du délai de prorogation si l'état d'urgence n'était plus justifié⁷⁸.

Le juge administratif est un maillon essentiel du contentieux de l'état d'urgence. Les (nouvelles) voies de recours, en premier lieu celles du référé mais aussi celles nées depuis 2015 pour s'adapter aux mutations technologiques (comme l'exploitation des données saisies lors des perquisitions administratives), ont permis d'en faire un acteur essentiel et un garant de l'État de droit en s'assurant de la conciliation constante entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public.

Après le contrôle juridictionnel vient le contrôle parlementaire qui s'effectue à travers deux moyens spécifiques outre les traditionnelles questions au gouvernement. Le premier est que, bien qu'il ait perdu la prérogative de le déclarer, le Parlement conserve celle de la prorogation de l'état d'urgence au bout des douze jours, ce qui lui permet de confirmer que les conditions qui ont amené la mise en œuvre de ce régime sont toujours réunies. Le second moyen tient à l'obligation d'information du Parlement des mesures prises par le

⁷⁷ CC, décision n° 2016-536 QPC du 16 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* et CE, Avis, 6 juillet 2016, *Napol*.

⁷⁸ CE, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'Homme*

gouvernement en application de l'état d'urgence. L'article 4-1 de la loi de 1955⁷⁹ dispose que « *l'Assemblée nationale et le Sénat sont 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 qu'elles prennent en application de la présente loi. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ». Les deux chambres ont ainsi créé des comités de suivi de l'état d'urgence mais la teneur et l'intensité de l'activité du contrôle mené par les députés et les sénateurs n'est pas uniforme. Paul Cassia relève que le contrôle parlementaire a été quasiment inexistant au Sénat car si « *le comité de suivi existe donc sur le papier ; son activité effective n'est pas matérialisable pour un observateur extérieur* »⁸⁰. A l'Assemblée nationale, la commission des lois assurait la veille des mesures prises mais le contrôle a quelque peu périclité lorsque son président, J.-J. Urvoas, laissa sa place pour rejoindre le Gouvernement. Toutefois, des données chiffrées récapitulant les mesures prises ont néanmoins été publiées et un rapport d'information⁸¹ a été établi en décembre 2016 afin de faire un bilan de ce contrôle. Il formule aussi diverses propositions afin de le renforcer.

Pour conclure cette présentation de l'état d'urgence sécuritaire, on peut se demander s'il était judicieux de créer un nouveau régime d'exception au vu des marges d'action qu'il permet justement quitte à le compléter afin de prendre davantage en considération la dimension sanitaire. Outre la « *parenté* »⁸² évidente que souligne les auteurs O. Beaud et C. Guérin-Bargues et les analogies entre certaines des mesures (notamment l'assignation à résidence et la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées par la covid-19), les deux auteurs avancent l'hypothèse de l'influence du Conseil d'État qui dans son avis au projet de loi estimait que « *l'existence d'une catastrophe sanitaire rend utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention* »⁸³. Cela fait notamment référence au réflexe légaliste des autorités publiques que soulignait le Professeur Didier Truchet⁸⁴.

⁷⁹ Créée par l'article 4 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 et modifiée par l'article 2 de la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016.

⁸⁰ P. CASSIA, « Quel contrôle parlementaire en temps réel de l'état d'urgence permanent ? » *Le Blog de Paul Cassia*, 28 septembre 2017.

⁸¹ M. D. RAIMBOURG et J.-F. POISSON, Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, Ass. nationale, 6 décembre 2016.

⁸² O. BEAUD, C. Guérin-Bargues. « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020, pp.891.

⁸³ Avis du Conseil d'État sur la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie du covid-19, Conseil d'État, 18 mars 2020, avis n°399873.

⁸⁴ D. TRUCHET, « Covid 19 : point de vue d'un 'administrativiste sanitaire' », blog *Jus Politicum*, 2020

1.1.3. L'article L.3131 du Code de Santé publique : un leg d'une précédente crise sanitaire

« Convaincue que les grandes pandémies appartenaient à un passé révolu, la France (...) avait baissé sa garde juridique (...) Le pays se trouva donc fort dépourvu lorsque le SRAS fut venu en 2003 »⁸⁵ écrit Didier Trichet. Deux épisodes d'ampleur et de gravité inégales avaient amené les pouvoirs publics à renforcer « l'arsenal » juridique en matière de santé publique permettant ainsi au ministre de la santé et des solidarités de prendre les premières mesures dans les premiers mois de l'année 2020 lorsque le virus de la Covid-19 commença à arriver en France.

Le premier épisode est l'épidémie de coronavirus responsable du syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) apparu fin 2002 en Chine et qui, en raison de sa forte contagiosité, s'était ensuite diffusée dans 30 pays principalement via le trafic aérien. Cette épidémie n'avait heureusement duré que quelques mois – de novembre 2002 à juillet 2003 – contaminant peu de personnes et causant donc relativement peu de mort en France. Dès le déclenchement de l'alerte internationale, certes retardée en raison d'un certain manque de transparence de la Chine au sujet de ce virus et de l'ampleur de sa propagation, l'agence Santé publique France avait alors mis en place une surveillance épidémiologique permettant de tracer tout cas détecté ou signalé et, ensuite, de mettre la personne en isolement pendant 10 jours à domicile.

Si cette épidémie n'avait pas mis le système de santé en tension, il en a été tout autre avec la canicule de l'été 2003. Cet épisode montra le manque de préparation des structures face à un risque qui était pourtant prévisible. Le nombre de décès se serait élevé à plus de 19 000 en France⁸⁶, soit le deuxième plus élevé en Europe derrière l'Italie. Après avoir été durement critiqué pour la gestion de la crise et surtout l'image d'inactivité et la communication données à la télévision, le Président de la République Jacques Chirac annonça une réforme des services de prévention, d'alerte et de secours.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ M. TOUMIT « Récit : Canicule : en 2003, la France suffoquait et comptait ses morts », *Journal Ouest France*, 3 août 2018 (en ligne).

Ces deux épisodes ont ensuite conduit à l'élaboration des lois du 9 août 2004⁸⁷ relative à la politique de santé publique et du 5 mars 2007⁸⁸ visant à préparer le système de santé aux menaces sanitaires. La première des deux lois tend à réformer le système de santé français en développant une politique de prévention et à améliorer la prévention des risques sanitaires liés à l'environnement. La seconde loi met notamment en place un corps de réserve sanitaire afin d'augmenter le nombre de personnels de santé en cas de crise, crée un établissement public chargé d'administrer ladite réserve et d'assurer la prise en charge de la logistique des produits et équipements prévus par les plans de prévention et gestion des catastrophes. Enfin, ces lois créent un cadre juridique pour la gestion des crises sanitaires à travers l'article L.3131-1 CSP qui autorise, en cas de « *menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie* », le ministre de la santé à prescrire par arrêté motivé « *toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ». Afin de décliner les mesures à l'échelle locale, le ministre peut habilitier le représentant de l'État territorialement compétent à prendre toutes les mesures d'application de ces dispositions, y compris des mesures individuelles qui font alors immédiatement l'objet d'une information du procureur de la République.

Le terme de « *menace sanitaire* » employé par cet article semble donc renvoyer à tout ce qui laisserait prévoir la survenance de quelque chose de dangereux, à un péril imminent pour la santé publique. Aussi, s'il évoque « *notamment (les) épidémies* », il ne s'y limite pas en permettant son utilisation pour d'autres cas de figures comme la pollution, le bioterrorisme, ... La condition de son utilisation est que la menace appelle la prise de mesures d'urgences par les autorités publiques c'est-à-dire à la fois immédiates et plus fortes que celles utilisées en temps normales. Le critère de finalité rappelle que les mesures doivent être prises uniquement pour sauvegarder la santé publique. Elles doivent être adaptées aux circonstances de temps et de lieu. Enfin, le critère de proportionnalité des mesures vis-à-vis des risques encourus est expressément mentionné. Outre ces conditions de fond, la condition de forme tient à ce que l'arrêté soit dûment motivé.

⁸⁷ Loi n°2004-806 du 9 août 2004 *relative à la politique de santé publique*, publiée au JORF n°185 du 11 août 2004

⁸⁸ Loi n°2007-294 du 5 mars 2007 *relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur*, publiée au JORF n°55 du 6 mars 2007.

L'article prévoit donc la possibilité pour le ministre de la santé et le préfet de prononcer par arrêté « *toutes* » mesures – certes nécessaires et proportionnées – soulignant la largesse accordée par le législateur pour faire face à toute menace possible. Il s'agit donc de mesures à la fois collectives et individuelles de différentes natures comme des mesures réglementaires (fermeture d'établissements, limitations à la circulation, ...) ou matérielles sur tout ou partie du territoire.

Parmi les mesures individuelles pouvant être prises, on pense bien évidemment à la mise en quarantaine et au placement en isolement des personnes affectées ou susceptibles de l'être. Étant des mesures très largement attentatoires aux libertés fondamentales, elles font l'objet de garanties procédurales supplémentaires. En effet, le préfet territorialement compétent doit être expressément habilité par le ministre de la santé à pouvoir prendre ces mesures qui font l'objet d'une information au procureur de la République. Aussi, en vertu de l'article L3131-2, « *le bien-fondé des mesures prises (...) fait l'objet d'un examen périodique par le Haut Conseil de la santé publique* ». Cet examen par des professionnels de santé permet de s'assurer de l'adéquation des mesures prises aux risques pour la santé publique.

Cet article fut notamment utilisé lors des épidémies de grippe A-H1N1 et à l'orée de la crise sanitaire dû au virus de la Covid-19. On peut notamment citer le premier arrêté du ministre de la Santé du 30 janvier 2020⁸⁹ qui organise la mise en quarantaine – ou plutôt quatorzaine – dans un centre d'hébergement des Bouches-du-Rhône des personnes arrivant sur le territoire français en provenance du foyer infectieux de Wuhan. Un arrêté similaire est pris le 20 février 2020⁹⁰ pour organiser la quarantaine et instituer un centre d'hébergement dans le Calvados. Très vite, en raison de l'emballement de l'épidémie, les mesures individuelles de mise en quarantaine des personnes en provenance de Wuhan ne suffisent plus. Il s'impose de limiter et restreindre les rassemblements. Ainsi, l'arrêté du 4 mars 2020⁹¹ a interdit par son article 1^{er} « *tout rassemblement mettant en présence de manière simultanée plus de 5 000 personnes en milieu clos jusqu'au 31 mai 2020* ». Cette

⁸⁹ Arrêté du 30 janvier 2020 relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus 2019-nCov, publié au JORF n°0026 du 31 janvier 2020.

⁹⁰ Arrêté du 20 février 2020 relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus covid-19, publié au JORF n°0044 du 21 février 2020.

⁹¹ Arrêté du 4 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, publié au JORF n°0055 du 5 mars 2020.

jauge a été abaissée à 1000 personnes moins d'une semaine plus tard⁹² puis à 100 personnes⁹³ jusqu'au 15 avril 2020. Enfin, l'arrêté du 15 mars 2020⁹⁴ étend la liste des catégories d'établissements recevant du public qui sont concernés par la fermeture administrative « *afin de ralentir la propagation du virus covid-19* » comme les musées, les bibliothèques et les établissements d'enseignement.

Si le législateur avait prévu ce premier volet de mesures afin de pouvoir faire face à des menaces sanitaires, celles-ci se sont avérées insuffisantes à plusieurs égards pour une véritable catastrophe ou crise sanitaire nécessitant une refonte du cadre d'action et l'ajout d'un régime spécifique de gestion des crises sanitaires.

En effet, il ne réglait qu'imparfaitement la question du concours des police entre les ministres et notamment entre le ministre de la santé et le Premier ministre. A ce-dernier est reconnu la compétence de police administrative générale en vertu notamment des articles 21 et 37 de la Constitution et de la jurisprudence *Labonne*⁹⁵ du Conseil d'État. Quant au ministre de la santé, il dispose d'un pouvoir de police spéciale en matière de santé en vertu des dispositions du Code de la Santé publique et notamment son article L.3131-1. Les premières mesures prises par le Gouvernement ont ainsi été prises par arrêté du ministre de la santé sur le fondement de cet article, puis par décret du Premier ministre sur le double fondement de cet article et des « circonstances exceptionnelles », en référence à la théorie jurisprudentielle du même nom vu précédemment. Ce décret du 16 mars 2020 du Premier ministre dont la mesure principale est le confinement vise tout à la fois l'article L. 3131-1 – habilitant pourtant uniquement le ministre de la santé à agir – que « *les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19* ». La « *faiblesse normative* »⁹⁶ de cet article tient à l'articulation floue qu'il instaure entre les différents pouvoirs de police générales et spéciales d'abord, nationale et locale ensuite. La question du concours de police entre ces autorités de police général et spéciale fera l'objet d'un développement spécifique.

⁹² Arrêté du 9 mars 2020 *portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, publié au JORF n°0059 du 10 mars 2020.

⁹³ Arrêté du 13 mars 2020 *portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, publié au JORF n°0063 du 14 mars 2020.

⁹⁴ Arrêté du 15 mars 2020 *complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19*, publié au JORF n°0065 du 16 mars 2020.

⁹⁵ CE, 8 août 1919, *Labonne* consacrant l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome de police au plan national dévolu au président de la République puis au Premier ministre sous la Ve République.

⁹⁶ A. GELBAT 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, 20 avril 2020,

L'autre faiblesse juridique tient à l'étendue des mesures pouvant être prises sur son fondement par le ministre de la santé. En effet, l'article dispose qu'« *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence (...) le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population* ». Par simple arrêté motivé, le ministre a pu prendre des mesures très largement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux dans la finalité de la protection de la santé publique. Or, comme l'a justement déclaré le Premier ministre Édouard Philippe, « *les mesures que nous prenons méritent davantage qu'un arrêté ministériel* »⁹⁷. Ainsi, le passage du ministre de la santé au profit du premier ministre permet de « *réhauss(er) le degré de légitimité de l'autorité fondée à décider des nouvelles restrictions pesant sur les droits et libertés, il renforce leur acceptabilité sociale* »⁹⁸.

La troisième raison, liée à la seconde, tient au fait que jusqu'au décret du Premier ministre et à l'instauration de l'état d'urgence, le ministre de la Santé était amené à devoir prendre des décisions excédant largement le domaine de son ministère. Par son arrêté du 14 mars 2020, il ordonna la fermeture d'établissements recevant du public (article 1), interdit les rassemblements et réunions de plus de 100 personnes (article 2), réglementa l'escale des navires de croisières (article 3), suspendit l'accueil des usagers des établissements scolaires (article 4) ou encore les concours de recrutement des fonctionnaires. Or, il paraît préférable que l'ensemble de ces décisions soient prises par les services du Premier ministre, plus à même de gérer la coordination interministérielle du point de vue strictement matériel et organisationnel. Pour D. Truchet, « *il s'agit (...) de placer le niveau de décision là où il doit logiquement se trouver pour prendre des mesures qui concernent l'ensemble du gouvernement* »⁹⁹ et qui dépassent largement le seul ministère de la santé.

Durant les premières semaines de mars 2020, lorsque l'adoption d'une législation *ad hoc* pour faire face à l'épidémie n'était qu'encore au stade du débat parlementaire, l'étude d'impact¹⁰⁰ du projet de loi avançait plusieurs pistes d'actions dont la possibilité de modifier plus ou moins substantiellement cet article L.3131-CSP pour l'adapter au contexte

⁹⁷ E. Philippe, Journal Officiel du Sénat, déb., séance du 19 mars 2020

⁹⁸ J.-P. Markus, D. Cristo, J. Peigné, E. Autier, *Code de la Santé publique*, annoté commenté, mai 2021, 35e édition, Dalloz

⁹⁹ D. TRUCHET, *op. cit.*

¹⁰⁰ *Étude d'impact du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, 18 mars 2020, p. 19

spécifique de la crise de la Covid-19 en précisant davantage la nature et l'étendue des mesures pouvant être prises et notamment d'y adjoindre d'autres dispositions en ce qui concerne les réquisitions et la lutte contre la propagation internationale des maladies et la coordination à l'échelle locale des mesures prises (mairie et préfet). Comme on le sait maintenant, l'option choisie par le Gouvernement fut d'établir un nouveau régime d'exception spécifique au risque sanitaire avec le lot de questions juridiques qu'elle emporterait. Celui-ci se placerait à côté de l'article L.3131-1 CSP – ou plutôt dans son prolongement – en ayant vocation à prendre le relais lorsque la menace sanitaire deviendrait catastrophe sanitaire

1.2. Le cadre juridique de l'état d'urgence sanitaire

Les premières mesures de lutte contre la propagation du virus de la Covid-19 se sont vite révélées insuffisantes amenant le Premier ministre, sur la base de son pouvoir de police générale et des circonstances exceptionnelles, à réglementer drastiquement le déplacement des personnes et des véhicules par décret du 16 mars 2020. Cependant, « *l'existence d'une catastrophe sanitaire (rendait) utile un régime particulier de l'état d'urgence pour disposer d'un cadre organisé et clair d'intervention en pareille hypothèse* »¹⁰¹ selon l'avis du Conseil d'État. Le 23 mars 2020 a été promulguée une loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 contenant un certain nombre de mesures exceptionnelles. Outre les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire, cette loi prévoit diverses mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie – sous la forme d'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnances – et des dispositions électorales organisant le report du second tour des élections municipales et le prolongement des mandats électoraux échus. On ne s'attardera pas, dans le cadre de ce mémoire, à présenter l'ensemble de cette loi n°2020-290 pour se concentrer uniquement sur son titre Ier relatif à l'établissement d'un état d'urgence sanitaire.

L'état d'urgence a été déclaré par l'article 4 de cette même loi qui l'a créée – dérogeant ainsi à son régime qui prévoyait que sa déclaration se faisait par décret pris en conseil des ministres – pour une durée de deux mois à partir du 24 mars 2020. Il a été ensuite prorogé jusqu'au 10 juillet 2020 par la loi du 11 mai 2020. Afin d'en prendre le relai en assouplissant les contraintes tout en permettant aux pouvoirs publics de réagir efficacement en cas de réactivation localisée du virus, la loi du 9 juillet 2020 crée un régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire en vigueur jusqu'au 30 octobre 2020. L'état d'urgence sanitaire demeure toutefois maintenu en Guyane et à Mayotte. La deuxième vague épidémique a conduit le Gouvernement à déclarer une nouvelle fois l'état d'urgence sanitaire par décret du 14 octobre 2020 puis à demander sa prorogation au Parlement à deux reprises jusqu'au 1^{er} juin 2021.

En décembre 2020, le Gouvernement s'est penché sur une éventuelle pérennisation du régime de l'état d'urgence sanitaire en déposant un projet de loi *instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*. En effet, les sénateurs avaient fait adopter un

¹⁰¹ CE, *Avis sur un projet de loi et un projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19*, 18 mars 2020

amendement – intégré à l'article 7 de la loi – prévoyant la caducité de ce régime au 1^{er} avril 2021. Or, aucune loi depuis celle du 23 mars 2020 n'avait jusque-là remise en cause ce terme. Le projet de loi fut donc établi dans la perspective de cette caducité alors que la crise sanitaire, dans le même temps, rendait nécessaire la prorogation de ce régime d'exception. Cependant, le gouvernement fit dans un premier temps le choix de créer ce régime pérenne de gestion des crises sanitaires en faisant l'économie de l'engagement d'une réflexion à la fin de cette vague épidémique. Or, une polémique est rapidement apparue parmi les rangs des parlementaires de l'opposition en raison d'une disposition qui permettrait de conditionner l'accès à certains lieux ou moyens de transports au « *suivi d'un traitement préventif, y compris à l'administration d'un vaccin, ou d'un traitement curatif* »¹⁰². Le projet de loi fut accusé de rendre la vaccination obligatoire portant alors gravement atteinte aux libertés selon certains responsables politiques de droite notamment¹⁰³. Face à ces soubresauts, le ministre de la santé Olivier Veran préféra reporter *sine die* la poursuite de l'examen du projet de loi. Ce fut finalement la loi du 15 février 2021 qui reporta du 1^{er} avril au 31 décembre 2021 la caducité du régime juridique fondant l'état d'urgence. La décrue des contaminations et de la tension dans les services de réanimation depuis mai 2021 a conduit le Gouvernement à déposer un nouveau projet de loi de sortie de l'état d'urgence sanitaire très inspiré et proche de celui en vigueur à l'été 2020.

Ce nouveau cadre de l'état d'urgence sanitaire importe en grande partie la structuration de l'état d'urgence classique notamment en ce qui concerne sa déclaration et sa prorogation. D'ailleurs, tant la loi du 3 avril 1955 que celle du 23 mars 2021 sont des lois de circonstances préparées dans l'urgence pour faire face à une situation de crise qu'elle soit de nature sécuritaire dans le contexte de la décolonisation en Algérie ou sanitaire avec la pandémie de la covid-19. L'analogie s'arrête là car ils ont été mis en œuvre dans des contextes très différents, « *l'état d'urgence sécuritaire a toujours été dirigé contre un nombre très réduit de personnes suspectées de représenter une menace pour l'ordre public* » tandis que l'état d'urgence sanitaire se singularise par le fait que « *ce sont tous les Français qui ont été concernés par les restrictions de liberté ; la liberté de tous a été limitée pour*

¹⁰² Article 1^{er} du projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires modifiant l'article L. 3131- 9, 6^o paragraphe.

¹⁰³ G. POUSSIELGUE, « Covid : accusé de vouloir rendre les vaccins obligatoires, l'exécutif recule », *Les Echos*, 22 décembre 2020 (en ligne)

protéger la santé de tous »¹⁰⁴. La conciliation entre l'objectif de protection de la santé publique et la protection des droits et libertés fondamentaux demandait une attention accrue tant de la part du juge administratif que du Parlement car « *la ligne de crête était encore plus étroite* »¹⁰⁵. La transition entre le régime d'urgence et le régime de sortie déplace aussi le curseur de l'intensité du contrôle car le déconfinement des libertés signifie aussi que la proportionnalité des mesures restrictives s'apprécie plus strictement.

Il s'agira de présenter le régime de l'état d'urgence sanitaire tel qu'il fut créé par la loi du 23 mars 2020 (1) puis le régime hybride de sortie (2) puis enfin d'évoquer les réflexions menées par le Gouvernement et le Parlement sur une possible pérennisation d'un régime de gestion des crises sanitaires (3).

¹⁰⁴ B. LASSERRE, discours d'ouverture prononcé le 14 octobre 2020 lors de la conférence inaugurale « Les états d'urgence : pour quoi faire ? ».

¹⁰⁵ *Ibid.*

1.2.1. La loi du 23 mars 2020

Si le législateur croyait avoir prévu un premier volet de mesures efficaces pour faire face à des menaces sanitaires, celles-ci se sont avérées insuffisantes pour une véritable catastrophe ou crise sanitaire nécessitant *de facto* une refonte du cadre juridique et l'ajout d'un régime spécifique de gestion des crises sanitaires. Le dispositif de la loi du 23 mars n'a pas vocation à remplacer la police de l'urgence sanitaire définie à l'article L.3131-1 CSP relevant de la compétence du ministre de la santé et des préfets mais à être utilisé en soutien de celle-ci lorsque la menace sanitaire visée par ledit article devient une « *catastrophe mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ».

Comme la loi du 3 avril 1955 instituant l'état d'urgence en Algérie, celle du 23 mars 2020 fut établie par le gouvernement et adoptée par le Parlement en un temps très succinct. Le choix d'opter pour un nouveau régime de police administrative n'a pas été sans soulever débats et controverses dans la doctrine quant à son opportunité¹⁰⁶. Sans présenter de manière exhaustive tous les arguments sur le bien-fondé (ou non) d'un tel régime, ils tiennent principalement à deux considérations. La première est que le droit français comportait déjà, en son sein, les outils nécessaires à la lutte contre la propagation du virus que ce soit par la théorie des circonstances exceptionnelles, l'état d'urgence ou l'article L.3131-1 CSP. Ce premier volet d'arguments fait fi des considérations pratiques déjà évoquées tenant à la nécessité de confier la gestion de l'urgence au Premier ministre – qui peut habiliter ensuite le ministre de la santé et les préfets à traduire territorialement ces mesures édictées – et à la singularité de cette crise sanitaire qui appelle des décisions totalement inédites et particulièrement restrictives pour les libertés. Le professeur Paul Cassia considère d'ailleurs que « *l'EUS est de nature communicationnelle (et) n'est rien de moins qu'un régime exorbitant de police administrative du Premier ministre (et sa) création (...), non indispensable à la lutte contre le coronavirus, est par rapport au droit existant un placebo juridique qui ne comporte aucune plus-value - ni en faveur des libertés, ni au bénéfice de l'ordre public sanitaire - de nature à solutionner la grave crise sanitaire que la France et près d'un tiers de l'humanité traversent* »¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Voir notamment à ce sujet : A. GELBAT 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, 20 avril 2020.

¹⁰⁷ P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique », *Blog Mediapart*, 23 mars 2020

La deuxième considération tient à la façon dont cette loi a été adoptée par le Parlement, « dans l'urgence » pour ainsi dire, car les conditions sanitaires dégradées ne l'ont pas épargné. En effet, très tôt, l'Assemblée est devenue également un « cluster »¹⁰⁸ ou foyer épidémique obligeant à restreindre quelque peu la venue des parlementaires en séance en faisant en sorte que chaque groupe soit présenté par trois députés pour le vote et que la durée d'examen et la possibilité d'amender le texte furent limitées. Les débats et les votes se sont en effet terminés tard dans la nuit avec peu d'interruptions. Aussi, le gouvernement a opté pour la procédure accélérée permettant une adoption en à peine quatre jours. Le texte a été présenté au Conseil des ministres le 18 mars 2020 par le Premier ministre Édouard Philippe et déposé au Parlement le 18 mars. Le Sénat l'a adopté en première lecture le 19 mars, puis l'Assemblée nationale le 21 mars. Enfin, la commission mixte paritaire a définitivement adopté le projet le 22 mars 2020. Pour autant, malgré son adoption rapide, la loi a véritablement été co-construite par le Gouvernement et le Parlement. Les amendements ont substantiellement modifié le projet initial du gouvernement comme on le verra dans cette partie.

Le caractère tout à fait inédit de la crise sanitaire a motivé la création d'un dispositif *ad hoc* pour y faire face. En effet, l'exposé des motifs considère que « *la crise majeure que traverse notre pays au plan sanitaire, sans précédent depuis un siècle, fait apparaître la nécessité de développer les moyens à la disposition des autorités exécutives pour faire face à l'urgence, dans un cadre juridique lui-même renforcé et plus facilement adaptable aux circonstances, notamment locales* »¹⁰⁹. Le Conseil d'État, dans son avis du 18 mars, parvient aux mêmes conclusions sur la nécessité, pour le Gouvernement, de se doter d'un cadre juridique renforçant les mesures de police administrative en cas de catastrophe sanitaire.

La loi du 23 mars 2020 a profondément réorganisé le titre III (« *menaces sanitaires graves* ») du livre Ier (« *Lutte contre les maladies transmissibles* ») et l'économie générale de cette partie du Code de la Santé publique. Elle y a créé un chapitre Ier bis sur l'« *État d'urgence sanitaire* » contenant les articles L.3131-12 à L.3131-20 dont le régime est utilisable en cas de « *catastrophe sanitaire* », autrement dit lors d'une crise sanitaire extrêmement grave. À côté, il continue de perdurer les dispositions de l'article L.3131-1 et

¹⁰⁸ L. Soullier, A. Mestre, S. Zappi et M. Rescan « Coronavirus : comment l'Assemblée nationale est devenue un nouveau cluster », *Le Monde* (en ligne), 21 mars 2020

¹⁰⁹ Exposé des motifs de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, §1^{er}

s. pour répondre à des « *menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence* », donc des crises d'importances et de gravités moindres (comme le SRAS de 2003) mais dont la rapidité de réaction est primordiale afin de parvenir à les circonscire et, ainsi, éviter qu'elles ne deviennent, à terme, des catastrophes. D'ailleurs, les articles L. 3131-1 et s. du CSP redeviennent pleinement applicables après la fin de l'état d'urgence et de son régime de sortie. En effet, l'article modifié prévoit que « *le ministre peut également prendre de telles mesures après la fin de l'état d'urgence sanitaire prévu au chapitre Ier bis du présent titre, afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire* ». Ainsi, en cas de menace sanitaire grave ou après la fin de l'état d'urgence sanitaire, le ministre de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population.

Dans son avis du 18 mars 2020, le Conseil d'État décrit le nouvel agencement comme une « *gradation en fonction de la gravité des crises* »¹¹⁰ qui apporte ainsi de la lisibilité à l'éventail de mesures pouvant être prises par les pouvoirs publics en temps de crise. Dans cette logique, le titre III relatif aux « *menaces sanitaires graves* » est rebaptisé « *menaces et crises sanitaires graves* ». Le chapitre 1^{er} (articles L. 3131-1 à L. 3131-11) se réfère plus globalement aux « *Menaces sanitaires* » et non plus seulement aux « *mesures d'urgence* ».

Ce nouvel état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire national par décret motivé en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre de la santé « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ». Les débats parlementaires – notamment au Sénat – se sont notamment attardés sur l'utilité d'ajouter le qualificatif d'*exceptionnelle* à celui de catastrophe sanitaire dans le but de « *définir le plus précisément possible la situation (et) d'éviter tout flottement dans l'interprétation et tout risque de recours excessif à l'état d'urgence sanitaire* »¹¹¹. La commission s'y est opposé car cela amènerait à penser qu'il y aurait des catastrophes « *habituelles* » ou « *ordinaires* ». En effet, le critère d'*ampleur* » est déjà compris dans la notion même de catastrophe. Pour autant, le terme de catastrophe sanitaire n'a, lui, pas été défini précisément permettant une utilisation large (et peut-être dans un futur plus ou moins

¹¹⁰ CE, avis, 18 mars 2020, n°399873

¹¹¹ Compte-rendu intégral des débats, séance du 19 mars 2020

proche) ce qui n'est pas sans entrer en contradiction avec le titre même de la loi qui vise uniquement l'épidémie de Covid-19.

Le projet du gouvernement prévoyait initialement la déclaration pour douze jours de la même façon que sur le modèle de l'état d'urgence. Or, le Conseil d'État, dans son avis sur le projet de loi, proposait justement « *eu égard à la nature d'une catastrophe sanitaire (...) de substituer au délai de douze jours prévus pour l'intervention du Parlement un délai d'un mois* ». Il est vrai qu'en comparaison de la durée du risque sécuritaire que pouvait représenter des attentats terroristes, le freinage de la propagation d'une pandémie n'a pas la même inertie. Les mesures de confinement prises à une certaine date n'auront d'effets au bout de 14 jours environ. A cet effet, il a notamment proposé de l'étendre à un mois. Cette proposition, bien qu'elle ait fait débat car certains ont pu croire y voir un blanc-seing donné au gouvernement pour une durée conséquente, a finalement été confirmée par le Parlement.

L'état d'urgence sanitaire est donc déclaré par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé et sur la base de données scientifiques publiques, pour tout ou partie du territoire. Si le projet initial du gouvernement prévoyait une déclaration générale puis un décret définissant les zones concernées comme cela se fait pour l'état d'urgence classique, la procédure a été simplifiée de façon que le décret de déclaration définisse également les zones où il s'applique.

Il convient aussi de signaler qu'en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et les îles Wallis et Futuna, l'état d'urgence sanitaire a été instauré par l'ordonnance n° 2020-463 du 22 avril 2020 conformément à l'article 3 de la loi du 23 mars 2020 habilitant le Gouvernement à prendre les mesures d'adaptation de l'état d'urgence sanitaire dans les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie.

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. Cependant, afin d'éviter un retour au Parlement au bout d'un mois à compter de sa déclaration, les sénateurs ont adopté un amendement permettant que, de façon dérogatoire, l'état d'urgence sanitaire soit déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars. Un décret pris en conseil des ministres peut y mettre fin à tout moment avant l'expiration du délai fixé par la loi de prorogation mais après avis du comité de scientifiques.

L'article L.3131-19 prévoit aussi la réunion « *sans délai* » d'un comité de scientifiques comprenant deux personnalités qualifiées respectivement nommées par le

Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat ainsi que d'autres personnalités qualifiées nommées par décret¹¹². Il revient au Président de la République de nommer le président du comité. Certains députés et sénateurs avaient souhaité que des parlementaires puissent faire partie de ce comité scientifique mais cela a finalement été refusé. En réalité, le Président avait déjà réuni le 12 mars 2020 un comité similaire mais de manière informelle avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire. Celui-ci a donc été ensuite formalisé par la loi du 23 mars 2020. La constitution d'un tel comité ou conseil scientifique serait une réponse à une certaine défiance envers les pouvoirs publics en permettant de donner – au moins en apparence – un gage de scientificité aux mesures prises par l'exécutif. Le professeur Didier Truchet abonde dans ce sens en s'interrogeant aussi si l'omniprésence des experts ne permettait finalement que de « *compenser l'impopularité politique (du président) par une légitimité scientifique, pour obtenir la confiance et l'adhésion des citoyens* »¹¹³.

Les avis qu'il rendent périodiquement – sans davantage de précision pour éviter une certaine rigidité – sont publics. Cette volonté de transparence et de légitimité dans les décisions prises se traduit aussi par la publicité des données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire et ayant motivé la déclaration.

Concernant cette transparence nécessaire en période d'exception, le Conseil d'État avait proposé, dans son avis, la suppression de « *la disposition imposant au Gouvernement la transmission d'informations relatives à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire car elle constitue une injonction du Parlement au Gouvernement et ne relève pas du domaine de la loi* »¹¹⁴ alors que cette voie de contrôle parlementaire figure dans l'état d'urgence sécuritaire. Les sénateurs souhaitaient initialement que l'ensemble des autorités administratives – nationales et locales – leur transmettent l'ensemble des actes adoptés dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Finalement, ce sont uniquement ceux du gouvernement qui font l'objet d'une transmission automatique. Les autorités locales devront les transmettre uniquement si le Parlement en fait la demande, ce qui ne facilite pas le contrôle étant donné que cela ne représente pas moins de 100 préfectures pouvant prendre des mesures d'application territoriales. Le contrôle parlementaire n'en sort pas moins affecté sinon

¹¹² Décret du 3 avril 2020 portant nomination des membres du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19, publié au JORF n°0082 du 4 avril 2020.

¹¹³ D. TRUCHET, *op. cit.*

¹¹⁴ CE, Avis sur un projet de loi et un projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, 18 mars 2020

affaibli par cette non-automaticité des transmissions qui, selon le Gouvernement, représenterait une charge trop lourde pour les services de l'État. Cette position tant du Conseil d'État que du Gouvernement à l'égard de l'effectivité du contrôle parlementaire peut surprendre car si le Parlement est moins consulté que dans l'état d'urgence classique, les atteintes aux libertés publiques n'en sont que plus grandes.

Notons enfin que sur amendement du rapporteur de la commission des lois du Sénat, Philippe Bas, les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire ont été rendues provisoires pour une période d'une année, soit jusqu'au 1er avril 2021¹¹⁵. M. Bas avait justifié cela en considérant qu'on « *ne saurait complètement se satisfaire de la définition d'un tel régime dans l'urgence, qui nécessiterait un travail de consultation plus approfondi par le Parlement* »¹¹⁶. À l'issue de ce délai, il appartient au Parlement de dresser un bilan de l'application du dispositif et, si son utilité est établie, de le pérenniser et/ou de le modifier le cas échéant au regard des premiers mois d'expérience. Comme on l'a dit plus haut, le Gouvernement en déposant son projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires a voulu faire l'économie d'un bilan d'application et d'une évaluation de la loi en vue d'une possible pérennisation.

Le Conseil constitutionnel n'a pas été consulté au sujet de la loi d'urgence covid-19 car sa promulgation par le Président de la République fut très rapide empêchant de facto toute saisine par 60 députés ou 60 sénateurs. Il l'a néanmoins été au moment de la loi de prorogation à la fois par le Président de la République, le Président du Sénat et les parlementaires. Dans sa décision¹¹⁷, les sages de la rue Montpensier ont confirmé leur jurisprudence concernant les états d'urgence. Ainsi, ils rappellent que « *s'agissant du régime de l'état d'urgence sanitaire, (...) la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur d'en prévoir un. 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* ». En l'espèce, ils constatent que « *le législateur a procédé à une conciliation équilibrée entre ces exigences constitutionnelles* ». Si le Conseil constitutionnel a validé pleinement le principe même de

¹¹⁵ Reporté ensuite au 31 décembre 2021 par la loi n° 2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, publiée au JORF n°0040 du 16 février 2021

¹¹⁶ Compte-rendu intégral des débats, séance du 19 mars 2020

¹¹⁷ CC, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

l'état d'urgence sanitaire, il a émis plusieurs censures (partielles ou totales) et réserves d'interprétation en ce qui concerne les traitements de données personnelles de nature médicale aux fins de « *traçage* » et le régime des mesures de quarantaine et d'isolement.

Cette loi qui porte de graves atteintes à l'exercice des droits et libertés fondamentaux n'a pas fait l'objet à ce jour d'une procédure d'information auprès du Conseil de l'Europe comme l'article 15 de la convention le permet – mais ne l'oblige pas – et comme cela avait été fait à la suite des attentats de novembre 2015 et la déclaration de l'état d'urgence sécuritaire. La France avait notifié au Conseil de l'Europe qu'elle risquait de déroger à la convention. Cette procédure a ensuite été effectuée à la suite de chacune des prolongations de l'état d'urgence sécuritaire. Ainsi, en s'abstenant de tout recours à cet article, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut contrôler « *l'usage, ou l'abus, que tel ou tel État fait de l'article 15 de la Convention* »¹¹⁸. Toutefois, le secrétaire général de l'organisation a rappelé aux États que la Convention européenne continuait à s'appliquer dans le cadre des mesures adoptées pour faire face à la pandémie de coronavirus, même lorsqu'ils entendaient bénéficier de la clause de dérogation inscrite à l'article 15. L'organisation a, à cet effet, élaboré un document de synthèse, une « *boîte à outils à l'intention de l'ensemble des gouvernements européens sur le respect des droits de l'homme, de la démocratie et de l'État de droit pendant la crise du COVID-19* »¹¹⁹ afin d'aider les États à garantir que les mesures prises pendant la crise sanitaire restent proportionnées à la menace et qu'elles soient limitées dans le temps.

Après avoir vu le cadre et les modalités de déclaration et de prorogation de l'état d'urgence sanitaire, il s'agit d'en apprécier la matérialité qui sera vu plus en détail dans la partie 2 consacrée au renforcement des pouvoirs de police.

La loi réorganise les compétences au sein du Gouvernement. Ce nouveau régime d'urgence transforme le pouvoir de police administrative générale du Premier ministre en lui octroyant un pouvoir de police administrative spéciale grâce auquel il peut temporairement et de manière proportionnée limiter l'exercice de certaines libertés publiques. Ainsi, là où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par

¹¹⁸ J.-P. COSTA, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », Blog Le club des juristes, 27 avril 2020.

¹¹⁹ Conseil de l'Europe, « Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 : Boîte à outils pour les États membres », 7 avril 2020

décret, restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules, interdire aux personnes de sortir de leur domicile sous réserve de déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé, ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine des personnes qui peut être affectée, ordonner les mesures de placement et de maintien en isolement des personnes infectées, ordonner la fermeture d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion à l'exception des établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité, limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature, ordonner la réquisition de tout bien et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire, prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendus nécessaires, ... L'énumération exhaustive à l'article L.3131-15 CSP des mesures pouvant être prises par le Premier ministre participent à l'encadrement de l'exorbitance de ce régime d'urgence.

En complément des mesures relevant de la compétence exclusive du Premier ministre, l'article L.3131-16 dispose que le ministre de la santé pourra, quant à lui, prendre par arrêté motivé toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé. A titre d'exemple, par son arrêté du 23 mars 2020¹²⁰ et notamment son article 2, il a autorisé aux pharmacies de fabriquer des gels hydro-alcooliques, en cas de rupture de leur approvisionnement, jusqu'au 15 avril 2020. D'autres arrêtés concernent l'adaptation des soins comme le recours à la télé-médecine, la prolongation de la validité des ordonnances de médicaments, ... Si le ministre peut également prendre toute mesure individuelle nécessaire à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre (art. L. 3131-24), son champ d'action est bien davantage limité par rapport à ce que permettait l'article L.3131-1 CSP. Il revient ainsi au Premier ministre seul de prendre les mesures restreignant les libertés publiques de tous.

Enfin, par l'article L.3131-17, le Premier ministre et le ministre de la santé peuvent habilitier les préfets de département à prendre toutes les mesures, à la fois générales et individuelles, d'applications de leurs dispositions. Les mesures individuelles sont prononcées sur proposition du directeur de l'ARS et font l'objet d'une information sans délai

¹²⁰ Arrêté du 23 mars 2020 *prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, publié au JORF n°0072 du 24 mars 2020.

au Procureur de la République. Par exemple, le décret du 23 mars¹²¹ complété par celui du 26 mars 2020¹²² habilite le représentant de l'État à adopter des mesures plus restrictives en matière de trajets et déplacements des personnes lorsque les circonstances locales l'exigent ou encore à prescrire, à leur arrivée dans une collectivité d'outre-mer visée, la mise en quarantaine des personnes.

La loi comporte un certain nombre de garanties concernant l'exercice que font les autorités administratives des pouvoirs qui leur sont ainsi conférés par cet état d'urgence sanitaire. Le critère finaliste est particulièrement précis. En effet, les mesures doivent être prises « *aux seules fins de garantir la santé publique* ». De plus, concernant l'impératif de proportionnalité, les mesures doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Elles cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence sanitaire. Sur le plan formel, il est précisé que toutes les décisions prises dans ce cadre doivent être dûment motivées participant à une certaine transparence de l'action de l'administration. La loi précise (sans que cela soit véritablement nécessaire) également que les mesures prises en application de l'état d'urgence sanitaire peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif.

Concernant plus spécifiquement les mesures individuelles et d'isolement, celles-ci peuvent faire l'objet d'un recours par la personne qui en fait l'objet devant le juge des libertés et de la détention en vue de la mainlevée de la mesure. Ce juge des libertés peut être saisi par le procureur de la République (informé de la mesure) ou se saisir d'office à tout moment et il statue dans un délai de 72 heures.

¹²¹ 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*, publié au JORF n°0072 du 24 mars 2020.

¹²² Décret n° 2020-337 du 26 mars 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*, publié au JORF n°0075 du 27 mars 2020

1.2.2. Les régimes de sorties de l'EUS

1.2.2.1. *Le premier régime de sortie de l'été 2020*

Instauré par la loi n°2020-856 du 9 juillet 2020, le régime de sortie de l'état d'urgence est un régime transitoire qui vise à assurer la gestion de la période très particulière où la diffusion du virus, bien qu'en recul, continue d'être aux aguets. Si le risque de rebond de l'épidémie était fort, il fallait, dans le même temps, réduire les restrictions aux libertés. Ce régime favorise ainsi un retour « à la normal » quant à l'encadrement de l'exercice des libertés tout en permettant aux autorités de prendre les mesures nationales et territoriales nécessaires à la lutte contre l'épidémie.

La création d'un régime spécifique dit « de sortie de l'état d'urgence » tient à deux motivations énoncées notamment dans l'avis du Conseil d'État rendu pour ce projet de loi. D'une part, une nouvelle prorogation de l'état d'urgence ne se justifiait pas totalement eut égard au recul de l'épidémie et à la nécessaire reprise des activités économiques. Il fallait un dispositif qui « *(apparaisse) mieux proportionné que ne le serait une nouvelle prorogation de l'état d'urgence pour quelques mois* ». D'autre part, le dispositif des articles L. 3131-1 et s. du CSP relatif aux pouvoirs du ministre de la santé redevenant normalement pleinement applicable après la fin de l'état d'urgence n'était pas satisfaisant pour les mêmes raisons qu'avancées précédemment. En effet, bien qu'énonçant que « *le ministre peut également prendre de telles mesures après la fin de l'état d'urgence sanitaire prévu au chapitre Ier bis du présent titre, afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire* », cet article « *ne donnerait pas aux mesures envisagées par le Gouvernement une base légale suffisamment solide dans le contexte d'une sortie de crise* »¹²³. De ce fait, le régime de sortie maintient la compétence du Premier ministre à prendre diverses mesures de police – exorbitantes du droit commun – aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19. L'article 1 de la loi énumère les mesures réglementaires nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encore présents qui peuvent être prises sur ce fondement à compter du 11 juillet 2020 et jusqu'au 30 octobre 2020 inclus.

Une partie de la doctrine et des commentateurs considérait d'ailleurs qu'il ne s'agissait en réalité, ni plus ni moins, « *qu'un autre état d'urgence, innommé celui-là* »¹²⁴. En

¹²³ Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire*, 2020, n°400322

¹²⁴ S. Hennette-Vauchez et S. Slama, « La valse des états d'urgence », *AJDA*, n°31, 2020, p.1753

effet, « *ce régime de transition, s'il se distingue formellement de l'EUS du 23 mars 2020, ne s'en différencie guère par son contenu* »¹²⁵. En effet, en dépit du titre de la loi qui pourrait laisser penser qu'il s'agisse d'une réelle sortie de l'état d'urgence, le Gouvernement conserve la possibilité de mettre en œuvre la quasi-totalité des prérogatives de l'état d'urgence sanitaire excepté la mise en place d'un nouveau confinement qui nécessite alors une nouvelle déclaration de l'état d'urgence sanitaire. Par ailleurs, il ne peut pas non plus prendre de mesures portant atteinte à la liberté d'entreprendre.

La procédure législative a été quelques peu chaotique. Bien que voté en première lecture par les deux Chambres, la commission mixte paritaire n'est pas parvenue à un accord, car « *les écarts entre les deux chambres dans l'appréhension de la sortie de crise s'étant révélés trop importants* »¹²⁶ notamment concernant la possibilité pour le Gouvernement de pouvoir « *imposer des restrictions importantes et nombreuses aux libertés publiques et individuelles, dans un contexte de nette amélioration de la situation sanitaire sur le territoire national* »¹²⁷. Suite à l'opposition d'une question préalable, le Sénat a rejeté le projet en nouvelle lecture le 2 juillet. Le même jour, les députés – à qui il revient le dernier mot – ont adoptés définitivement le projet de loi. Le Conseil constitutionnel a été saisi par plus de soixante sénateurs. Par sa décision du 9 juillet 2020¹²⁸, il l'a déclaré conforme à la Constitution dans la continuité de sa jurisprudence concernant la compétence du législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République.

Ainsi, durant la période où trouve à s'appliquer ce régime de sortie, le Premier ministre peut réglementer la circulation des personnes, des véhicules ainsi que l'accès et l'usage des transports collectifs, l'ouverture des établissements recevant du public et des lieux de réunion, les rassemblements, les réunions et les activités sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public. Il peut également imposer un test de dépistage virologique aux personnes qui voyagent à destination ou en provenance de la métropole et d'une collectivité des outre-mer. Le Premier ministre peut habilitier le préfet territorialement compétent à prendre toutes les mesures générales ou individuelles d'application de ces dispositions. Ce-

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ P. BAS, *Rapport au nom de la commission des lois sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, Sénat, juillet 2020, p.5

¹²⁷ *Ibid.*, p.5

¹²⁸ CC, Décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*.

dernier les prend après l'avis public du directeur général de l'ARS. La faculté pour le ministre de la santé de prendre des mesures d'application est supprimée. Ainsi, contrairement au régime d'état d'urgence sanitaire, il est totalement absent de ce dispositif. Il peut toutefois prendre diverses mesures en application de l'article L. 3131-1 CSP.

Le décret du 10 juillet 2020¹²⁹ portent application des mesures pouvant être prises dans le cadre du régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire. Son titre 3 (article 24 à 26) prévoit les conditions et les critères pour la prise de telles mesures individuelles et habilite les préfets territorialement compétents à prescrire la mise en quarantaine ou le placement et le maintien en isolement, lorsqu'elles arrivent sur du territoire national depuis l'étranger.

Toutefois, l'examen parlementaire de la loi a conduit à limiter les prérogatives du Gouvernement. Par exemple, il n'y a plus été possible de prononcer des interdictions générales concernant la circulation des personnes et des véhicules, la fermeture des établissements recevant du public et des lieux de réunion.

Cela étant et comme ce fut le cas sous le régime de l'état d'urgence, toutes les mesures de police doivent respecter le critère de finalité et l'impératif de proportionnalité. Elles doivent être nécessaires, strictement proportionnées à l'évolution de la situation sanitaire et prises dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19.

Aussi, au titre des garanties institutionnelles, si l'article L.3131-19 CSP prévoyait la dissolution du comité scientifiques de façon concomitante avec la fin de l'état d'urgence sanitaire, l'article 1^{er} (IV) loi du 9 juillet 2020¹³⁰ qui organise la sortie de l'état d'urgence maintient ce comité qui continue de se réunir et de rendre des avis rendus publics sans délai.

Ce régime, entré en vigueur le 11 juillet 2020, n'a évidemment plus trouvé à s'appliquer suite à la nouvelle déclaration d'état d'urgence¹³¹ en raison de la survenance d'une deuxième vague épidémique.

Toutefois, dans l'hypothèse d'une possible décrue, l'échéance du régime de sortie avait été repoussé au 1er avril 2021 par la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 (prorogeant également l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021). En organisant

¹²⁹ Décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, publié au JORF n°0170 du 11 juillet 2020

¹³⁰ Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, publiée au JORF n°0169 du 10 juillet 2020

¹³¹ Décret n° 2020-1257 instaurant à nouveau l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire pour 4 semaines à compter du samedi 17 octobre 2020.

un allègement graduel des restrictions, ce régime avait vocation à s'appliquer aux territoires où l'état d'urgence sanitaire n'était plus en vigueur en conciliant la reprise des activités et le relâchement des restrictions aux libertés avec la maîtrise du risque de rebond épidémique. Lors de la dernière prorogation de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1er juin 2021 par la loi n° 2021-160 du 15 février 2021, le Gouvernement n'a pas souhaité proroger également son régime transitoire de sortie.

1.2.2.2. Le second régime de sortie de l'été 2021

Le régime de l'état d'urgence sanitaire prenant fin le 1^{er} juin 2021, une loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire¹³² a été adoptée le 27 mai après la réunion d'une commission mixte paritaire et la décision de conformité¹³³ – malgré quelques réserves – du Conseil constitutionnel. Ce régime transitoire, applicable du 2 juin au 30 septembre, n'est que le rétablissement avec une adaptation à la marge du régime de sortie de l'état d'urgence sanitaire défini par la loi du 9 juillet 2020.

Si l'objectif est encore de sortir de l'état d'urgence sanitaire en conciliant, de manière proportionnée, la lutte contre le virus et la reprise des activités, cette seconde loi a encore suscité de vives contestations de la part des parlementaires de l'opposition car, finalement, la quasi-totalité des pouvoirs que permet l'état d'urgence sanitaire sont conservés excepté le couvre-feu et le confinement. Le rapporteur au Sénat, Philippe BAS a été particulièrement critique à l'égard de cette loi en considérant que ce « *nouveau régime de pouvoirs exceptionnels (...) ne répond à aucune nécessité juridique. Il est de pur affichage. Il aurait certainement été plus loyal (...), plus simple, plus direct et plus franc de demander au Parlement de prolonger l'état d'urgence sanitaire, en atténuant semaine après semaine, comme c'est le cas actuellement, l'intensité des contraintes imposées à ce titre* »¹³⁴. Il regrette surtout la confusion qu'un tel régime introduit quant à la distinction entre la liberté de principe et la restriction qui doit demeurer l'exception.

¹³² Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, publiée au JORF n°0125 du 1 juin 2021

¹³³ CC, Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire* (conformité avec réserve concernant la conservation des données recueillies dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de covid-19 qui pourrait porter atteinte au droit au respect de la vie privée)

¹³⁴ P. BAS, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, mai 2021, p.6

1.2.3. De l'expérimentation à la possible pérennisation de l'EUS

Dès son entrée en vigueur par la loi du 23 mars 2020 et même en amont, lors des débats parlementaires, le régime de l'état d'urgence sanitaire a suscité de vives controverses, similaires à celles qui étaient apparues à propos de l'état d'urgence sécuritaire. A cet effet, le Sénat avait introduit par amendement l'article 7 relatif à la caducité de ce régime d'exception au 1^{er} avril 2021 dans le but de reporter à un moment plus opportun l'étude et la réflexion d'un dispositif pérenne de gestion des crises sanitaires qui risqueront très probablement de resurgir dans un futur plus ou moins proche. La recrudescence de l'épidémie à partir de l'automne 2020 amena le Parlement et le Gouvernement à s'interroger sur le futur à donner à l'état d'urgence sanitaire car jusque-là, aucune loi n'avait remis en cause cet article 7.

Dans cet optique, la commission des lois de l'Assemblée nationale créa dans un premier temps une mission d'information consacrée à ce régime juridique et présidée par les députés MM. Houlié et Gosselin. En qualité respective de président-rapporteur et de vice-président-rapporteur, ils rendirent un rapport¹³⁵ visant à dresser un bilan de l'application de l'état d'urgence sanitaire depuis sa création afin d'en tirer diverses propositions d'évolution du dispositif dans la perspective du futur projet de loi pérennisant le cadre juridique de gestion des urgences sanitaires. Si l'utilité d'un régime spécifique de gestion des crises sanitaires ne semble pas faire débat car il est largement admis et partagé, des ajustements demeurent nécessaires en ce qui concerne notamment les attributions du Parlement, la prise en compte des enjeux territoriaux et la clarification du rôle du conseil scientifique et des autorités indépendantes. A partir de l'identification de ces enjeux, ils ont formulé diverses propositions destinées à alimenter la réflexion du Gouvernement dans l'élaboration de son projet de loi. En premier lieu, ils soulignent que la pérennisation du régime de l'état d'urgence n'entraînera pas sa banalisation dans le droit commun à l'instar de l'évolution prise par l'état d'urgence sécuritaire avec la loi *SILT* de 2017

Ces propositions concernent d'abord l'article L.3131-1 CSP qui apparaît à bien des égards insuffisant notamment en ce qui concerne les garanties juridiques qu'il faudrait renforcer eut égard aux atteintes possibles aux droits et libertés fondamentaux qu'il permet.

¹³⁵ S. Houlié et P. Gosselin, *Rapport de la Mission « flash » sur le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire*, Assemblée nationale, décembre 2020.

Il leur paraît nécessaire de réécrire ledit article afin de prévoir une meilleure articulation avec l'état d'urgence sanitaire

Concernant les avis et travaux du Conseil scientifique, les deux députés prévoient différentes façons d'y associer le Parlement en permettant soit à ce que des députés et sénateurs (faisant partie de la majorité et de l'opposition) en fassent parties soit en permettant aux commissions parlementaires de consulter ce Conseil pour toute question concernant la crise sanitaire. On notera d'ailleurs que la proposition d'intégration de parlementaires avait déjà été discutée au moment de l'examen de la loi du 23 mars 2020.

Pour une meilleure prise en compte des enjeux territoriaux et bien que cela soit déjà prévu par l'article L.3131-15 CSP, ils souhaiteraient que soit engagée une réflexion sur un approfondissement de la déclinaison territoriale des mesures de l'état d'urgence sanitaire afin de permettre une véritable différenciation des mesures de police. L'un des aspects est notamment le concours de police générale et spéciale entre autorités administratives.

Enfin, si le Conseil scientifique a connu une certaine notoriété durant cette crise, il s'agit aussi de renforcer le rôle des autorités administratives indépendantes (AAI), plus particulièrement, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) concernant les données de santé, le Contrôleur général des lieux de privation de libertés (CGLPL), le Défenseur des droits et la Haute autorité de santé et le Conseil consultatif national d'éthique.

Peu de temps après la remise du rapport, le Gouvernement déposa le 21 décembre son projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires dont l'ambition affichée est « *d'instituer un cadre pérenne, mieux articulé avec les autres règles, dotant les pouvoirs publics des moyens adaptés pour répondre à l'ensemble des situations sanitaires exceptionnelles en garantissant tout à la fois le respect des droits et libertés et le contrôle permanent du Parlement* »¹³⁶. Ce projet modifie, outre l'intitulé du titre III devenant « *Situations sanitaires exceptionnelles* », l'architecture globale des moyens d'actions des pouvoirs publics face au risque sanitaire. Partant du présupposé que l'ensemble de trois régimes d'urgence existants que sont les menaces sanitaires graves prévues aux articles L.3131-1 à L.3131-11 CSP, l'état d'urgence sanitaire des articles L.3131-12 à L.3131-20 CSP et celui de sortie de l'état d'urgence sanitaire de l'article 1^{er} de

¹³⁶ Extrait du compte-rendu du Conseil des ministres du 21 décembre 2020.

la loi du 9 juillet 2020 sont « *imparfaitement articulés* »¹³⁷, le projet de loi vise à leur substituer deux régimes pour répondre aux crises sanitaires, l'état de crise sanitaire et l'état d'urgence sanitaire.

L'état de crise sanitaire vise à pallier les insuffisances de l'article L.3131-1 CSP déjà soulignées dans le cadre de ce mémoire. Ainsi, en cas de menace ou de situation sanitaire grave et afin d'en prévenir ou limiter les conséquences, la déclaration serait faite par décret et motivée par la publication des données scientifiques qui la justifient. Cependant, sa prorogation au-delà de deux mois ne se fait pas au moyen d'une loi mais encore par décret en conseil des ministres après avis public du Haut Conseil de la santé publique. Il peut y être mis fin à tout moment par décret et après avis du même organisme. Les pouvoirs de police revenant tant au Premier ministre qu'au ministre de la santé sont limitativement énumérés et préexistent largement dans le droit en vigueur. En effet, les mesures d'isolement ou de quarantaine peuvent déjà être prises par le ministre de la Santé en vertu de l'art. L. 3131-1 CSP ou L.3115-10 dans le cadre de la lutte contre la propagation internationale des maladies. Le Premier ministre dispose aussi déjà des pouvoirs d'instaurer des mesures de contrôle des prix (art. L.410-2 du code de commerce) ou de réquisition dans un contexte de crise sanitaire (art. L. 3131-8 et L. 3131-9 CSP). Le nouveau régime introduit deux évolutions que sont, d'une part, l'unification de la compétence en matière de produits de santé au profit du ministre de la santé et, d'autre part, l'extension de la possibilité des mesures de mise en quarantaine et d'isolement aux personnes déjà sur le territoire et qui présentent un risque élevé de développer une maladie infectieuse. Concernant les garanties quant à la mise en œuvre d'un tel régime, les mesures édictées étant des mesures de police administrative, elles peuvent pleinement faire l'objet d'un recours contentieux (recours pour excès de pouvoirs ou référé si les conditions sont réunies notamment pour les mesures individuelles) devant le juge administratif. Aussi, le déclenchement de ce régime, l'exercice des pouvoirs qu'il permet et sa prorogation répondent à des conditions de fond et de forme afin de garantir que les conditions légales d'applicabilité sont et demeurent réunies. Les mesures individuelles particulièrement restrictives (quarantaine et isolement) doivent toujours demeurer strictement nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Cependant, dans son avis rendu sur ce projet, « *le Conseil d'État s'est interrogé sur les conditions de prorogation de l'état de crise sanitaire et les*

¹³⁷ Étude d'impact du *projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*, n° 3714, p.4

modalités d'exercice du contrôle du Parlement, en particulier si cet état de crise doit s'inscrire dans la durée »¹³⁸. S'il considère qu'une autorisation du Parlement n'est pas pertinente, en revanche, « *le prolongement dans le temps de ce régime, susceptible de conduire à l'adoption des mesures (...) attentatoires notamment à la liberté personnelle, à la liberté individuelle (...) suppose que le Gouvernement rende compte de son utilisation devant le Parlement (par une) simple information du Parlement sur les mesures prises (...) et un rapport spécifique mettant en perspective les mesures prises, expliquant les raisons de la prorogation dans la durée de l'état de crise sanitaire et présentant les orientations de l'action du Gouvernement* »¹³⁹. Cela semble assurer un juste équilibre entre l'exercice par le Gouvernement de mesures qui lui sont déjà permises par le droit en vigueur (et susceptible de contrôle par le juge administratif) et le nécessaire contrôle de l'action gouvernementale par le Parlement.

Le second régime prévu pour répondre aux crises sanitaires est l'état d'urgence sanitaire applicable en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. Il reprend très largement le régime déjà en vigueur de la loi du 23 mars et réaffirme les choix déjà opérés le concernant.

Dans l'ensemble, le Conseil d'État se montra très ambigu dans son avis sur le projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires. En effet, s'il semble parfaitement d'accord sur la nécessité d'établir un cadre stable et durable pour faire face aux crises sanitaires, il semble mesuré sur l'opportunité de déposer un tel projet en pleine vague épidémique en faisant l'économie des potentiels (et fructueux) retours d'expériences et bilans une fois celle-ci finie. Surtout que l'établissement d'un tel régime d'exception – avec les risques inhérents pour les libertés qu'il comporte – mérite davantage que l'engagement d'une procédure accélérée afin de permettre un travail parlementaire permettant une co-construction de ce cadre juridique. En effet, il s'interroge et émet quelques réserves en ce qui concerne le conseil scientifique. S'il souligne que sa création « *ne se heurte à aucun obstacle d'ordre juridique* », il rappelle que la création de l'actuel conseil s'inscrit « *dans le contexte particulier de la gestion de cette épidémie, inédite tant par l'ampleur et la gravité de la catastrophe que par son incidence sur l'organisation du dispositif sanitaire, et qui intervenait dans le cadre législatif, initialement lacunaire* »¹⁴⁰. Dès lors, il serait préférable

¹³⁸ CE, 2020, Avis sur un projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires, n° 401741, p.11

¹³⁹ *Ibid.*, p.12

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.16

de mener une réflexion pour inclure les différentes instances qui existent déjà (comme le Haut conseil de la Santé publique) quitte à modifier leur organisation et champs d'action plutôt que de pérenniser une structure née dans la hâte d'une crise inédite.

Il semblerait même que le Conseil d'État juge précipité ce projet de loi car il estime « *que la réflexion engagée pour définir un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires devra être poursuivie à l'issue de l'épidémie afin de tirer les enseignements de l'évaluation de la gestion de la crise sanitaire* » et regrette que le gouvernement n'ait pas suffisamment pris en considération le rapport précité des députés Houlié et Gosselin ainsi que d'autres travaux qui pourraient être réalisés lorsque la crise de la Covid-19 prendra fin car ils « *devraient permettre d'affiner le dispositif résultant du projet de loi* »¹⁴¹.

Tant le gouvernement dans son projet que les deux députés dans leur étude ont inscrit leur réflexion dans le cadre constitutionnel en vigueur, écartant de ce fait toute révision visant à créer et encadrer un régime constitutionnel d'état d'urgence compte-tenu du calendrier parlementaire. Pour autant, certains auteurs de la doctrine à l'instar du Professeur Jean-Philippe Derosier¹⁴² plaide pour une constitutionnalisation de l'état d'urgence similaire dans le principe au projet avortée de loi constitutionnelle « *de protection de la Nation* » de François Hollande lui-même inspiré des travaux du Comité Balladur et du Comité Vedel.

Les motifs avancés des projets de constitutionnalisation de l'état d'urgence sont principalement de renforcer les garanties de l'État de droit tout en permettant aux pouvoirs publics d'agir. Dans cette optique, l'inscription dans la Constitution plutôt que dans la loi permettrait d'assurer une meilleure assise juridique au régime dérogatoire. La nécessité n'est pas tant d'ordre pratique que de renforcer les conditions de déclenchement et les garanties juridiques lors de l'application de tels régime d'exception.

De tels projets avec en premier lieu celui de François Hollande en 2015 (associé à la discussion de la déchéance de nationalité) ont suscité par le passé de très vives polémiques conduisant à leur abandon. Les opposants à cette réforme soutenaient que ce projet était à la fois inutile et dangereux car le projet semblait moins protecteur que la loi du 3 avril 1955¹⁴³.

Dans son billet de blog, le professeur Derosier propose d'ajouter un article 36-1 à la Constitution permettant d'unifier les différents régimes d'état d'urgence qui se placeraient à

¹⁴¹ *Ibid.* p.5

¹⁴² J.-P. Derosier, « Pour un état d'urgence constitutionnalisé », Blog *La Constitution décodée*, (en ligne) 2020 et son intervention lors du colloque « Droit de crise et crise de droit » organisé par le CRDP de l'Université de Lille le vendredi 26 mars 2021.

¹⁴³ Voir O. BEAUD et C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence, étude constitutionnelle, historique et critique*, Systèmes perspectives, 2e édition, Lextenso, 2018, p. 140

côté de l'état de siège de l'article 36 et des pouvoirs exceptionnels de l'article 16. Ce régime constitutionnel serait déclarable « *soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique et menaçant la vie de toute ou partie de la population* »¹⁴⁴ et vaudrait pour l'ensemble des états d'urgence, qu'il soit de nature sécuritaire ou sanitaire et une loi organique en déterminerait les modalités d'application. Ces conditions générales de déclenchement permettraient d'incorporer les différents troubles que l'on connaît jusqu'à aujourd'hui mais aussi d'envisager de nouveaux types d'états d'urgences d'ordres environnementale, électronique ou numérique par exemple afin d'y faire face.

¹⁴⁴ *Ibid.*

2. Les ambiguïtés de l'état d'urgence sanitaire

L'état d'urgence sanitaire a été déclaré le 24 mars 2020 par la loi qui l'a lui-même créé puis prorogé à plusieurs reprises depuis après avoir été mis en suspens par un autre régime dérogatoire de transition. Il a permis d'assurer d'une part un encadrement législatif des mesures prises dans un premier temps par décret du 16 mars 2020 et justifiées par les « *circonstances exceptionnelles* » et, d'autre part, d'opérer un large transfert au profit du Premier ministre des pouvoirs de police nécessaires à endiguer l'épidémie de Covid-19. Ce nouveau régime s'inspire très largement de la loi du 3 avril 1955 instaurant l'état d'urgence « *sécuritaire* » et réutilisé à plusieurs reprises depuis lors dans des contextes très différents. En effet, tous deux partagent en partie les modalités de déclenchement, de déroulement et de prorogations, certes modifiées à la marge afin de s'adapter au type de menace qu'ils visent à stopper. Surtout, ces deux régimes permettent une extension considérable des pouvoirs de police administrative des autorités centrales et locales. Cette extension est toutefois bornée par le critère finaliste de tel pouvoirs « aux seules fins de garantir la santé publique » et par l'impératif de proportionnalité. Toutefois, le concours entre autorités de police – allant parfois jusqu'à la concurrence – a pu brouiller ce qui était strictement nécessaire pour lutter contre le virus.

Aussi, contrairement à ce qu'on a pu connaître par le passé avec l'état d'urgence sécuritaire dirigé contre un nombre réduit de personnes, l'état d'urgence a touché la totalité des Français et a restreint considérablement leur liberté afin de protéger la santé de tous. L'édition de mesures de police a été considérable durant cette période nécessitant un contrôle à la fois juridictionnel exercé en majorité par le juge administratif et un contrôle politique qui revient au Parlement. C'est d'autant plus important que les restrictions ont largement dépassé le cadre purement sanitaire car l'épidémie nécessitait d'adapter des pans entiers de l'économie et de la société au confinement.

L'exercice et le contrôle des mesures de police administrative « sanitaire » ont posé de multiples questions, dont certaines sont suffisamment anciennes et tiennent au positionnement que le juge et le Parlement doivent adopter pour garantir le respect de l'État de droit. En effet, les régimes d'exception alimentent les débats et controverses quant à l'équilibre entre la défense des libertés et la garantie de la santé publique. Le juste compromis à trouver entre ces deux aspects, liberté et santé, est l'ambiguïté inhérente aux

régimes d'exception et la dépasser constitue une tâche ardue qu'il conviendra d'apprécier si elle a été atteinte.

Ainsi, il s'agit d'appréhender l'exercice de la police administrative en temps de crise et les restrictions étendues aux libertés qu'elle autorise (2.1) pour ensuite apprécier l'étendue et l'effectivité du contrôle réalisé tant par le juge et par le Parlement (2.2).

2.1. Police administrative et restriction des libertés en temps de crise

La police administrative s'entend comme étant l'activité des autorités publiques qui a pour but d'assurer la sauvegarde de l'ordre public au moyen d'actes juridiques (décisions individuelles et règlements) ou en réalisant des opérations matérielles. L'ordre public, notion protéiforme et plastique dont les frontières ont pu varier selon les époques, est avant tout un ordre « *matériel et extérieur* » selon le doyen Hauriou qui se traduit dans le triptyque classique de la tranquillité, sécurité et salubrité publique. La santé publique est une de ces composantes. L'objectif de préservation de la santé publique est opéré tant par la police générale du Premier ministre – son décret du 16 mars 2020 est pris sur ce fondement associé à la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles – et du maire que par la police administrative spéciale relevant du ministre chargé de la santé.

La police spéciale se distingue de la police générale tant matériellement (du fait d'un objet ou d'une finalité spécifique) qu'organiquement (du fait de l'autorité de police compétente en la matière). En matière de santé publique et plus particulièrement concernant la prévention des menaces sanitaires graves, l'article L.3131-1 CSP consacre le pouvoir de police spéciale du ministre de la santé en lui permettant de prescrire toute mesure proportionnée aux risques encourus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu dans le but de prévenir et de limiter les conséquences dommageables en cas de pandémie.

Les compétences en matière de santé des différentes autorités administratives (Premier ministre, ministre de la santé, préfets et maires) doivent donc s'articuler de façon cohérente tant pour éviter une surenchère futile qui risquerait de limiter l'exercice des libertés que pour garantir l'effectivité des mesures prises par l'une de ces autorités. Le concours dans l'exercice des pouvoirs de police ne saurait se transformer en concurrence au risque d'affaiblir soit l'objectif de protection de la santé publique soit l'exercice des libertés

La police administrative tendant au maintien de cet ordre public peut justifier des atteintes aux libertés, parfois sévères comme ce fut le cas lors de cette crise épidémique et avec l'instauration de l'état d'urgence sanitaire. Selon la formule empruntée à Jean Waline, « *l'effet normal de l'état d'urgence est une extension des pouvoirs de police* »¹⁴⁵. Autrement dit, l'instauration d'un tel régime d'exception déplace provisoirement le curseur entre la

¹⁴⁵ J. Waline, *Droit administratif*, Dalloz précis, 26e édition, 2016, p.367

préservation de la santé et la protection des libertés, au détriment de ce-dernier élément et c'est le caractère temporaire des restrictions qui permet de les justifier.

C'est pourquoi le contrôle du juge sur les mesures de police ou sur les opérations de police est essentiel dans un État de droit car le juge est le garant de la conciliation entre l'ordre public et les libertés. C'est une source de tension car s'il n'y a pas de liberté sans garantie de l'ordre public, dans le même temps, le maintien de l'ordre public ne doit pas porter atteinte de manière excessive aux libertés. Tout est question de mesure et d'équilibre entre deux impératifs, presque deux faces d'une même pièce. Le professeur Derosier use de la métaphore de l'aimant en écrivant que « *liberté et sécurité fonctionnent à l'instar de deux aimants : bien réglés et garantis, les deux principes s'attirent, se complètent et ne forment qu'un, mais mal agencés ou excessivement préservés, ils deviennent inconciliables, se repoussent et ne peuvent se satisfaire l'un l'autre* »¹⁴⁶. On peut aisément remplacer l'objectif de sécurité par celui de préservation de santé publique, le sens reste le même.

Le renforcement nécessaire des pouvoirs de police afin d'endiguer la diffusion du virus (2.1.1) et qui se justifiait par le caractère exceptionnel inédit de la crise n'a pas été sans poser quelques difficultés juridiques concernant l'articulation des mesures entre autorités nationales et locales, générales et spéciales (2.1.2).

¹⁴⁶ J.-P. DEROSIER, « L'état d'urgence : un état de liberté sécuritaire. Comprendre un état d'urgence respectueux de l'État de droit », *Petites Affiches*, 21 juillet 2016, n°145, p.6

2.1.1. Des pouvoirs de police renforcés entraînant des restrictions nécessaires à de nombreuses libertés

Afin d'endiguer l'épidémie de la Covid-19, l'État a eu recours à ses outils classiques de droit administratif, entendu dans sa version traditionnelle de droit de l'action administrative. Outre le pouvoir réglementaire qui a connu une très large extension notamment du fait des lois habilitant le gouvernement à légiférer par ordonnances¹⁴⁷, c'est aussi, sinon d'abord, par le pouvoir de police que les autorités publiques ont agi.

Les pouvoirs de police, relevant de la compétence de ces mêmes autorités publiques, ont pour finalité la sauvegarde de l'ordre public – dont la santé publique est une composante – en édictant des actes administratifs (décret et arrêtés) ou en décidant d'opérations matérielles. L'exercice de ces pouvoirs est essentiel pour garantir et permettre l'exercice des droits et libertés. La doctrine entend classiquement la police administrative comme étant « *la fonction de l'administration qui a pour but de faire régner l'ordre public, en imposant en amont aux membres de la société des restrictions à leurs libertés publiques pour assurer la discipline qu'exige la vie sociale* »¹⁴⁸. Les périodes de crises – plus ou moins longues selon leurs natures – appellent une extension des pouvoirs de police des autorités administratives car « *il faut autoriser ou interdire, aider, protéger, ce qui se traduit par des normes (et) ne va pas sans soulever des interrogations* »¹⁴⁹. Ainsi, l'essentiel des mesures prises depuis l'apparition de l'épidémie et ensuite pendant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire relève de la police administrative, par nature préventive. Pour autant, durant cette période singulière, le Gouvernement a aussi usé d'outils répressifs. Il a, par exemple, créé par décret du 17 mars 2020¹⁵⁰ une contravention de 4^e classe en cas de violation des interdictions ou en cas de manquement aux obligations édictées en ce domaine. Cette possibilité de sanction prévue par l'article R. 610-5 du code pénal permet de sanctionner le non-respect des règlements de police pris par les autorités administratives en vue d'assurer l'ordre public.

¹⁴⁷ En particulier le titre II de la Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, publié au JORF n°0072 du 24 mars 2020.

¹⁴⁸ J. PETIT et P.-L. FRIER, *Droit administratif*, Précis Domat, 14e édition, LGDJ, 2020, §482.

¹⁴⁹ J.-M. PONTIER, « La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif », *AJDA*, n°30, 2020, p. 1693.

¹⁵⁰ Décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 *portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population*, publié au JORF n°0067 du 18 mars 2020

L'extension des pouvoirs de police en période de crise sanitaire se fait aux bénéfices des principales autorités qui en disposent, c'est-à-dire le Premier ministre, le ministre de la santé, les préfets et, dans une moindre mesure, les maires.

Avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire par la loi du 23 mars 2020, c'est d'abord par deux moyens distincts que le gouvernement a agi.

Le premier instrument tient aux pouvoirs de police spéciale en cas de « *menaces sanitaires graves* » du ministre chargé de la santé en vertu de l'article L.3131-1 CSP. Il peut par arrêté prescrire toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances afin de prévenir et de limiter les conséquences sur la santé publique. Il lui appartient aussi d'habiliter les préfets à prendre toutes les mesures d'applications nécessaires y compris des mesures individuelles. Comme évoqué précédemment, le ministre invoqua cet article pour prononcer la mise en quarantaine des personnes en provenance de Chine¹⁵¹ puis pour interdire les rassemblements et prononcer la fermeture de différentes catégories d'établissements recevant du public. Au fur et à mesure de la propagation du virus, les arrêtés ont prescrit des mesures plus strictes en abaissant notamment les jauges à partir duquel les rassemblements étaient interdits. Cependant, cette base juridique se trouva insuffisante pour légitimer des mesures encore plus restrictives et notamment le confinement à domicile de la population.

Le second instrument tient aux pouvoirs de police générales appuyés par la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles consacrée par les arrêts *Hyères* et *Dame Dol et Laurent* du Conseil d'État et qui permet de dépasser la légalité ordinaire. C'est sur cette double base, des pouvoirs de police générale amplifiés par les « *circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19* » et de l'article L.3131-1 CSP que le Premier ministre a réglementé les déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 et aux fins de garantir l'ordre public auquel se rattache la santé publique. Par le décret n°2020-260 du 16 mars 2020, les déplacements de toute personne hors de son domicile furent interdits à l'exception de ceux réalisés pour les motifs limitativement énumérés à l'article 1° dudit décret. Là encore, cet instrument n'a pas été jugé optimal étant donnée le risque juridique que représente l'appréciation *a posteriori* par

¹⁵¹ Arrêté du 30 janvier 2020 relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus 2019-nCov, publié au JORF n°0026 du 31 janvier 2020 et arrêté du 20 février 2020 relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus covid-19, publié au JORF n°0044 du 21 février 2020

le juge administratif de ces circonstances exceptionnelles. Au vu des critères de l'État de droit également, cela n'était pas non plus satisfaisant car les mesures susceptibles d'être mises en place ne font pas l'objet d'une détermination préalable par le législateur et il n'y a pas de garanties spécifiques et supplémentaires comme la transmission des mesures édictées au Parlement ou la réunion d'un Conseil scientifique.

La création puis la déclaration du régime législatif de l'état d'urgence sanitaire a permis de conférer une base législative aux mesures de police et, en premier lieu, au confinement. L'effet principal de son application est l'extension considérable des pouvoirs confiés aux autorités administratives permettant des restrictions aux libertés d'une ampleur inédite.

La première autorité concernée est le Premier ministre qui se voit confié un large pouvoir de police spéciale en matière sanitaire au détriment du ministre de la santé « *aux seules fins de garantir la santé publique* ». Le législateur a ainsi énuméré à l'article L.3131-15 CSP, avec plus ou moins de précision, les mesures pouvant être prises afin de circonscrire les restrictions à des libertés fondamentales comme celle d'aller et venir ou la liberté d'entreprendre.

La seconde autorité concernée est le ministre de la santé qui a perdu une certaine largesse d'action par rapport à ce qui prévalait avant l'état d'urgence sanitaire dans le cadre de l'article L.3131-1 CSP. Ainsi, selon l'article L. 3131-16 CSP, il peut d'une part, réglementer uniquement l'organisation et le fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception des mesures relevant de la seule compétence du Premier ministre et, d'autre part, prendre les mesures individuelles nécessaires à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre.

La troisième autorité est le préfet qui peut être habilité, selon l'article L.3131-17 CSP, par les deux membres du gouvernement susmentionnés afin de prendre à la fois des mesures d'applications générales et individuelles de leurs décisions ou pour édicter de lui-même des mesures à leur place lorsqu'elles « *doivent s'appliquer dans un champ géographique qui n'excède pas le territoire d'un département* ». Il dispose ainsi d'un très large pouvoir d'appréciation quant aux mesures pouvant être prises aux vues des circonstances locales.

L'édition de ces mesures de police doivent respecter certaines conditions tant de procédures que de fonds. La finalité de ces mesures est dument précisée par les articles les

autorisant. Il s'agit de « *garantir la santé publique* »¹⁵² pour le Premier ministre et de « *mettre fin à la catastrophe sanitaire* »¹⁵³ pour le ministre de la santé. Cela vise à ne pas détourner les pouvoirs permis pour une autre finalité à l'instar de ce qui a pu se passer en 2015 pour des activistes anti-COP 21 assignés à résidence grâce à l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 modifiée. Si, en l'espèce, l'objectif des autorités étaient de prévenir des troubles à l'ordre public à l'occasion du sommet international, l'état d'urgence avait quant à lui été déclaré en raison de la menace terroriste. L'utilisation des pouvoirs qu'il permet à d'autres fin que ceux qui ont motivé son déclenchement n'est pas sans poser quelques problèmes juridiques et politiques. Ainsi, le législateur, en spécifiant la finalité des mesures de police, tend à vouloir éviter autant que possible que l'instauration de l'état d'urgence sanitaire puisse justifier que certaines mesures ainsi permises puissent être appliquées pour d'autres motifs que ceux qui ont justifié son entrée en vigueur. Cette précision est d'autant plus importante que les restrictions possibles aux droits et libertés sont bien plus considérables que lors de l'état d'urgence sécuritaire. On remarquera toutefois que la finalité visée pour le Premier ministre est plus large que celle du ministre de la santé.

Outre la finalité, la deuxième condition de fond est celle de la proportionnalité. En effet, les mesures prescrites en application des articles du chapitre 1 bis doivent être strictement nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Ce critère est classique depuis sa consécration par l'arrêt *Benjamin* rendu par le Conseil d'État en 1933, les mesures de police administrative prises devant être proportionnées à la gravité des circonstances qui les motivent.

La troisième condition est la motivation des actes administratifs pris. L'article L.3131-13 CSP précise que le décret déclarant l'état d'urgence sanitaire est « *motivé* » et que les données scientifiques sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision doivent être rendues publiques. L'art. L. 3131-16 CSP dispose que les arrêtés du ministre de la santé le sont également.

Enfin, l'état d'urgence n'étant pas instauré *ad vitam aeternam*, il doit être mis fin aux mesures instaurées dès que celles-ci ne sont plus nécessaires. Cela oblige les autorités administratives à réévaluer en permanence l'état de la catastrophe sanitaire et participe de la proportionnalité de la mesure aux risques encourus. Aussi, l'alinéa 2 de l'article L.3131-

¹⁵² Article L.3131-15 CSP

¹⁵³ Article L.3131-16 CSP

14 précise que les mesures prises cessent d'avoir des effets en même temps que prend fin l'état d'urgence sanitaire.

Il y a enfin des conditions d'ordre procédurales qui encadrent l'exercice de ces pouvoirs de police. Par exemple, lorsque des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits indispensables permises par le 8° de l'article L. 3131-15 CSP sont prises par le Premier ministre, le Conseil national de la consommation en est informé. De même, lorsque le préfet est habilité à décider de lui-même des mesures à prendre dans son territoire de compétence, il les prend après avis du directeur général de l'agence régionale de santé. Aussi, toutes les mesures individuelles doivent faire l'objet d'une information au procureur de la République.

A côté du Premier ministre, du ministre de la santé et des Préfets, il convient de ne pas oublier le maire qui dispose lui-aussi d'un pouvoir de police général mais qui n'a pas été intégré dans le dispositif spécifique de l'état d'urgence sanitaire. Son champ d'action a considérablement été réduit par la création d'une police spéciale aux mains des autorités centrales mais aussi par la jurisprudence qui fera l'objet de la section suivante. Cet état de fait peut paraître curieux car « *si longtemps la police de l'urgence sanitaire a relevé de la responsabilité première de la police municipale (par l'article L.2212-2 5° du CGCT), cette compétence traditionnelle a toujours dû se combiner avec l'exercice d'une police sanitaire spéciale nationale dont l'existence a été clairement affirmée par la loi du 9 août 2004* »¹⁵⁴ et surtout par celle du 23 mars 2020. Ainsi, des maires comme celui de Sceaux ou de Nice avaient souhaité respectivement instaurer le port généralisé du masque en extérieur ou un couvre-feu en édictant des arrêtés municipaux au nom de leur pouvoir de police et justifiés par des circonstances locales. Cependant, ces règlements locaux d'aggravation des mesures de police – outre une certaine publicité politique qu'ils peuvent procurer à leur auteurs – ne sont pas sans présenter certains risques pour les droits et libertés.

Ainsi, et sans qu'il soit véritablement possible de faire la liste exhaustive de toutes les libertés publiques qui ont été restreintes depuis mars 2020, en premier lieu celle d'aller et venir à cause du confinement qui a été « *l'un des marqueurs de l'état d'urgence sanitaire (...) celle qui a le plus touché les Français dans leur vie quotidienne (et) l'une des plus grandes atteintes à leurs libertés* »¹⁵⁵, l'extension des pouvoirs de police n'a pas été

¹⁵⁴ COVID-19, *sécurité publique et droit pénal*, coll. Dalloz Grand Angle, Dalloz, 2020, p.119

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.21

sans conséquences. On pourrait aussi évoquer la restriction de la liberté de culte¹⁵⁶ ou de la liberté de manifester¹⁵⁷. Bien que le bien-fondé de ces restrictions ne se prête à des contestations et que l'exercice de ces pouvoirs a été encadré par des conditions de proportionnalité ou de finalité, on peut s'interroger si on ne tendrait pas vers une inversion du principe selon lequel « *la liberté est la règle et la restriction de police l'exception* » pour reprendre les termes du Commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'affaire *Baldy* de 1917¹⁵⁸. Il y a une certaine « *banalisation de l'exception, au nom de la lutte contre le terrorisme ou une pandémie, (qui) est une constante depuis les années 2000* »¹⁵⁹ dont la conséquence première est la restriction des libertés publiques.

Au vu des dangers que les restrictions de police peuvent faire courir aux libertés, le contrôle juridictionnel assuré par le juge administratif est en tout point fondamental pour que la conciliation de l'ordre public et des libertés ne se fasse pas (excessivement) au détriment de cette dernière et toute proportion gardée.

¹⁵⁶ Voir l'article 47 du décret du 29 octobre 2020 n°2020-1310 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*.

¹⁵⁷ Voir l'article 3 du décret du 31 mai 2020 interdisant les rassemblements de plus de dix personnes dans l'espace public.

¹⁵⁸ Concl. Corneille sur Conseil d'État, 10 août 1917, *Baldy*, n°59855, Rec. Lebon

¹⁵⁹ V. AUDIBERT, « Face aux menaces sur les libertés publiques, les juristes doivent prendre parti », *Daloz actualité*, 23 octobre 2000.

2.1.2. Concours ou concurrence des pouvoirs de police ?

La crise sanitaire a ravivé le problème tenant à la conciliation des différentes autorités de police administrative. En effet, « *la survenance de l'épidémie laisse s'exprimer un besoin d'État, (qui) confère aux autorités locales déconcentrées et décentralisées un rôle secondaire qui est essentiellement un rôle de relais, le Premier ministre reste le véritable chef d'orchestre* »¹⁶⁰. La mise en place, avec l'instauration de l'état d'urgence sanitaire, d'une police spéciale de lutte contre l'épidémie a contribué à ce renforcement de pouvoir au bénéfice des autorités centrales, en premier lieu du Premier ministre et, dans une moindre mesure, du ministre de la santé. Les deux peuvent habiliter le préfet territorialement compétent à prendre les mesures d'application tant générales qu'individuelles à l'échelle de leur circonscription. Ainsi, le décret d'application du 23 mars 2020 habilite ainsi les représentants de l'État à prendre des mesures permettant localement de restreindre et limiter les déplacements de personnes et leur accueil dans divers catégories établissements. Par exemple, l'article 7 dudit décret permet au préfet d' « *interdire ou à restreindre, par des mesures réglementaires ou individuelles, les rassemblements, réunions ou activités (...) lorsque les circonstances locales l'exigent* »¹⁶¹. De plus, son article 10 dispose que « *dans le respect des compétences des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, le représentant de l'État y est habilité à interdire ou à restreindre l'accueil dans les établissements mentionnés à l'article 9 lorsque les circonstances locales l'exigent* »¹⁶².

En revanche, les maires n'ont pas été associés à ce nouveau dispositif de police spéciale. Pour autant, les édiles locaux ne se sont pas abstenus de toute intervention, bien au contraire. Outre des initiatives et actions louables de soutien à la population, certaines collectivités territoriales n'ont pas hésité à réglementer en adoptant divers arrêtés instaurant des couvre-feux, restreignant l'accès à certains endroits particulièrement fréquentés ou à imposer le port du masque. Par exemple, le maire de Nice, Christian Estrosi, a fait preuve d'un certain activisme en matière de réglementation municipale. Ainsi, en mars 2020, après avoir décidé de fermer la *Promenade des Anglais* pour limiter l'afflux de promeneurs, il imposa un

¹⁶⁰ V. DONIER, « Qui fait la police (administrative) sous l'état d'urgence sanitaire ? », *Revue française d'administration publique*, 2020/4 (N° 176), p. 889-900.

¹⁶¹ 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, publié au JORF n°0072 du 24 mars 2020.

¹⁶² *Ibid.*

couvre-feu à partir de 23 heures¹⁶³. Plus récemment, il prit un autre arrêté visant à interdire les locations saisonnières du 6 au 20 février 2021 pour limiter autant que possible un prétendu afflux massif de touristes sur la Côte d'Azur. Le juge administratif, saisi par plusieurs associations des droits de l'Homme ou professionnelles, a validé la légalité de certaines de ces décisions et en a suspendu l'application d'autres, notamment celle de l'interdiction des locations. Le juge des référés a considéré que cet arrêté portait une « *atteinte immédiate au droit pour les citoyens d'user, de jouir et de disposer de l'intégralité de leurs biens et à la liberté du commerce et de l'industrie des professionnels dont l'activité porte sur la location saisonnière* »¹⁶⁴. D'autres maires à l'instar de celui de Saint-Ouen ou d'Aubervilliers¹⁶⁵ avaient également instauré des couvre-feux non sans que le Préfet leur demande aussitôt de les retirer. A l'autre extrémité, certains maires ont pris des mesures n'imposant non pas des restrictions mais allant à l'encontre des mesures nationales. Ainsi, le maire de Perpignan, Louis Alliot, a pris le 8 février 2021 plusieurs arrêtés municipaux pour rouvrir les musées de sa ville, certes avec un protocole sanitaire renforcé. Le préfet de département a alors immédiatement introduit un déferé auprès du Tribunal administratif de Montpellier qui, par une ordonnance du 15 février 2021¹⁶⁶, prononça la suspension de l'exécution de ces arrêtés.

Outre ces cas d'espèces, il s'agit d'apprécier ici la question du concours de police entre autorités nationales et locales d'une part, et générale et spéciale d'autre part. Elle est au centre d'un contentieux ancien mais qui a connu une actualité particulière durant cette crise sanitaire. La jurisprudence a en effet été particulièrement abondante à ce sujet. Il convient de rappeler tout d'abord comment le juge administratif opère traditionnellement la conciliation entre cette pluralité de polices administratives et cette pluralité d'acteurs avant d'évoquer la solution retenue en matière d'urgence sanitaire.

La répartition des compétences de police administrative entre plusieurs autorités de police peut engendrer des conflits de compétence, les concours de police. Pour une même situation, il peut y avoir des pouvoirs de police différents qui s'exercent, voire des autorités différentes qui agissent. En principe, la solution est que l'autorité inférieure (locale) doit

¹⁶³ C. OLLIVIER, « Christian Estrosi au JDD : "J'ai pris un arrêté de couvre-feu à Nice" », *JDD*, 20 mars 2020 (en ligne).

¹⁶⁴ TA de Nice, Ordonnance de référé, *Union des professionnels de la location touristique*, 8 février 2021, n° 2100601

¹⁶⁵ N. REVENU, « A Saint-Ouen, le maire dégage à son tour le couvre-feu », *Le Parisien*, 26 mars 2021 (en ligne).

¹⁶⁶ TA de Montpellier, ordonnance n° 2100630, 2100631, 2100632, 2100633, 15 février 2021.

respecter la réglementation prise par l'autorité supérieure (nationale). Néanmoins, ce principe de hiérarchie organique des actes administratifs connaît des exceptions. En effet, il est possible pour une autorité inférieure d'aggraver les mesures de police prises par l'autorité supérieure. Cette exception a été consacrée par l'arrêt *Commune de Nérès-les-Bains* du 18 avril 1902¹⁶⁷. En l'espèce, le préfet avait pris un arrêté interdisant les jeux d'argent de type casino dans tout le département sauf autorisation du ministère de l'intérieur. Le maire de ladite municipalité, pour des considérations morales, n'avait pas respecté cette exception préférant interdire toutes activités de jeux. Le préfet annula l'arrêté du maire car il aurait été pris en violation du sien. Amené à se prononcer sur ce litige, le Conseil d'État considéra, en revanche, que le maire pouvait, sur la base de ses pouvoirs de police générale, prendre une réglementation plus stricte que le préfet. Ainsi, concernant le concours de police générale, l'intervention d'une autorité supérieure – le Préfet en l'espèce – ne prive jamais une autorité inférieure – le maire – de la possibilité de réglementer dans la mesure toutefois que celle-ci ne peut prendre que des mesures plus rigoureuses et rendues nécessaires par les circonstances locales

Il apparaît cependant une difficulté particulière lorsque le concours de police ne concerne non plus deux autorités de police générale mais une autorité de police générale et une autre de police spéciale. En effet, l'autorité de police spéciale ayant une compétence réservée par la loi, celle-ci ne devrait plus pouvoir être exercée par l'autorité de police générale au risque sinon que cela ne revienne à nier la compétence spéciale dévolue par la loi à une autorité administrative particulière. Dans cette hypothèse, la jurisprudence a beaucoup hésité sans qu'aucune solution ou position systématique ne s'impose de manière évidente.

Il considère aujourd'hui qu'un principe d'exclusivité doit, en règle générale, s'imposer lorsque la police générale protège les mêmes intérêts qu'une police spéciale. Cette solution s'est notamment imposée dans certains domaines comme les communications électroniques liées à l'installation des antennes-relais¹⁶⁸, les compteurs « Linky »¹⁶⁹ ou encore les OGM. Par exemple, dans l'arrêt *Commune de Valence* de 2012¹⁷⁰, il s'agissait d'un maire qui, sur la base de ses pouvoirs de police générale, avait, par un arrêté justifié par la protection de la

¹⁶⁷ CE, *Commune de Nérès-les-Bains*, 18 avril 1902, n°04749, publié au recueil Lebon

¹⁶⁸ CE, Ass. *Commune de Saint-Denis* (req. n°326492), *Commune de Pennes-Mirabeau* (req. n°329904) et *Société Française de Radiotéléphone* (req. n°341767 et n°341768), 26 octobre 2011.

¹⁶⁹ CE, *Commune de Cast*, 11 juillet 2019, n° 426060

¹⁷⁰ CE, *Commune de Valence*, 24 septembre 2012, n°342990

santé publique, interdit à plusieurs endroits la culture en plein champ d'OGM. Le Conseil d'État a alors jugé que le maire n'était pas compétent pour réglementer cette culture sur la base de ses pouvoirs de police générale dès lors qu'il existait une police spéciale des OGM confiée au ministre de l'agriculture, seul compétent pour en réglementer la culture. Ces arrêts semblent refléter une jurisprudence qui serait enclin à une certaine exclusivité de la police spéciale sur la police générale sans pour autant consacrer un principe général d'exclusivité ou un monopole de la spéciale à l'égard de la générale. Pour autant, le juge administratif reconnaît parfois la possibilité pour la police administrative générale d'intervenir en cas de « *péril imminent* »¹⁷¹.

Outre les cas de monopole de la police administrative spéciale, la jurisprudence prévoit aussi des possibilités de complémentarité dans le concours entre polices spéciale et générale. Cette solution se rencontra dans le célèbre arrêt *Société des films Lutétia*¹⁷² qui concernait la projection d'un film jugé indécent et interdit par le maire de Nice alors même qu'il y avait obtenu un visa de diffusion du ministre de la culture. Le Conseil d'État accepta que le maire utilise ses pouvoirs de police générale pour interdire un film autorisé au plan national par le ministre sur la base d'une police spéciale. Le commissaire du gouvernement concluait que « *l'exercice d'un pouvoir de police par l'autorité supérieure ne fait pas obstacle à l'intervention de l'autorité locale, et particulièrement du maire, lorsque des circonstances locales justifient qu'une mesure plus restrictive que celle qui vaut sur le plan national soit prise* »¹⁷³. Le juge administratif semble avoir admis que l'autorité de police générale pouvait agir alors même qu'il y avait une police spéciale, dès lors que cette police générale poursuivait les mêmes buts que la police spéciale. Cette exception à un principe classique se justifie par les nécessités de l'ordre public qui s'apprécie dans le temps et dans l'espace. Dès lors, on peut considérer que l'autorité de police la plus « proche du terrain » est mieux à même d'apprécier les enjeux et risques locaux et de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public.

Une fois vu les principes qui déterminent le cadre dans lequel s'inscrit le concours (ou non) de polices, il s'agit d'apprécier l'application qui en a été faite durant cette crise sanitaire grâce, entre autres, à deux décisions du Conseil d'État rendues avant et pendant l'état d'urgence sanitaire.

¹⁷¹ CE, *Commune de Rachecourt-sur-Marne*, 2 décembre 2009, n°309684, publié au recueil Lebon.

¹⁷² CE, section, *Société Les films Lutétia*, 18 décembre 1959, n°36385 36428, publié au recueil Lebon.

¹⁷³ Ccl. H. Mayras sur CE, sect., *Société Les films Lutétia*, 1959.

Le Conseil d'État avait été saisi d'un référé-liberté par le *Syndicat jeunes médecins* qui, considérant que les premières mesures prises par le Gouvernement étaient trop souples et ne permettaient pas de limiter la propagation du virus et de garantir la sécurité des personnels de santé, lui avait demandé d'enjoindre au gouvernement d'instaurer un confinement total de la population ainsi que des mesures visant à la production à échelle industrielle de tests de dépistage. Après avoir rappelé les différentes mesures déjà prises par les autorités ministérielles¹⁷⁴, le juge des référés répond – en partie – par la négative à cette demande de confinement généralisé qui risquerait de provoquer de graves ruptures d'approvisionnement dangereuses pour la protection de la vie invoquée par les requérants. Néanmoins, il ajoute que certaines mesures doivent être renforcées au risque sinon que cela constitue une carence des autorités si les dispositions édictées « *sont inexactement interprétées et leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné* »¹⁷⁵. Enfin, il a précisé que « *dans le cadre du pouvoir qui leur a été reconnu par ce décret ou en vertu de leur pouvoir de police les représentants de l'État dans les départements comme les maires en vertu de leur pouvoir de police générale ont l'obligation d'adopter, lorsque de telles mesures seraient nécessaires des interdictions plus sévères lorsque les circonstances locales le justifient* ». Allant plus loin que la solution de *Commune de Nérès-les-Bains*, le juge rappelle que l'autorité locale a non pas seulement la possibilité d'aggraver une mesure nationale dès lors que les circonstances locales spécifiques le justifient, mais qu'il en a même l'obligation. Cette première décision semblait permettre aux édiles locaux – en coopération avec les préfets – de prendre pleinement part à la lutte contre l'épidémie et d'adopter des arrêtés sur la base de l'article L.2212-1 et L.2212-2 CGCT pouvant limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux à condition qu'elles soient nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivie de sauvegarde de la santé publique.

Toutefois, l'état d'urgence sanitaire a introduit une nouvelle donne dans les possibilités de l'interventionnisme municipal. Le Conseil d'État s'est prononcé sur le concours de la police spéciale de l'état d'urgence sanitaire avec la police générale dans l'ordonnance de référé *Commune de Sceaux* d'avril 2020¹⁷⁶. Le maire de Sceaux avait pris un arrêté le 6 avril prescrivant l'obligation du port de masques dans l'espace public de la commune. La *Ligue des droits de l'homme* avait saisi le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-

¹⁷⁴ Notamment avec le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020.

¹⁷⁵ CE, ordonnance, *Syndicat jeunes médecins*, 22 mars 2020, n° 439674.

¹⁷⁶ CE, ordonnance, *Commune de Sceaux*, 17 avril 2020, n°440057.

Pontoise lui demandant de suspendre l'exécution dudit arrêté qui avait fait droit à sa demande. Le maire fit appel devant le Conseil d'État qui finalement confirma la suspension. Surtout, cette ordonnance permis au juge administratif de préciser la façon dont s'articule la police spéciale de l'état d'urgence sanitaire avec le pouvoir de police générale du maire.

Ce-dernier peut, au titre de sa police générale, prendre des mesures afin de contribuer à l'application, sur le territoire de la commune, des mesures décidées par les autorités étatiques. Cela peut se traduire, par exemple, par l'interdiction « *au vu des circonstances locales, l'accès à des lieux où sont susceptibles de se produire des rassemblements* ». Pour autant, le maire ne saurait utiliser ses pouvoirs de police générale pour lutter directement contre la catastrophe sanitaire à moins que cela ne soit indispensable pour des « *raisons impérieuses liées à des circonstances locales* » et que cela ne compromette pas « *la cohérence et l'efficacité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'État* ». Autrement dit, seuls deux cas de figures autorisent le maire à user de son pouvoir de police générale, d'abord pour assurer la bonne application des mesures de l'État et, ensuite, lorsque les circonstances locales rendent son action indispensable.

Cette décision est à la fois un retour et un resserrement de la jurisprudence *Société les Films Lutétia* dans le sens où si des circonstances locales peuvent justifier l'intervention du maire (alors même qu'une police spéciale est déjà intervenue), celui-ci ne peut toutefois le faire qu'à la condition de faire état de raisons impérieuses propres à la commune. Dès lors, contrairement à la jurisprudence récente sur les antennes-relais et les OGM, la police spéciale de l'urgence sanitaire n'est pas exclusive car elle laisse une marge d'action, certes très réduites, au maire afin d'assurer « *l'effet concret (des mesures générales de l'État) comme le ferait une autorité déconcentrée* »¹⁷⁷.

Outre le resserrement du fait du critères des « *raisons impérieuses* », le maire ne saurait compromettre la cohérence et l'efficacité de l'action du Gouvernement. Ce deuxième critère pour juger de la légalité de l'arrêté du maire n'est pas sans poser des difficultés dans son appréciation concrète. Une partie de la doctrine a jugé sévèrement ce nouveau critère qui introduirait du flou dans l'office du juge qui risque de ressembler finalement davantage à un contrôle politique que strictement juridique. Ainsi, Bertrand Faure, dans son commentaire sous l'ordonnance rendue, considère que cela amène à soumettre la police générale des maires à « *un vaste contrôle de régularité dont le champ est ouvert à tous les éléments*

¹⁷⁷ B. FAURE, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », *AJDA*, n°18, 2020, p.1016

d'appréciation déterminés discrétionnairement par le juge administratif, signe que le contentieux de l'urgence sanitaire à ses vicissitudes qui n'ont pas leur pendant dans le contrôle de légalité ordinaire »¹⁷⁸. Pour d'autres, en revanche, il faut mettre en relation ce nouveau critère avec la particularité de la police de l'urgence sanitaire et de la lutte contre la pandémie qui se caractérise avant tout par une grande évolutivité des connaissances scientifiques sur le sujet et notamment quant aux modes de transmission du virus et des chaînes de contamination. Cette évolutivité des données (mais aussi la pénurie des masques à ce moment) a pu justifier cette nécessité de garantir une certaine cohérence entre le Gouvernement et les maires.

Ainsi, le trait saillant de l'état d'urgence sanitaire est une recentralisation des pouvoirs de police. De la même façon que le ministre de la santé avait déjà cédé une partie de son pouvoir de police en matière de pandémie au profit du Premier ministre, les maires sont amenés – plus ou moins clairement – à céder de leurs pouvoirs aux autorités centrales et à n'intervenir qu'en cas de raisons impérieuses. Toutefois, « *la recentralisation n'a pas effacé complètement le maire, elle l'a relégué au second plan sans qu'il soit aisé de définir avec précision les contours de sa compétence propre »¹⁷⁹.*

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 1018

¹⁷⁹ V. DONIER, op. cit., p. 889-900.

2.2. Les ambiguïtés du contrôle

La lutte contre cette crise sanitaire altère inévitablement l'équilibre entre l'exercice des libertés et leur restriction au nom de la protection de la santé publique. Dans un autre contexte d'urgence, de nature sécuritaire cette fois-là, le rapporteur public Xavier Domino rappelait que « *c'est bien à ses marges, (...) dans la façon dont il fonctionne dans des circonstances exceptionnelles, qu'un État de droit révèle sa force, éprouve la profondeur des mécanismes de contrôle qui sont les siens ou qu'il dévoile au contraire ses faiblesses et les révélatrices lacunes dont il peut souffrir* »¹⁸⁰.

Les mécanismes de contrôle de l'exécutif étudiés dans le cadre de ce mémoire sont, d'abord, celui juridictionnel du juge administratif et, ensuite, celui parlementaire. Ils constituent, ensemble, les pierres angulaires de l'État de droit.

L'état d'urgence sanitaire qui a été déclaré en France en mars 2020, suite à la pandémie de Covid-19, se traduit par un déplacement plus ou moins prononcé – sans aller toutefois jusqu'à la rupture – entre, d'une part, la protection de l'exercice des libertés et, de l'autre, leur restriction dans le but de freiner la propagation de ce virus. Ce déplacement vers un renforcement des restrictions est justifié à la fois par la situation d'une exceptionnelle gravité et par le caractère temporaire de ces mesures restrictives.

Les périodes de crises, qu'elles soient sanitaires ou sécuritaires, se sont traduites par un renforcement des compétences de l'exécutif dans le cadre d'une Ve République pourtant déjà fortement centralisée autour de lui¹⁸¹. Ce déséquilibre (temporaire) des pouvoirs nécessite un contrôle renforcé des contre-pouvoirs. Cependant, la nature sanitaire de cette crise n'a pas facilité l'exercice de ce contrôle car les mesures de distanciations sociales ont limité tant les possibilités de réunions en séances au Parlement que la tenue des audiences dans les tribunaux.

Dès lors, il convient de s'interroger sur la nature du contrôle effectué par le Parlement et le juge administratif ? Quelle(s) voie(s) et formes ce contrôle a-t-il pris ? Que recouvre-t-il ? Quelle est son étendue ?

¹⁸⁰ Conclusion X. DOMINO sur Conseil d'État, sect., 11 décembre 2015, *M. Cédric Domenjoud*, n°395009, publié au Recueil Lebon

¹⁸¹ T. MULIER, « La crise du Covid-19, reflet des anomalies du fonctionnement de la Ve République », blog *Jus Politicum* (en ligne), 11 juin 2020.

2.2.1. Un contrôle effectif mais au cœur d'attentes parfois contradictoires

En période d'exception, le contrôle juridictionnel est l'une des garanties essentielles de l'État de droit car c'est au juge qu'il revient d'assurer le contrôle de la conciliation entre la nécessité de protéger l'ordre public d'une part et les droits et libertés d'autre part. Le juge administratif est le « *juge naturel des décisions prises par l'exécutif dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique* »¹⁸². En effet, la majorité des mesures adoptées sont des actes administratifs (décrets et arrêtés prescrivant notamment des mesures de polices) prises par des autorités administratives (Premier ministre, ministre de la santé, préfets). Dès lors, les conditions organiques et matérielles sont réunies pour donner pleine compétence au juge administratif¹⁸³ d'en contrôler la légalité. Le législateur rappelle aussi – de manière certes superfétatoire – que les mesures prises en application de ce chapitre 1 bis peuvent faire l'objet de recours en référés devant le juge administratif. La juridiction administrative s'est donc trouvée placée au centre de ce contentieux de l'état d'urgence sanitaire en étant la principale garante de la légalité des mesures prises dans le cadre de ce régime comme celui du régime transitoire de sortie. Comment le juge administratif a-t-il pu exercer et adapter son office aux spécificités et contraintes de celui-ci ?

2.2.1.1. L'accès maintenu à la justice en période d'urgence

D'abord, l'accès à la justice en période de crise sanitaire a été maintenu et réorganisé rapidement par l'ordonnance du 25 mars 2020¹⁸⁴ puis par celle du 18 novembre 2020¹⁸⁵ en raison de la nouvelle déclaration de l'état d'urgence. Il s'agissait d'adapter l'accès au service public de la justice aux enjeux sanitaires en évitant au maximum les contacts physiques. Ces ordonnances ont notamment introduit la possibilité de recourir aux télécommunications (visioconférence et même téléphone) pour tenir les audiences, autorisé le juge des référés à statuer sans audience, de même que les cours administratives d'appel sur les demandes de sursis à exécution. Les délais de recours ont été prolongé uniquement lors du premier

¹⁸² B. LASSERRE, discours prononcé lors de la conférence inaugurale « Les états d'urgence : pour quoi faire ? », 14 octobre 2020.

¹⁸³ CC, Décision 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* (non-conformité totale).

¹⁸⁴ Ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, publiée au JORF n°0074 du 26 mars 2020.

¹⁸⁵ Ordonnance n° 2020-1402 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif, publiée au JORF n°0280 du 19 novembre 2020.

confinement. D'autres ordonnances avaient été aussi prises le 25 mars pour organiser les règles applicables aux juridictions judiciaires en matières pénales et civiles prévoyant également la prorogation d'un certain nombre de délai (recours, appel, exécution d'acte au cours des procédure, de prescription, ...) et la possibilité de statuer à juge unique. On notera que ces ordonnances ont fait l'objet de recours en référé initié notamment par le syndicat de la magistrature devant le Conseil d'État qui l'a rejeté¹⁸⁶, validant de fait les mesures exceptionnelles relatives au fonctionnement de la justice en cette période d'état d'urgence sanitaire en considérant que « *l'ordonnance contestée ne peut être regardée, eu égard à l'évolution de l'épidémie, à la situation sanitaire et aux conséquences des mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 (...) comme portant une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées* »¹⁸⁷. L'ordonnance relative à l'adaptation du fonctionnement des juridictions administratives a aussi fait l'objet d'un référé-suspension portée par plusieurs syndicats d'avocat, de magistrat et le GISTI. Le Conseil d'État a également rejeté cette requête¹⁸⁸ pour les mêmes motifs, « *les exigences de la lutte contre l'épidémie de covid-19 imposent de faire échec à la propagation du virus et de limiter, autant que faire se peut, les contacts entre les personnes, en adoptant ces mesures (...) l'ordonnance ne peut être regardée comme portant une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées* ». Ces rejets ont tous été motivés par les circonstances du moment et le caractère inédit de la situation. La mise en balance opérée par le juge entre les deux impératifs que sont les droits des parties qui doivent leur être garantis au cours de procédure juridictionnelle et les enjeux sanitaires de lutte contre la covid-19 a débouché sur la justification de ces mesures dès lors que les garanties procédurales prévues ont été jugées suffisantes dans un contexte inédit.

Pour pouvoir assurer sa mission, rendre les décisions dans les meilleurs délais et faire face à l'afflux sans précédent de demandes, le Conseil d'État a profondément revu son organisation interne. Ainsi, un « *groupe de 15 juges experts a été formé autour du président et des vice-présidents de la chambre juridictionnelle* »¹⁸⁹ afin de traiter les recours enregistrés durant le premier confinement. Dès lors que les règles de distanciation et de

¹⁸⁶ CE, ord., 3 avril 2020, n°439894.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ CE, ord., 10 avril 2020, *Syndicat des avocats de France*, n° 439903.

¹⁸⁹ B. LASSERRE, « Le juge administratif, juge de l'urgence », discours (en italien) prononcé lors du Cycle de conférences organisé par la Fondation Vittorio Occorsio, 12 avril 2021.

confinement ont été assouplies à partir de mai 2020, le Conseil d'État a pu revenir à une organisation normale.

2.2.1.2. Les recours contre les mesures prises au titre de l'urgence sanitaire

Comme cela a été évoqué précédemment à propos de l'état d'urgence sécuritaire, le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif à l'égard des régimes d'exception a été largement approfondi. Ainsi, il s'est déclaré compétent pour contrôler – certes de manière restreinte – le décret déclarant l'état d'urgence comme le refus d'y mettre fin. On peut légitimement penser qu'il en est de même en matière d'état d'urgence sanitaire étant donné la filiation évidente entre ces deux régimes. L'approfondissement de ce contrôle concerne d'abord et surtout les mesures prises sur son fondement. Outre les voies traditionnelles de recours (pour excès de pouvoir et de plein contentieux), on s'intéressera essentiellement au référé qui constitue la plus grande part de l'activité de la juridiction administrative durant cet état d'urgence sanitaire.

L'introduction de la voie du référé devant les juridictions administratives par la loi du 30 juin 2000¹⁹⁰ a considérablement renforcé le rôle du juge administratif dans la protection des libertés. Les justiciables s'en sont très largement saisi faisant du référé l'instrument privilégié du contrôle du juge sur l'administration lors des deux périodes d'état d'urgence. Pour rappel, les deux principaux référés sont le référé-suspension et, surtout, le référé-liberté. Le premier, prévu à l'article L.521-1 du CJA, permet de demander la suspension de l'application d'un acte administratif ou de certains de ses effets à la condition qu'il soit accompagné d'un recours au fond (généralement pour excès de pouvoir) et lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de cette décision. Le second, prévu à l'article 521-2 du CJA, peut être introduit lorsqu'une personne morale de droit public ou un organisme privé chargé de la gestion d'un service public porte atteinte, dans l'exercice de ses pouvoirs, à une liberté fondamentale. Dans ce cas, le juge des référés doit se prononcer en 48 heures pour empêcher ou faire cesser l'atteinte à la liberté en ordonnant toutes mesures nécessaires à la sauvegarde des libertés fondamentales. La condition de recevabilité commune de ces deux voies de référé tient à la justification d'une urgence caractérisée rendant nécessaire l'intervention très rapide du juge. Cependant, et contrairement au régime de l'état d'urgence sécuritaire, il n'y a pas eu de

¹⁹⁰ Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, publiée au JORF n°151 du 1 juillet 2000.

présomption d'urgence avec l'état d'urgence sanitaire. Pour autant, le juge administratif a toutefois largement accueilli les recours en référés-suspension et référés-libertés.

Les référés constituent pour les justiciables un moyen efficace pour protéger leurs libertés dans un délai très bref en obtenant une décision provisoire mais adaptée aux circonstances. Si cette procédure a largement permis de faire reconnaître le juge administratif comme un juge protecteur des libertés auprès des justiciables, les dernières ordonnances rendues durant cette période d'urgence sanitaire ont laissé dire à certains commentateurs de la doctrine que le juge administratif des référés a été davantage protecteur de l'administration que des libertés. Cependant, ces impressions minorent – en partie – le pouvoir limité du juge dans cette procédure et d'autant plus en cette période singulière de crise sanitaire. Il faut noter aussi que le juge des référés, pourtant juge de l'urgence et du provisoire, a largement approfondi son office. En matière de mesure de police, il s'est en effet détaché du critère de l'atteinte manifeste pour opérer un contrôle plus poussé de proportionnalité.

La position dans lequel le juge administratif est placé n'est pas sans présenter une certaine difficulté. Ayant la charge d'assurer la conciliation entre la protection des libertés et la garantie de la santé publique (composante de l'ordre public), la solution qu'il retiendra pourra avoir des conséquences dommageables dépassant largement le cadre du recours. En effet, la suspension d'un acte administratif de portée générale a un effet *erga omnes* et peut paralyser toute l'activité de l'administration pendant un temps. Cela est encore plus prégnant dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir qui peut aboutir à l'annulation de l'acte (bien que les effets puissent alors être modulés). Ainsi, le fait de reconnaître une certaine marge d'appréciation au Gouvernement est aussi une manière de prise en compte des conséquences politiques que peuvent avoir ses décisions.

2.2.1.3. L'indéniable succès des référés

Les conséquences de l'état d'urgence sanitaire sur la vie quotidienne des Français ont été bien supérieures à celles de l'état d'urgence sécuritaire déclenché suite aux attentats de novembre 2015. Alors que ces-dernières ne touchèrent finalement qu'un nombre limité de personnes, tous les Français dans leur vie quotidienne les subirent cette fois-ci. Alors même que dans le cadre de l'état d'urgence sécuritaire, l'activité contentieuse en référé du juge

administratif a été, pour le moins, substantiel¹⁹¹, c'est sans surprises que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence aient donné lieu cette fois à un contentieux « de masse » pourrait-on dire devant la juridiction administrative. Du 17 mars 2020 au 17 mars 2021, durant ces douze mois, le Conseil d'État a jugé 647 recours¹⁹² en référé déposés par des citoyens, associations ou organisations professionnelles qui contestaient la gestion de la pandémie par le gouvernement. Preuve en est de cette importance, le Conseil d'État a consacré une page spécifique¹⁹³ sur son site internet recensant les principales décisions en référé rendues « *en lien avec l'épidémie de Covid-19* ». Cet effort, sinon ce bousculement¹⁹⁴ dans la communication du Conseil d'État à laquelle s'ajoute une publication sur les différents réseaux sociaux de l'institution et les interventions de son vice-président¹⁹⁵ dans la presse, semble souligner un souci de transparence, d'information du citoyen, voire une adhésion – si cela n'était déjà pas le cas – à la théorie des apparences selon laquelle l'importance attribuée aux apparences et à la sensibilité du public est l'une des garanties d'une bonne justice.

2.2.1.4. *Un contrôle en demi-teinte ?*

On peut identifier trois grandes catégories de demandes des justiciables au cours de cette période d'urgence sanitaire. La première concerne les demandes de suspension des actes administratifs pris pour faire face à l'épidémie avec, d'une part, les adaptations du service public au contexte sanitaire (chômage, adaptation des procédures civiles et pénales, ...) et surtout les mesures administratives de police (fermeture établissements recevant du public¹⁹⁶, limitation de la liberté de culte¹⁹⁷ ou de manifestation¹⁹⁸, obligation de porter des

¹⁹¹ « entre le 14 novembre 2015 et le 25 février 2016, au plus fort de la crise terroriste, le Conseil d'État avait été saisi de 111 requêtes concernant dans 80% des cas des assignations à résidence » in B. LASSERRE, *op. cit.*, p.10

¹⁹² Ce chiffre exclut 283 recours identiques déposés en septembre 2020 contre la restriction des critères de vulnérabilité pour le chômage partiel et qui ne sont comptés que comme un seul recours.

¹⁹³ Cf. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19>

¹⁹⁴ S. DOUTEDAUD, « Quand l'état d'urgence sanitaire bouscule la communication au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », Blog *Jus Politicum*, 11 mai 2020.

¹⁹⁵ B. Lasserre, « Le droit d'accès au juge est un droit fondamental », *Paris Normandie*, 14 avr., p.11 : « Entre santé et respect des libertés, l'équilibre est fragile », *Sud-Ouest*, 15 avr., p.10.

¹⁹⁶ Voir : CE, Ord., 5 juin 2020, *Sté Sinema*, n°440988 ; CE, Ord., 9 juin 2020, *SARL Phanie et Fredo*, n°440761 ; CE, Ord., 9 juin 2020, *Sté Ophélie D*, n°440777 ; CE, Ord., 9 juin 2020, *Sté Le Chef Raphaël*, n°440788.

¹⁹⁷ Voir : CE, Ord., 18 mai 2020, *M. W. et al.*, n°440366 ; CE, Ord., 18 mai 2020, *Association culturelle Fraternité sacerdotale Saint-Pierre et al.*, n°440519 ; CE, Ord., 20 mai 2020, *M. E. et al.*, n°440653 ; CE, Ord., 2 juin 2020, *M. A.*, n°440840.

¹⁹⁸ Voir : CE, Ord., 13 juin 2020, *Manifestations sur la voie publique*, n°440846, 440856, 441015

masques dans les lieux publics, ...). La deuxième catégorie concerne les demandes d'adaptation de l'organisation du service public afin de mieux protéger son personnel ou ses utilisateurs. Les requérants dénonçaient alors les carences de l'administration et demandaient au juge d'y remédier en déterminant, le cas échéant, les mesures d'organisation nécessaires (fourniture du matériel de protection contre le virus pour le personnel de santé ou les avocats). Enfin, la troisième catégorie tient à la remise en cause de la politique générale de santé du gouvernement en demandant au juge, par exemple, d'autoriser la prescription d'hydroxychloroquine¹⁹⁹, de modifier la liste des entreprises considérées comme essentielles pour la nation ou de réquisitionner des stocks de matériel sanitaire.

A la vue de ces quelques exemples, on remarque que le juge des référés s'est vu soumettre des requêtes dépassant largement le cadre de cet office, les requérants, ne disposant souvent que de cette voie de droit pour solliciter un contrôle des décisions prises (ou non-prises) durant cette crise sanitaire. Dans ce contexte et la position délicate dans laquelle il a été placé, le juge administratif a fait preuve d'une certaine sensibilité aux intérêts de l'administration sinon d'une « *déférence à l'égard du Gouvernement* »²⁰⁰. Ainsi, la majorité des ordonnances rendues aboutissent à un rejet des demandes des justiciables. Cet argument statistique a été utilisé depuis le début de la crise pour étayer la critique d'une juridiction qui serait acquise à la cause du gouvernement mais ces chiffres, quoiqu'utiles, ne sont jamais suffisants à eux seuls pour apprécier le contrôle juridictionnel opéré. En effet, sur les 647 requêtes, 249 ont été écartés d'office et (seul) 51 requêtes ont débouché sur une suspension de la règle contestée et une injonction à une modification des pratiques de l'administration ou de la réglementation comme « *la fourniture de gants et gel hydroalcoolique pour les prisons en avril, (la) dispense de contravention des sans-abris en avril, (la) précision des motifs de déplacements autorisés en novembre (et) l'allègement de certaines interdictions par rapport aux cas particuliers présentés par les requérants, par exemple en janvier sur la pratique sportive à l'école...* »²⁰¹. Ainsi, certains soulignent que, finalement, moins de 10% des requêtes ont abouti à une issue favorable au requérant. Pour autant, ce chiffre sont des données brutes qu'il faut nécessairement interpréter ou *a minima* éclairer et d'autant plus en situation de crise.

¹⁹⁹ CE, ord., 4 avr. 2020, n°439904

²⁰⁰ C. SAUNIER, « La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire : entre interventionnisme ambigu et déférence nécessaire », Blog *Jus Politicum*, 11 avril 2020.

²⁰¹ Conseil d'État, Communiqué de presse *Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des libertés*, 20 avril 2021.

En effet, le contrôle de l'administration en période exceptionnelle comporte certaines spécificités qui apparaissent notamment dans l'ordonnance²⁰² rendu par le juge des référés du Conseil d'État le 22 mars 2020 déjà mentionnée où un syndicat de médecins (SJM) demandait alors d'enjoindre au Premier ministre de prononcer un confinement total de la population ainsi que diverses mesures pour produire des tests de dépistages.

Dans le cadre de l'office du référé-liberté, le juge peut uniquement ordonner les mesures d'urgence qui lui paraissent de nature à sauvegarder la liberté fondamentale à laquelle il est porté une atteinte grave et manifestement illégale. Le caractère illégal de l'atteinte doit s'apprécier en tenant compte « *des moyens dont dispose l'administration* » et des mesures qu'elle a déjà prises. Autrement dit, il s'agit certes de savoir si l'administration a porté une atteinte particulière à la liberté fondamentale de l'individu, mais surtout d'établir si, au regard du contexte, l'administration a suffisamment réagi.

L'autre limite, qui n'est pas nouvelle dans le cadre du référé, est que le juge ne saurait prescrire des « *mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique insusceptibles d'être mis en œuvre, et dès lors de porter effet, à très bref délai* » selon la formule déjà usitée²⁰³ et que l'on retrouve plus ou clairement dans plusieurs décisions où il s'agissait de demandes relatives au renforcement des mesures sanitaires pour les détenus²⁰⁴ ou visant à ordonner la nationalisation d'une entreprise²⁰⁵.

Pour autant, le juge des référés n'a pas hésité initialement à dépassé plus ou moins largement le cadre de cet office. Pour revenir à l'ordonnance rendue le 22 mars 2020, il a enjoint l'administration à prendre des mesures d'ordre normatif – ce qu'il n'avait jamais fait jusqu'alors – en ordonnant « *au Premier ministre et au ministre de la santé, (...) dans les quarante-huit heures (...) de préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé* »²⁰⁶. Cela n'a d'ailleurs pas manqué de faire réagir car, en l'espèce, le juge administratif a enjoint aux autorités de prendre des mesures plus contraignantes pour la population alors que le but du référé-liberté était de veiller à ce que « *l'exercice du pouvoir de police n'emporte pas d'atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales* »²⁰⁷.

²⁰² CE, 22 mars 2020, *Syndicat. Jeunes médecins*, n°439674

²⁰³ CE, 28 juillet 2017, req. n° 410677 ; CE ord., 26 juillet 2018, req. n°422237.

²⁰⁴ CE Ord., 8 avril 2020, *SF-OIP*, n°439827

²⁰⁵ CE, 29 mars 2020, *Debout la France*, n°439798

²⁰⁶ CE, 22 mars 2020, *Syndicat. Jeunes médecins*, n°439674

²⁰⁷ X. DUPRÉ DE BOULOIS, « On nous change notre...référé-liberté (Obs. sous CE ord., 22 mars 2020, n° 439674) », *RDLF*, 2020, chron. n° 12,

On évoquera enfin une dernière critique faite à l'égard du juge administratif durant cette période, celle de la cohérence de ces décisions ou plutôt de l'incohérence que souligne certains non sans ironie parfois²⁰⁸. Dans sa tribune, F. Melleray le soulignait - tout en reconnaissant la difficulté de la tâche lui incombant – à partir de trois ordonnances rendu entre novembre et décembre 2020. Si dans la première²⁰⁹, le juge avait enjoint au Premier ministre de modifier les dispositions du décret relatif à la limitation du nombre de fidèles lors des cérémonies religieuses en soulignant l'importance de la liberté de culte, il adopta une tout autre déférence à l'égard de la demande formulée par des universitaires afin d'obtenir la modification et l'assouplissement des conditions d'accueil dans les établissements d'enseignement supérieur qu'il rejeta²¹⁰. On peut s'interroger sur la cohérence de ces décisions bien que les libertés fondamentales en jeu ne soient pas les mêmes.

Au-delà de cet exemple, il semble nécessaire d'introduire de la temporalité dans l'étude des décisions rendues car cela est essentiel pour leur compréhension. La période qui court depuis le premier déclenchement de l'état d'urgence peut être divisée en trois périodes différentes dans lesquelles le juge a placé différemment le curseur entre la protection des libertés et leurs restrictions au nom du droit à la protection de la santé. Le contrôle de proportionnalité exercé fut, dès lors, différent eut égard à l'évolution parfois rapide de la situation sanitaire et des moyens matériels disponibles (masques, tests, vaccins...) qui pouvaient alors justifier des restrictions aux libertés plus ou moins fortes.

La première période est celle allant de mars à mai 2020, lorsque la situation sanitaire était tout autant grave qu'inédite justifiant des restrictions aux libertés maximales. Dans ce contexte, le Conseil d'État a « *été saisi de demandes contradictoires de renforcement ou d'allègement de ces restrictions, et de demandes de contrôle de la gestion des pénuries de matériel sanitaire et de la protection des populations par l'administration* »²¹¹. De ce fait, un grand nombre des référés a été rejeté sans qu'il soit pertinent ni même possible de les citer. A titre d'exemple, on peut évoquer l'ordonnance du 20 avril 2020²¹² où le juge refuse d'enjoindre à l'État de fournir des équipements de protection aux avocats dans l'exercice de leurs missions comme mesure de protection contre la covid-19. D'autres demandes

²⁰⁸ F. MELLERAY, « Les voies du Seigneur », *AJDA*, Dalloz, 2020, pp.2457.

²⁰⁹ CE, ord., 29 novembre 2020, *Association Civitas et autres*, n°446930.

²¹⁰ CE, ord. 10 décembre 2020, *M. Cassia et autres*, n°447015.

²¹¹ Conseil d'État, Communiqué de presse *Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des libertés*, 20 avril 2021.

²¹² CE, ord., 20 avr. 2020, *Ordre des avocats au barreau de Marseille*, n°439983 : *AJDA* 2020 p. 816

d'injonction similaires visant les EHPAD et les CHU qui n'auraient pas non plus pu être prononcées en raison de la pénurie de matériel qui prévalait à ce moment.

La seconde période commença à partir du 11 mai 2020, lorsque le Premier ministre initia la levée progressive du confinement. L'amélioration de la situation sanitaire tant en termes de taux de contamination que de tensions dans les services hospitaliers permis au juge administratif de déplacer à nouveau le curseur mais cette fois au profit de la levée des restrictions en opérant un contrôle plus strict de leur proportionnalité. On a ainsi pu observer un progressif rétablissement d'une logique protectrice des libertés avec, par exemple, la liberté de culte²¹³ ou la liberté de manifester²¹⁴. Dans ces deux décisions, le juge des référés du Conseil d'État estima que le gouvernement avait porté à ces libertés une atteinte grave et manifestement illégale. Pour des décisions peut-être plus familières, l'ordonnance²¹⁵ rendue par le juge des référés du Tribunal de Strasbourg concernant le port du masque dans la ville. Le juge a retenu que l'obligation du port du masque du fait des dispositions de l'arrêté préfectoral portait « *une atteinte immédiate à la liberté d'aller et venir et à la liberté personnelle des personnes appelées à se déplacer sur le territoire des communes dans lesquelles il s'applique* » et a enjoint la préfète du Bas-Rhin à édicter un nouvel arrêté plus précis dans les prescriptions qu'il énonce.

La dernière période débute avec la déclaration et la prorogation de l'état d'urgence sanitaire depuis la mi-octobre 2020. Cependant, durant ce deuxième confinement des libertés, le juge opéra un contrôle plus fin des restrictions et des mesures de police car la situation n'avait plus un caractère inédit et les pénuries avaient cessé bien que la situation sanitaire générale fût redevenue préoccupante.

Ainsi, dans ce contexte particulier de l'état d'urgence sanitaire, le juge administratif des référés, seul prétoire où il était possible de contester en urgence les mesures gouvernementales, a dû répondre d'un grand nombre de recours qui dépassaient, parfois, largement ce qui lui était possible de faire en tant que juge de l'urgence et des solutions immédiates. Si le rejet d'un certain nombre de demande a nourri les accusations à son égard d'une trop grande proximité avec l'exécutif durant cette période, il ne faudrait pas minorer le dilemme auquel il été confronté « *entre une réalité pratique qui le dépasse et une volonté de conserver son image de gardien privilégié des droits et libertés* »²¹⁶.

²¹³ CE Ord., 18 mai 2020, *M. W. et autres*, n° 440366

²¹⁴ CE Ord., 13 juin 2020, LDH, CGT et autres, n° 440846

²¹⁵ TA de Strasbourg, Ord., 2 septembre 2020, n°2005349

²¹⁶ C. SAUNIER, 2020, *op. cit.*

2.2.2. L'indéniable fragilité du contrôle parlementaire

Le Parlement a adopté – en un délai inhabituel et extrêmement resserré 5 jours²¹⁷ – la loi fixant le régime de l'état d'urgence sanitaire en raison de la fragilité des dispositions législatives déjà existantes dans le code de la santé publique et pour « cadrer » davantage l'action des autorités administratives eut égard aux mesures déjà prises qui étaient fortement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux mais nécessaires pour limiter la diffusion de l'épidémie. Comme vu précédemment, le Parlement et, en particulier le Sénat, a très largement participé à l'élaboration de ce nouvel état d'urgence, notamment en prévoyant son extinction au 1^{er} avril 2021 reportée ensuite au 31 décembre 2021 afin de lui permettre de « dresser un bilan de l'application du dispositif mis en place et, s'il conclut à son utilité, de le pérenniser »²¹⁸. Outre le vote de la loi, le Parlement est chargé du contrôle du Gouvernement par des moyens d'information (questions écrites et orales), d'investigation (mission d'informations et commission d'enquête) et par la mise en jeu de sa responsabilité (motion de censure). La révision constitutionnelle de 2008 a réaffirmé l'importance de cette mission de contrôle en la plaçant au même niveau que l'élaboration de la loi. Les périodes d'état d'exception appellent un contrôle parlementaire renforcé en contrepartie de l'octroi de prérogatives supplémentaire à l'exécutif. Il s'agit pour le Parlement de s'assurer de la proportionnalité et de la nécessité des mesures prises par ce dernier dans ce nouveau cadre de l'état d'urgence sanitaire. Comment peut s'effectuer le travail parlementaire dans le double contexte d'état d'urgence et de pandémie qui ne facilite pas la vigilance renforcée qui doit être observée en pareilles circonstances ? Dès lors que le Parlement est devenu lui-même un « cluster » (ou foyer épidémique) et que les règles de distanciation sociale s'imposaient à tous, le vote et le contrôle sont-ils pleinement possibles et effectifs ?

Préalablement, le virus a exigé une adaptation du fonctionnement du Parlement à la situation comme cela s'est fait dans d'autres pays comme l'Allemagne où le règlement du Bundestag a été modifié. En France, ce sont les Conférences des présidents²¹⁹ (et non les

²¹⁷ Le délai moyen d'adoption d'un projet de loi est de 149 jours (cf. Rapport n° 3100 *Refaire la démocratie*, Assemblée nationale, 2015, p. 90).

²¹⁸ P. BAS, Rapport fait au nom de la commission des lois, n°381, 19 mars 2020.

²¹⁹ La Conférence des présidents réunit, autour du Président de la Chambre et des vice-présidents, les présidents des groupes politiques, des commissions permanentes, des commissions spéciales intéressées. Un représentant du gouvernement peut aussi y assister. Elle fixe le programme de travail des séances dans le cadre du partage de l'ordre du jour entre le Gouvernement et le Parlement et détermine les semaines de séance réservées par

bureaux²²⁰ pourtant compétents dans ce domaine) qui ont adopté les nouvelles modalités de fonctionnement des assemblées. Une des raisons avancées dans ce choix tient au fait que le Bureau écarte deux acteurs majeurs, les présidents des commissions et les présidents des groupes politiques contrairement à la Conférence des présidents. Or, pour adapter le fonctionnement des assemblées aux contraintes causées par le virus, il était nécessaire que ces présidents, chevilles ouvrières de l'organisation du travail parlementaire, soient associés à la détermination des nouvelles modalités de fonctionnement. Ce choix a permis que les décisions prises soient consensuelles car sinon les assemblées auraient dysfonctionné en raison de la jauge qui pose une limitation au nombre de parlementaires pouvant participer aux séances mais qui est aussi susceptible de porter atteinte, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel²²¹, au libre exercice du mandat parlementaire. En l'absence d'accord avec les présidents de groupe, les parlementaires qui se seraient présentées pour participer aux travaux de leur assemblée auraient dû être accueillis rendant difficile sinon impossible le fonctionnement des assemblées au plus fort de la pandémie.

Le contrôle parlementaire suppose préalablement une information fiable quant aux mesures prises. Initialement, les parlementaires souhaitaient transposer le « contrôle renforcé » de l'état d'urgence sécuritaire de l'article 4-1²²² de la loi de 1955 prévoyant que *« l'Assemblée nationale et le Sénat sont 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 qu'elles prennent (...) »*. Cependant, dans son avis sur le projet de loi créant l'état d'urgence sanitaire, le Conseil d'État proposait la suppression de cette *« disposition imposant au Gouvernement la transmission d'informations relatives à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire car elle constitue une injonction du Parlement au Gouvernement et ne relève pas du domaine de la loi »*²²³. L'autre motif invoqué était le

priorité au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques. Elle programme aussi les jours réservés à l'initiative des groupes d'opposition et minoritaires.

²²⁰ Le Bureau, présidé par le Président de la chambre, rassemble les vice-présidents, les questeurs et les secrétaires et est compétent pour l'organisation et le fonctionnement interne. Les règles relatives à la constitution du Bureau permettent d'assurer en son sein une représentation équilibrée de tous les groupes politiques selon leur importance numérique sans toutefois accorder un droit de vote.

²²¹ CC, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

²²² Cet article 4-1 a été créé par l'article 4 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 et modifié par la loi n°2016-987 du 21 juillet 2016.

²²³ CE, Avis sur un projet de loi et un projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, 18 mars 2020, n°399873

risque d'entraver l'action gouvernementale dans une période inédite. Cette proposition du Conseil d'État n'est pas sans interroger la doctrine car le motif invoqué de préserver le domaine de la loi reste peu convaincant et, d'autre part, les périodes d'états d'exceptions comme celle de l'urgence sanitaire où les restrictions aux libertés publiques n'ont jamais été aussi importantes, appellent nécessairement un contrôle renforcé. Finalement, après les débats parlementaires et la navette entre les deux assemblées, un système *a minima* de transmission des actes administratifs a été entériné dans la loi. L'article L.3131-13 CSP dispose ainsi que « *l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire (et ils) peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ». On peut s'interroger sur la pertinence finalement de cette disposition de compromis dès lors que tous les actes du Gouvernement sont publiés au journal officiel. Quant aux mesures préfectorales, il revient ainsi au Parlement à quérir auprès de chacune d'elles les mesures prises ce qui n'est pas sans faciliter le contrôle étant donné leur nombre.

Outre l'échec de parvenir à un véritable mécanisme de contrôle spécifique de l'état d'urgence sanitaire, le Parlement dispose aussi des mécanismes d'information et d'investigation de droit commun déjà mentionnés mais dont la pratique a dû être adaptée au contexte pandémique.

Le contrôle se manifeste notamment par les traditionnelles questions au gouvernement, moment fort de la semaine parlementaire. Afin de garantir le respect des règles sanitaires, la Conférence des présidents avait prévu que « *la séance hebdomadaire des QAG (...) se tiendront dans un format restreint (...), seuls les orateurs et les présidents de groupe seront présents dans l'hémicycle* »²²⁴. Cette restriction tant dans le nombre de questions à deux par groupe que dans le temps de ces questions à 40 minutes par semaine amène certains à dire que « *cette solution constitue une parodie du contrôle parlementaire (alors qu') elles n'étaient plus le moment fort de la démocratie parlementaire française* »²²⁵.

Les autres mécanismes de contrôle et d'investigations sont également les missions d'informations et les commissions d'enquêtes. Ici, il faut observer que les assemblées ont suivi deux stratégies radicalement différentes. Le 17 mars, l'Assemblée nationale opta pour

²²⁴ Présidence de l'assemblée nationale, communiqué de presse, 17 mars 2020.

²²⁵ J.-P. Derosier et G. Toulemonde, « Le Parlement français et la pandémie : un Parlement sous assistance respiratoire », Fondation Robert Schuman, 2020, p. 8

la création d'une mission d'information *sur l'impact, la gestion, et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-COVID19* afin de l'appréhender de manière transversale. Ce fut le Président de l'Assemblée, R. Ferrand, qui en fut désigné à la fois président et rapporteur général. Bien que le phénomène majoritaire caractérise le fonctionnement de l'assemblée nationale, on peut s'interroger sur l'absence de place laissée à l'opposition qui occupe normalement la fonction de rapporteur. Ce cumul de poste interroge sur l'effectivité d'un contrôle de l'action du Gouvernement. Néanmoins, la première phase de cette mission d'information a pris fin le 3 juin 2020 avec la remise d'un premier rapport. Ensuite, R. Ferrand laissa sa place de président au député de la majorité J. Borowczyk et le poste de rapporteur fut confié à E. Ciotti qui obtint de doter la mission des prérogatives d'une commission d'enquête. Un second rapport en conclusion des travaux et auditions a été publié le 2 décembre 2020 critiquant sévèrement la gestion de la crise par l'exécutif. La mission a mis fin à ses travaux le mercredi 27 janvier 2021, non sans déclencher la colère de l'opposition²²⁶ une fois encore.

En revanche, le Sénat n'a pas décidé de créer initialement de mission ou commission *ad hoc* préférant confier aux différentes commissions permanentes le soin d'assurer le contrôle notamment par l'audition régulière des membres du Gouvernement en fonction de leurs champs de compétences respectifs. Aussi, chaque commission organisa en son sein une mission de suivi et de contrôle de la loi, « *initiative (qui) s'inscrit dans une démarche coordonnée de l'ensemble des commissions permanentes du Sénat destinée à assurer un suivi concret et exigeant de l'action du Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire* »²²⁷. Ce contrôle sectorisé et spécialisé par commission permet de le rendre plus approfondi et donc plus efficace. A la fin de la première vague de la crise, le Sénat créa une commission d'enquête « *pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la covid-19 et de sa gestion* » à la demande de son président G. Larcher le 30 juin 2020. Les auditions qu'elle mena notamment celle de l'ancien premier ministre n'a pas été sans provoquer quelques polémiques suite aux révélations du *Canard enchaîné*²²⁸ quant au rapport commandé au général R. Lizurey qui établissait un premier bilan pointant les carences de la gestion durant la crise. La commission rendit son rapport le

²²⁶ C. LAURENT, « La colère des députés d'opposition après la fin de la mission sur le Covid-19 », *La Croix*, 28 janvier 2021.

²²⁷ P. BAS, Communiqué de presse, 2 avril 2020

²²⁸ Article « le rapport secret qui étrille la gestion de la crise du Covid », *Le Canard enchaîné*, 28 octobre 2020.

8 décembre 2020 dans lequel elle formula diverses propositions et notamment un nouveau schéma de gouvernance pour la préparation aux urgences sanitaires.

Bien que les deux Chambres soient parvenues à adapter considérablement leur mode de fonctionnement pour maintenir leur activité de vote de la loi et de contrôle, elles ont aussi pris conscience du risque de l'impréparation à l'égard des (possibles) crises futures et les conséquences qu'elles feraient courir sur le fonctionnement démocratique des assemblées et le garanti de la continuité institutionnelle. A cet égard, à l'Assemblée, un groupe de travail « *chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise* » a été mis en place par la Conférence des Présidents en mai 2020 pour aboutir à une proposition « d'état d'urgence parlementaire » et formaliser la pratique en vigueur lors du premier confinement²²⁹. Cependant, le Conseil constitutionnel a censuré²³⁰ la résolution prise par l'Assemblée permettant, en cas de « *circonstances exceptionnelles de nature à affecter de façon significative les conditions de participation, de délibération ou de vote* », de recourir à des outils de travail à distance notamment pour les délibérations et les votes. S'il souscrit à la volonté d'assurer l'indispensable continuité des travaux parlementaires en prévoyant dans les règlements des dispositions dérogatoires susceptibles d'être mises en œuvre temporairement, le juge constitutionnel a cependant considéré que cette réforme était trop imprécise et pas assez limitée pour permettre de vérifier que les exigences démocratiques de clarté et de sincérité du débat seraient toujours respectées. En effet, un Parlement, tout ou partie, virtuel, même momentanément, n'est pas sans présenter un certain risque tant à l'égard de sa mission de contrôle que de vote. Certes, l'adaptation en temps de crise est nécessaire et la prévision des règles applicables en de telles périodes est souhaitable, il ne faut pas pour autant dénaturer la procédure du vote, le fonctionnement parlementaire « en assemblée », ou la sécurité du vote par rapport aux pressions extérieures.

On terminera cette présentation par évoquer les critiques portées sur deux organes ayant connu une certaine notoriété durant cette crise sanitaire. Il s'agit du Conseil (ou comité) scientifique d'une part et du Conseil de défense sanitaire d'autre part. Si le premier est une structure créée très rapidement au début de la crise, le second est une réorganisation – à la marge – d'une structure préexistante. La création d'instances *ad hoc* en dehors des

²²⁹ A. GELBAT, « (Dés)aveu prétorien quant à la mise en place d'un « état d'urgence parlementaire », Blog *Jus politicum*, 9 avril 2021

²³⁰ CC, Décision n° 2021-814 DC du 1er avril 2021, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise* (non-conformité totale).

institutions prévues par Constitution afin de gérer la crise a suscité de multiples controverses notamment parmi les parlementaires de l'opposition critiquant ce resserrement de la prise de décision et de la gestion de la crise autour de l'exécutif, faisant même état d'un certain centralisme autour du Président.

Le Conseil scientifique, mis en place le 10 mars 2020 à l'initiative du Président de la République puis officialisé et pérennisé dans le cadre des dispositions du régime de l'état d'urgence sanitaire, a pour rôle de donner des avis au Gouvernement pour éclairer la gestion de la crise sanitaire. Présenté comme un encadrement scientifique de l'état d'urgence, il n'a qu'un rôle uniquement consultatif d'aide à la décision et est totalement dépourvu de fonction opérationnelle. Ce conseil, bien que présenté comme étant indépendant et que ses membres soient en partie désigné par les présidents de deux chambres, a été sujet à de nombreuses controverses. Parmi celles-ci, on pourrait citer, entre autres, un manque de représentativité de la communauté scientifique, une critique sur la teneur des avis et surtout un manque de transparence du fait du retard dans la publication des avis rendus. La proposition²³¹ formulée d'intégrer des parlementaires dans ledit Conseil n'avait pas été retenue au cours des débats relatifs au projet de loi d'urgence de mars 2020. Toutefois, à l'occasion du vote de la loi de prorogation de février 2021²³², les députés sont parvenus à adopter un amendement modifiant l'article L.3131-19 CSP et permettant aux commissions parlementaires de consulter directement ce comité sur toute question relative à l'état de catastrophe sanitaire. L'objectif, pour les auteurs de l'amendement, Sacha Houlié et Philippe Gosselin, était de « mieux associer le Parlement aux travaux du conseil scientifique pour conforter le rôle de ce conseil tout en permettant d'enrichir utilement le travail parlementaire »²³³. Reste à voir si cette possibilité renforcera effectivement le contrôle du Parlement. Surtout, l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques n'a finalement eu qu'un rôle mineur dans le contexte de cette crise bien qu'il ait fait savoir qu'il assurait une mission de veille et d'examen des différentes orientations prises par la recherche pour faire face à cette épidémie.

²³¹ Amendements n° 382, 381, 379 et 380 à l'article 5 du projet de loi Urgence covid-19 et présenté par P. KANNER et les membres du groupe socialiste et républicain

²³² Loi n° 2021-160 du 15 février 2021 *prorogeant l'EUS*, publiée au JORF n°0040 du 16 février 2021

²³³ V. MICHELON, « État d'urgence sanitaire : le Parlement veut pouvoir saisir lui-même le conseil scientifique », *LCI* (en ligne), 9 février 2021.

Concernant les Conseils de défense sanitaire, ils sont une réadaptation des Conseils de défense et de sécurité nationale²³⁴ prévu par l'article 15 de la Constitution et sont chargés de prendre les décisions pour gérer cette crise sanitaire. Y siègent le Président de la République, le Premier ministre, le ministre de la Santé, le ministre de la Défense, le ministre de l'Intérieur, le ministre de l'Économie et celui du Travail ainsi que les principaux directeurs des grandes institutions publiques de la santé. Leurs décisions s'appuieraient sur les recommandations du Conseil scientifique précité. Si de nombreux conseils de défense sanitaire ont été organisés aux fins de coordonner la politique nationale de gestion de crise, ils suscitèrent de vives critiques eux aussi. A titre d'exemple, on évoquera les préoccupations formulées par deux parlementaires, le député M. Gosselin et, surtout, le sénateur M. Bas. Pour le premier, « *la multiplication des réunions de ce conseil, placé auprès du Président de la République et soumis au secret des délibérations, participe au court-circuitage des organes traditionnels, au premier rang desquels le Parlement* »²³⁵. Selon lui, cette instance aurait été détournée de sa vocation militaire initiale prévu constitutionnellement. M. Bas, quant à lui, dans une tribune d'avril 2021²³⁶, s'est interrogé sur l'organisation « *opaque* » du conseil des ministres depuis le début de la pandémie et notamment son articulation avec le conseil de défense auquel l'exécutif a donné une place prépondérante pour gérer la crise sanitaire et qui n'est pas sans refléter une certaine « *gestion solitaire du pouvoir* »²³⁷ du Président. La tenue régulière de ces conseils de défense, semblables à des conseils des ministres en comité restreint, interroge l'endossement de la responsabilité des mesures prises par le gouvernement vis-à-vis du Parlement. Surtout, l'ancien président de la Commission des lois du Sénat s'inquiète des risques juridiques que ce mode de gouvernement comporte. En effet, il rappelle que le Conseil des ministres, par sa collégialité, permet la responsabilité collective du gouvernement devant le Parlement. Or, il souligne que la manière dont le conseil des ministres est organisé depuis le premier

²³⁴ Le Conseil de défense et de sécurité nationale (CDSN) s'assimile à un Conseil des ministres restreint réunissant, autour du Président de la République, le Premier ministre et les ministres compétent dans ces domaines (ministre des armées, ministre des affaires étrangères, ministre de l'intérieur ainsi que ceux de l'économie et du budget). Il a pour but de fixer les objectifs et de coordonner la politique française de sécurité et de défense. Si l'existence de ce comité placé auprès du chef de l'État remonte à 1906, il perdure dans sa forme actuelle depuis le décret n° 2009-1657 du 24 décembre 2009. Il est présidé par le Président de la République en sa qualité de chef des armées et son secrétariat est assuré par le secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN).

²³⁵ S. HOULIE et P. GOSSELIN, *Rapport de la Mission « flash » sur le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire*, Assemblée nationale, décembre 2020, p. 18

²³⁶ P. BAS, Tribune libre « Crise sanitaire : le conseil des ministres peut-il valablement délibérer à distance ? », *L'Opinion*, 13 avril 2021

²³⁷ L. VIGOGNE, « Le conseil des ministres se tient-il encore dans les règles ? », *L'Opinion*, 13 avril 2021

confinement demeure inconnue, ce qui serait préjudiciable pour la délibération en bonne et due forme du Conseil et pourrait constituer, *in fine*, un vice substantiel que le juge pourrait relever car cela porterait atteinte à la constitutionnalité de la loi et des décrets.

CONCLUSION

L'épidémie de la Covid-19 a constitué une crise d'ampleur inédite pour les citoyens comme pour les institutions françaises nécessitant des réponses d'une ampleur tout autant inédite. Cette crise sanitaire a ainsi profondément mis à l'épreuve les pouvoirs publics qui ont dû réagir pour minimiser autant que possibles les conséquences du virus.

Les réactions ont été diverses et ce mémoire s'est attaché à présenter la réponse juridique des institutions. Le droit administratif a indubitablement été le droit de l'action de l'administration en encadrant son pouvoir, plus exorbitant que d'ordinaire aux fins de protéger la santé publique. Si les dispositifs préexistants que sont la police spéciale du ministre de la santé prévu par les articles L.3131-1 et s. CSP et la police générale du Premier ministre adossée à la théorie des circonstances exceptionnelles ont pu être suffisants dans un premier temps, il a fallu très vite les doter de nouveaux instruments juridiques afin tout en prévoyant les mesures pouvant être prises que d'encadrer et de limiter les restrictions aux libertés publiques, durement touchées par les mesures sanitaires prises pour endiguer la diffusion de l'épidémie.

A l'instar de l'état d'urgence sécuritaire dont il s'inspire, l'état d'urgence sanitaire est un nouveau régime d'exception de police administrative créée par une loi de circonstance, conformément à la tradition légaliste française. Sa mise en œuvre a suscité controverses et critiques, comme son régime de sortie et son possible régime visant sa pérennisation. Cependant, contrairement à son pendant sécuritaire, sa banalisation dans le droit commun ne semble pas prévue ni nécessaire pour la simple raison que, contrairement à la menace terroriste, la menace sanitaire a vocation à disparaître, à court et moyen terme tout du moins.

Après cette étude, il apparaît que l'instauration de ce régime d'état d'urgence sanitaire semble avoir été proportionnée à la catastrophe sanitaire vécue. Le juge administratif et le Parlement, dans leur rôle respectif, ont œuvré au contrôle des mesures prises par les autorités administratives et ont constitué les garants de l'État de droit. Certes, ce contrôle n'est pas exempt de toute critique, mais il a été substantiel et a permis de préserver, autant que possible, l'exercice des droits et libertés dans un moment anormal. La fragilité du contrôle parlementaire tient d'ailleurs davantage aux caractéristiques du système politique de la Ve République (parlementarisme rationalisé et fait majoritaire) qu'à un dysfonctionnement de l'institution. La crise sanitaire a mis à l'épreuve le fonctionnement

de la juridiction administrative et du Parlement qui ont su faire preuve d'adaptation pour surpasser ces difficultés initiales et remplir leur mission de contrôle.

Cependant, le recours répété à des régimes d'exception durant les cinq dernières années interroge sur la capacité des institutions à faire face aux différentes crises qui ont et qui pourront à nouveau surgir dans un futur plus ou moins proche. On pense évidemment à l'urgence écologique qui risque de nécessiter des mesures exceptionnelles, à la fois inédites car nouvelles mais aussi par leur ampleur. Dès lors, il apparaît nécessaire de réfléchir sur le futur à donner à ces régimes et à la manière de concevoir le droit « *de manière soutenable, en tenant compte du fait que nous vivons « dans une société du risque », sans pour autant nous laisser entraîner dans des sociétés commandées par les « états d'urgence »* »²³⁸ car comme l'aurait énoncé le Cardinal de Richelieu et repris en préambule d'une note d'un certain directeur de la santé, « *on ne doit pas tout craindre, mais on doit tout préparer* ».

²³⁸ M. Torre-Schaub, B. Lormeteau. « Urgence sanitaire, urgence écologique : les temps du droit, le droit du temps à venir », *JCP G* n°22, juin 2020. La semaine juridique - édition générale, LexisNexis, 2020.

REFERENCES

1. Textes à valeur législatives

1.1. Code

- Code de la défense
- Code général des collectivités territoriales
- Code de la justice administrative
- Code de la santé publique
- Code de la sécurité intérieure

1.2. Lois

- Loi du 9 août 1849 sur l'état de siège, publiée au Bulletin des lois n°186, p. 146
- Loi du 3 avril 1878 relative à l'état de siège, publiée au Bulletin des lois n°384, p. 338
- Loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, publiée au JORF n°0085 du 7 avril 1955
- Loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, publiée au JORF n°151 du 1^{er} juillet 2000
- Loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, publiée au JORF n°185 du 11 août 2004
- Loi n°2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur, publiée au JORF n°55 du 6 mars 2007
- Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, publiée au JORF n°0072 du 23 mars 2020
- Loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, publiée au JORF n°0116 du 12 mai 2020
- Loi n°2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, publiée au JORF n°0169 du 10 juillet 2020
- Loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, publiée au JORF n°0277 du 15 novembre 2020

- Loi n°2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, publiée au JORF n°0040 du 16 février 2021
- Loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, publiée au JORF n°0125 du 1 juin 2021

1.3. Ordonnances

- Ordonnance n°60-372 du 15 avril 1960 modifiant certaines dispositions de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 instituant l'état d'urgence, publiée au JORF n°92 du 17 avril 1960

2. Textes à valeur réglementaire

2.1. Décrets

- Décret n°2015-1475 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, publié au JORF n°0264 du 14 novembre 2015
- Décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 publié au JORF n°0066 du 17 mars 2020
- 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, publié au JORF n°0072 du 24 mars 2020
- Décret n°2020-337 du 26 mars 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, publié au JORF n°0075 du 27 mars 2020
- Décret du 3 avril 2020 portant nomination des membres du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de covid-19, publié au JORF n°0082 du 4 avril 2020
- Décret n° 2020-663 du 31 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, publié au JORF n°0133 du 1 juin 2020
- Décret n°2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé, publié au JORF n°0170 du 11 juillet 2020

- Décret n°2020-1257 du 14 octobre 2020 instaurant à nouveau l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire pour 4 semaines à compter du samedi 17 octobre 2020, publié au JORF n°0251 du 15 octobre 2020
- Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, publié au JORF n°0264 du 30 octobre 2020

2.2. Arrêtés

- Arrêté du 30 janvier 2020 relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus 2019-nCov, publié au JORF n°0026 du 31 janvier 2020
- Arrêté du 20 février 2020 relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus covid-19, publié au JORF n°0044 du 21 février 2020
- Arrêté du 4 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, publié au JORF n°0055 du 5 mars 2020
- Arrêté du 9 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, publié au JORF n°0059 du 10 mars 2020
- Arrêté du 13 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, publié au JORF n°0063 du 14 mars 2020
- Arrêté du 15 mars 2020 complétant l'arrêté du 14 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19, publié au JORF n°0065 du 16 mars 2020
- Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, publié au JORF n°0072 du 24 mars 2020

3. Jurisprudence

3.1. Constitutionnelle

- CC, Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982
- CC, Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984

- CC, Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*
- CC, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993
- CC, Décision n° 2016-536 QPC du 16 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*
- CC, Décisions n°2017-624 QPC du 16 mars 2017
- CC, Décision n°2017-684 QPC du 11 janvier 2018
- CC, Décision n°2020-799 DC du 26 mars 2020
- CC, Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*
- CC, Décisions n°2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020, *M. Oussman G. et autres*
- CC, Décision du n°2020-803 DC 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.*
- CC, Décision n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021, *M. Ion Andronie R. et autre*
- CC, Décision n° 2021-814 DC du 1er avril 2021, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise.*
- CC, Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*

3.2. Administrative

- CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, n°63412, publié au recueil Lebon
- CE, 18 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, n°61593, publié au recueil Lebon
- CE, 8 août 1919, *Labonne*, n°56377, publié au recueil Lebon
- CE, section, 18 décembre 1959, *Société Les films Lutétia*, n°36385 36428, publié au recueil Lebon.
- CE, 27 janvier 2016, *Ligue des droits de l'Homme*, n° 396220, publié au recueil Lebon
- CE, Ass., Avis, 6 juillet 2016, *Napol*, n°398234, 399135
- CE, 22 mars 2020, *Syndicat Jeunes Médecins*, n°439674
- CE, 4 avril 2020, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe – Ministre des solidarités et de la santé*, n°439904 et 439905
- CE, ordonnance de référé, 15 avril 2020, *Association coronavictimes et autres*, n°439910
- CE, ordonnance, 17 avril 2020, *Commune de Sceaux*, n°440057.

- CE, ordonnance, 30 avril 2020, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, n°440179
- CE, ordonnance, 5 mai 2020, *Ordre des avocats au barreau de Guadeloupe*, n°440288
- CE, ordonnance, 18 mai 2020, *M.W... et autres*, n°440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590
- CE, ordonnance, 18 mai 2020, *Association La quadrature du net, Ligue des droits de l'Homme*, n°440442, 440445
- CE, 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'Homme, CGT*, n°440846, 440856, 441015
- CE, ordonnance, 19 juin 2020, *Association Le Conseil national du logiciel libre et autres*, n°440916
- CE, ordonnance, 6 juillet 2020, *CGT et autres, Association SOS Racisme*, n°441257, 441263, 441384
- CE, ordonnance, 13 juillet 2020, *Société Plaza Mad et autres, Syndicat nationale des discothèques et lieux de loisirs*, n°441449, 441554, 441771
- CE, ordonnance, 22 juillet 2020, *M.B. et autre*, n°440149
- CE, ordonnance, 6 septembre 2020, *Ministre des solidarités et de la santé*, n°443750, 443751

4. **Bibliographie**

4.1. **Ouvrages**

- D. ALLAND et S. RIAIS, *Dictionnaire de culture juridique*, coll. Quadrige, PUF, 2003
- F. CROUZATIER-DURAND, *Fiches de Libertés publiques et droits fondamentaux*, Paris, Ellipses, 3^e éd., 2017
- O. BEAUD et C. GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence, étude constitutionnelle, historique et critique*, coll. Systèmes perspectives, 2^e éd., Lextenso, 2018
- X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Collection cours, 6^e éd., LGDJ, 2020
- *COVID-19, sécurité publique et droit pénal*, coll. Dalloz Grand Angle, Dalloz, 2020
- J. PETIT et P.-L. FRIER, *Droit administratif*, Précis Domat, 14^e éd., LGDJ, 2020
- J. WALINE, *Droit administratif*, Dalloz précis, 26^e éd., 2016

4.2. Articles

- H. HOEPFFNER et L. JANICOT, « Police locale versus police spéciale : l'exclusivité de la police spéciale des communications électroniques », *Revue du droit public*, n°5, 1^{er} septembre 2012,
- B. MANIN, « Le paradigme de l'exception », publié sur le site *La vie des idées*, 15 décembre 2015
- J.-P. DEROSIER, « L'état d'urgence : un état de liberté sécuritaire. Comprendre un état d'urgence respectueux de l'État de droit », *Petites Affiches*, n°145, 21 juillet 2016
- P. CASSIA, « Quel contrôle parlementaire en temps réel de l'état d'urgence permanent ? » *Le Blog de Paul Cassia*, 28 septembre 2017
- O. BEAUD et C. GUERIN-BARGUES, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020
- P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique », *Le Blog de Paul Cassia*, 23 mars 2020
- A. GELBAT et L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 20 avril 2020
- J.-P. COSTA, « Le recours à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Blog Le club des juristes*, 27 avril 2020
- V. AUDIBERT, « Face aux menaces sur les libertés publiques, les juristes doivent prendre parti », *Dalloz actualité*, 23 octobre 2020
- J.-E. GICQUEL, « Covid-19 : crise sanitaire et crise des normes », *Recueil Dalloz*, Dalloz, 2020
- J.-P. DEROSIER, « Pour un état d'urgence constitutionnalisé », *Blog La Constitution décodée*, (en ligne), 2020
- V. DONIER, « Qui fait la police (administrative) sous l'état d'urgence sanitaire ? », *Revue française d'administration publique*, 2020/4, n° 176.
- S. HENNETTE-VAUCHEZ et S. SLAMA, « La valse des états d'urgence », *AJDA*, n°31, 2020
- B. FAURE, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », *AJDA*, n°18, 2020
- D. TRUCHET, « Covid 19 : point de vue d'un 'administrativiste sanitaire' », *blog Jus Politicum*, 2020
- J-M PONTIER, « La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif », *AJDA*, n°30, 2020

- A. GELBAT, « (Dés)aveu prétorien quant à la mise en place d'un « état d'urgence parlementaire », Blog *Jus politicum*, 9 avril 2021

4.3. Rapports

- P. BAS, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, Sénat, juillet 2020
- P. BAS, *Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, mai 2021
- Conseil de l'Europe, « Respecter la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme dans le cadre de la crise sanitaire du COVID-19 : Boîte à outils pour les États-membres », 7 avril 2020
- S. HOULIE et P. GOSSELIN, *Rapport de la Mission « flash » sur le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire*, Assemblée nationale, décembre 2020
- M. D. RAIMBOURG et J.-F. POISSON, *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence*, Assemblée nationale, 6 décembre 2016

4.4. Avis

- CE, *Avis sur un projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, 2 février 2016, n° 391.124
- CE, *Avis sur un projet de loi et un projet de loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19*, 18 mars 2020, n°399873
- CE, *Avis sur un projet de loi organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire*, 10 juillet 2020, n°400322
- CE, *Avis sur un projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*, 21 décembre 2020, n° 401741

4.5. Interventions

- B. STIRN, « Ordre public et libertés publiques », discours du 17 septembre 2015 lors du colloque sur l'Ordre public, organisé par l'Association française de philosophie du droit.

- B. LASSERRE, discours d'ouverture lors de la conférence inaugurale « Les états d'urgence : pour quoi faire ? », 14 octobre 2020
- B. LASSERRE, « Le juge administratif, juge de l'urgence », discours (en italien) prononcé lors du Cycle de conférences organisé par la Fondation Vittorio Occorsio, 12 avril 2021

4.6. Articles de presse

- L. SOULLIER, A. MESTRE, S. ZAPPI et M. RESCAN « Coronavirus : comment l'Assemblée nationale est devenue un nouveau cluster », *Le Monde* (en ligne), 21 mars 2020
- « Le rapport secret qui étrille la gestion de la crise du Covid », *Le Canard enchaîné*, numéro du mercredi 28 octobre 2020
- G. POUSSIELGUE, « Covid : accusé de vouloir rendre les vaccins obligatoires, l'exécutif recule », *Les Echos*, 22 décembre 2020

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	5
INTRODUCTION	6
<u>PARTIE 1 : La nécessité de créer un nouvel état d'exception</u>	15
1.1. L'insuffisance des outils juridiques à disposition	17
1.1.1. La théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles	19
1.1.2. L'état d'urgence « sécuritaire »	24
1.1.3. L'article L.3131 du CSP : un leg d'une précédente crise sanitaire	33
1.2. Le cadre juridique de l'état d'urgence sanitaire	39
1.2.1. La loi du 23 mars 2020	42
1.2.2. Les régimes de sorties de l'EUS	51
1.2.3. De l'expérimentation à la possible pérennisation de l'EUS	55
<u>PARTIE 2 : Les ambiguïtés de l'état d'urgence sanitaire</u>	61
2.1. Police administrative et restriction des libertés en temps de crise	63
2.1.1. Des pouvoirs de police renforcées entraînant des restrictions (nécessaires) à de nombreuses libertés	65
2.1.2. Concours ou concurrence des pouvoirs de police ?	71
2.2. Les ambiguïtés du contrôle	78
2.2.1. Un contrôle effectif mais au cœur d'attentes parfois contradictoires	79
2.2.2. L'indéniable fragilité du contrôle parlementaire	88
CONCLUSION	96
REFERENCES	98
TABLE DES MATIERES	106

Résumé :

L'apparition du virus de la Covid-19 en Chine orientale et sa diffusion rapide à l'échelle mondiale prit de court de nombreux pays, la France en premier lieux. Aux fins de garantir la santé publique, composante de l'ordre public, le Gouvernement eut recours aux moyens traditionnels de police administrative qui avaient déjà bénéficié d'un certain élargissement au profit de précédentes crises sanitaires. Cependant, l'ampleur de cette nouvelle crise rendit nécessaire l'adoption de nouveaux instruments législatifs que sont le régime de l'état d'urgence sanitaire et, dans son prolongement, celui de sortie de l'état d'urgence sanitaire. Si la France est accoutumée aux lois de circonstances en raison de sa tradition légaliste de droit écrit, ces nouveaux dispositifs d'exceptions ne sont pas sans interroger sur l'opportunité de telles lois et la conciliation qu'elles opèrent entre, d'une part, la protection de la santé publique et, d'autre part, la garantie des droits et libertés fondamentaux. Ce mémoire se propose donc d'étudier les motifs ayant rendu nécessaire l'adoption d'un nouveau régime d'exception *ad hoc* puis la teneur du contrôle exercé tant par le juge administratif, juge naturel des mesures de police administrative, que par le Parlement.

Mots-clés :

État d'exception ; État d'urgence sécuritaire ; état d'urgence sanitaire ; ordre public ; santé publique ; libertés publiques ; droits et libertés fondamentaux ; police administrative ; juge administratif ; Parlement ; contrôle juridictionnel ; contrôle parlementaire.