



HAL
open science

Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ?

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ? : d'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains. *Revue française d'administration publique*, 2020, N°176 (4), pp.875. 10.3917/rfap.176.0033 . halshs-03479666

HAL Id: halshs-03479666

<https://shs.hal.science/halshs-03479666>

Submitted on 8 Feb 2022

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

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

QU'EST-CE QUE L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE ? D'UN ÉTAT D'URGENCE À L'AUTRE, OU L'INTÉGRATION DES RÉGIMES D'EXCEPTION DANS LES ÉTATS DE DROIT CONTEMPORAINS

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

*Professeure de droit public à l'université Paris-Nanterre,
Centre de théorie et d'analyses du droit, équipe CREDOF, UMR 7074*

Résumé

Pour répondre à l'épidémie de Covid-19, la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 crée, entre autres mesures, un état d'urgence sanitaire. Cet état d'exception confère des compétences de police spéciale au Premier ministre, au ministre chargé de la santé et, sur habilitation, aux représentants de l'État. Il permet des limitations sans précédent à l'exercice des droits et libertés. Si ses promoteurs insistent sur la continuité de l'État de droit, les arrangements singuliers apportés à ce dernier tendent cependant, ces dernières années, à se répéter, voire à se normaliser, au point que le concept même d'État de droit pourrait s'en trouver modifié.

Mots-clés

État d'urgence, état d'urgence sanitaire, État de droit, police administrative spéciale, droits et libertés

Abstract

— *What is a health emergency? From a state of emergency to another one, or the integration of emergency regimes into contemporary rules of law – To respond to the Covid-19 epidemic, law No. 2020-290 of 23 March 2020 creates, among other measures, a state of health emergency. This state of emergency confers special administrative police powers on the Prime Minister, the Minister for Health and on State representatives if duly authorised. It allows unprecedented limitations on the exercise of rights and freedoms. While its promoters argue that there is no continuity break in the rule of law, the singular arrangements made to it were repeated or even normalised, up to the point to modify the very notion of the rule of law.*

Keywords

State of emergency, state of health emergency, rule of law, special administrative police, rights and freedoms

Une fois la gravité de l'épidémie de Covid-19 évaluée à sa hauteur, le pouvoir exécutif a estimé nécessaire d'y répondre, entre autres mesures, par la création d'un nouveau type d'état d'urgence. L'article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ajoute un chapitre I^{er} *bis* au titre III du livre I^{er} de la troisième partie du Code de la santé publique (CSP), intitulé « État d'urgence sanitaire ». Celui-ci peut être déclaré sur tout ou partie du territoire national « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ». La déclaration s'effectue par décret en conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé. Ce décret précise « la ou les circonscriptions territoriales à l'intérieur desquelles il entre en vigueur et reçoit application ». Là où il est déclaré et pendant la durée où il l'est – un mois au maximum, sa prorogation exigeant l'autorisation du Parlement –, l'état d'urgence sanitaire confère, « aux seules fins de garantir la santé publique », des pouvoirs de police administrative spéciale au bénéfice du Premier ministre et du ministre chargé de la santé.

Ainsi synthétiquement décrit, le régime de l'état d'urgence sanitaire présente plusieurs caractéristiques associées au « paradigme de l'exception » (Manin, 2015), étant étendu qu'il existe, selon les ancrages disciplinaires et d'un auteur à l'autre, des conceptions diverses des formes concrètes que ce paradigme peut revêtir (voir par exemple Schmitt, 2015 ; Agamben, 2003 ; Manin, 2015 ; Saint-Bonnet, 2001 ; Basilien-Gainche, 2013). Nous retiendrons ici les éléments d'identification proposés par François Saint-Bonnet à partir d'une approche d'histoire du droit. L'état d'exception se situe « au point de rencontre de trois éléments constitutifs : la dérogation (...), la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure » (Saint-Bonnet, 2001, p. 27). Il apparaît comme « un moment pendant lequel les règles de droit prévues pour des périodes de calme sont transgressées, suspendues ou écartées pour faire face à un péril. Pendant ce moment, on assiste à une concentration du pouvoir, en général au profit de l'exécutif et (...) à la réduction ou à la suspension des droits jugés fondamentaux pendant les périodes de calme. Il s'agit d'un moment par définition fugace, temporaire pour faire face à un péril donné ». L'état d'exception est présenté comme la réponse à une « évidente nécessité » qui « en est le déclencheur, la justification et la limite » (Saint-Bonnet, 2007, p. 29-30).

La création et la déclaration de l'état d'urgence sanitaire s'inscrivent pleinement dans ce registre. Comme le régime de l'état d'urgence créé par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 duquel ce nouvel état d'exception s'inspire, sa nécessité est justifiée par le caractère inédit de la situation et par l'inadaptation des outils disponibles pour l'affronter ¹. Confronté à une épidémie, le pouvoir exécutif veut montrer qu'il agit et réagit en créant de nouveaux outils juridiques, tout comme, entre 2015 et 2017, il a déclaré et renforcé le régime de l'état d'urgence pour répondre aux attaques terroristes d'un genre nouveau. Dans les deux cas, le Gouvernement entend répliquer – selon une formule autoréférentielle éprouvée – « à ce que les circonstances exigent » ². Il désigne un ennemi irrésistible et insaisissable contre lequel la France est en guerre et doit former une union nationale ³. Face au virus comme face au terrorisme, il s'agit de poursuivre une finalité supérieure, non négociable dans un monde fondé sur des valeurs libérales et individualistes (voir notamment Wachsmann, 2020) : la vie, que ce soit la vie biologique ou, par métaphore, celle de la Nation, du pays,

1. Voir pour l'état d'urgence sanitaire le discours du Premier ministre devant l'Assemblée nationale, 21 mars 2020.

2. Voir Premier ministre, discours devant l'Assemblée nationale, 21 mars 2020.

3. Président de la République, discours devant le Congrès, 16 novembre 2015 ; Adresse du Président de la République, 16 mars 2020 ; Premier ministre, discours devant le Sénat, 19 mars 2020.

du tissu social, de l'économie, de la culture, de l'industrie, du commerce ou encore de la démocratie ⁴.

Si de nombreux procédés rhétoriques sont communs pour appuyer le recours à chacun des deux types d'états d'urgence, il existe aussi, inexorablement, pour l'un et l'autre des arguments spécifiques. Une des raisons tient à ce que, concernant l'état d'urgence sanitaire, il a fallu justifier politiquement la création d'un nouveau régime, alors qu'en étant aussi prévu pour répondre aux calamités publiques, l'ancien (l'état d'urgence prévu par la loi du 3 avril 1955), comme les compétences déjà accordées au ministre chargé de la santé en cas d'urgence sanitaire (article L. 3131-1 du CSP) (voir Beaud et Guérin-Bargues, 2020, p. 891 ; Petit, 2020, p. 833 ; CNCDH, 2020b, p. 3), auraient sans doute juridiquement pu suffire. L'invocation de la particularité des circonstances a, dans ce contexte, tout son poids : des raisons sécuritaires, d'un côté, une crise sanitaire, de l'autre. Chaque situation exceptionnelle est alors réputée exiger sa gamme spécifique de pouvoirs de police administrative restrictifs de l'exercice de divers droits et libertés. Pour autant, s'agissant de l'état d'urgence sanitaire comme de l'état d'urgence « sécuritaire » (Beaud et Guérin-Bargues, 2020) déclaré entre 2015 et 2017, l'insistance est grande pour soutenir que ces restrictions restent dans le cadre de l'État de droit : l'état d'urgence sanitaire ne le suspend pas ni ne s'y substitue intégralement. Comme en 2015-2017, il convient alors de s'interroger sur les changements de conception de l'État de droit véhiculés par ces arrangements singuliers qui tendent à se répéter, si ce n'est à se normaliser.

UN RÉGIME DE POLICE ADMINISTRATIVE SPÉCIALE, EXPÉRIMENTAL ET TEMPORAIRE

L'état d'urgence sanitaire institue un régime de police administrative spéciale dérogatoire au droit commun. Ce caractère exceptionnel des compétences qu'il confère au pouvoir exécutif exige, en principe, en contrepartie, que sa mise en œuvre poursuive une finalité précisément désignée et qu'elle reste circonscrite dans le temps.

L'extension des pouvoirs de police sanitaire

Alors que le régime de l'état d'urgence sécuritaire renforce les pouvoirs de police spéciale du trio « Premier ministre, ministre de l'intérieur, préfet », l'état d'urgence sanitaire bénéficie essentiellement au Premier ministre, au ministre de la santé et, sur habilitation, aux préfets. En vertu du nouvel article L. 3131-15 du CSP créé par la loi du 23 mars 2020 et modifié par celle du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, le Premier ministre peut ainsi, sur rapport du ministre chargé de la santé, en substance : réglementer (restreindre, prévoyait la loi du 23 mars 2020) ou interdire la circulation des personnes et des véhicules à des lieux et heures fixés par décret ; « interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé » ; ordonner des mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement ; réglementer (ordonner, prévoyait

4. Premier ministre, discours devant l'Assemblée nationale et devant le Sénat, *précit.*

la loi du 23 mars 2020) la fermeture provisoire 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 tous biens, services, personnes nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire ; prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits, de mise à disposition de médicaments, ou encore de limitation de la liberté d'entreprendre... L'article L. 3131-16 permet, pour sa part, au ministre chargé de la santé d'adopter « par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé visant à mettre fin à la catastrophe sanitaire », sans empiéter toutefois sur les compétences attribuées au Premier ministre. S'agissant de ces dernières, il lui est en revanche permis de « prescrire toute mesure individuelle nécessaire à leur application ».

Le Premier ministre et le ministre chargé de la santé peuvent habiliter le représentant de l'État dans les territoires où l'état d'urgence sanitaire est déclaré à adopter toutes mesures d'application de leurs décisions, ou à décider lui-même après avis du directeur général de l'agence régionale de santé. La loi du 11 mai 2020 a spécifiquement encadré ces compétences s'agissant des décisions individuelles de mise en quarantaine et d'isolement.

On ajoutera à ce panorama que le non-respect des mesures arrêtées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire est soumis à des sanctions pénales spécifiques après verbalisation et que la loi du 11 mai 2020 a permis la création d'un système d'information – un fichier –, « aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 et pour la durée strictement nécessaire à cet objectif ou, au plus, pour une durée de six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire ». Ce type d'encadrement vaut aussi, plus généralement, pour l'ensemble de l'exercice des mesures d'application de l'état d'urgence sanitaire qui doivent être « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu ». Il doit en outre y être « mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires » (articles L. 3131-15 à L. 3131-17).

Ces précautions ne sont pas sans faire écho aux inquiétudes récurrentes de voir les régimes d'exception utilisés à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été créés ou déclarés. Rappelons que l'état d'urgence mis en œuvre en 2015 pour faire face à des attaques terroristes avait justifié l'assignation à résidence de militants écologistes ⁵, l'interdiction individuelle de participer à des rassemblements et à des manifestations (Amnesty International, 2017), la délimitation de zones de protection dans des camps de réfugiés à Calais ⁶ ... Quelques interrogations majeures demeurent toutefois : qui contrôle la proportionnalité des mesures ? Face à la difficulté d'évaluer l'étendue et la gravité du risque, comment, avec quels critères ? Les juges sans doute, le Parlement, peut-être, mais encore faut-il que leur contrôle ne se limite pas au minimum (*infra*).

Quoi qu'il en soit, au regard du nombre des mesures adoptées pour encadrer et contrôler l'espace public (Boulestreau, Mileva *et al.*, 2020), si ce n'est privé – au point que le Conseil constitutionnel a éprouvé le besoin de préciser, par réserve d'interprétation, que les mesures de réglementation relatives aux établissements recevant du public et aux lieux de réunion ne s'étendent pas aux locaux à usage d'habitation ⁷ –, l'état d'urgence sanitaire n'a rien d'anomique (Troper, 2011, p. 99). Comme cela a pu être relevé au sujet de l'état d'urgence sécuritaire, et à rebours de certaines conceptions générales des états

5. CE, 11 décembre 2015, n° 394991 ; CC, décision n° 2015-527 QPC, 22 décembre 2015.

6. TA Lille, Ord., 12 juillet 2017, n° 1610295.

7. Décision n° 020-800 DC, 11 mai 2020.

d'exception (Agamben, 2003, p. 15 et p. 42), ceux qui se développent dans les États contemporains se caractérisent plutôt par un surcroît, voire une surenchère, d'exercice des compétences normatives.

Les temps de l'urgence sanitaire : durée, vitesse et précipitation

L'état d'urgence sanitaire, pas plus que les autres états d'exception, n'a en principe vocation à durer au-delà des raisons qui ont porté à le déclarer, en l'occurrence la lutte contre l'épidémie de Covid-19. Cette limitation temporelle est la contrepartie de l'étendue des moyens conférés au pouvoir exécutif pour répondre à ce que les circonstances sont censées exiger.

Les temporalités de l'état d'urgence sanitaire ont largement été inspirées par le régime de l'état d'urgence sécuritaire. Initialement, l'état d'urgence sanitaire devait d'ailleurs être déclaré par décret en conseil des ministres pour 12 jours maximum. Toutefois, cette durée a paru trop courte au Conseil d'État, qui préoccupé par le temps d'adaptation du fonctionnement des institutions publiques au contexte épidémique, a préconisé qu'une éventuelle prorogation de l'état d'urgence sanitaire par la loi n'intervienne qu'à l'issue d'un mois après avis du Conseil d'État et du comité de scientifiques. À l'instar de l'état d'urgence sécuritaire, il est aussi prévu qu'un décret en conseil des ministres puisse mettre fin à l'état d'urgence « avant l'expiration du délai fixé par la loi le prorogeant ». Il est précisé que les mesures prises pour son application « cessent d'avoir effet en même temps » qu'il prend fin.

Si ces règles temporelles sont balisées, il n'en demeure pas moins qu'elles ont subi et permis plusieurs arrangements. D'un côté, de la même façon qu'entre 2015 et 2017 les règles de l'état d'urgence ont été modifiées dans le même temps qu'elles visaient à répondre à la situation exceptionnelle, le régime de l'état d'urgence sanitaire a été créé dès l'instant que le pouvoir exécutif a pris conscience qu'il fallait désormais agir vite. Comme ce fut le cas des lois relatives à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie en 1985 ou de lutte contre le terrorisme entre 2015 et 2017, les lois du 23 mars 2020 et du 11 mai 2020 ont alors été adoptées en des temps records. Les travaux parlementaires se sont trouvés réduits à un jour et demi en moyenne devant chaque assemblée (voir, pour le détail, Derosier, 2020). Sénateurs et députés ont été pressés par le Gouvernement de voter, notamment pour conférer des bases légales plus solides que la « théorie des circonstances exceptionnelles »⁸ aux mesures prises à partir du 16 mars 2020 et, ensuite, à celles qui devaient s'appliquer à partir du 11 mai 2020 pour encadrer le déconfinement progressif⁹.

D'un autre côté, de façon également analogue à l'épisode de l'état d'urgence sécuritaire entre 2015 et 2017, la célérité de la procédure législative a non seulement bénéficié aux dispositions principales de création et de prorogation de l'état d'urgence sanitaire, mais aussi à diverses dispositions connexes, voire annexes. La loi du 23 mars 2020 est à cet égard un modèle de confusion des genres. Outre qu'elle se présente à la fois comme l'acte et sa condition (Beaud et Guérin-Bargues, 2020, p. 892) en créant et déclarant concomitamment l'état d'urgence sanitaire de façon – qui plus est –, dérogoratoire à la procédure qui venait d'être définie (un décret en conseil des ministres), elle habilite le Gouvernement à adopter des ordonnances destinées à adapter de nombreux pans du droit à la situation épidémique. La loi du 11 mai 2020 n'est pas non plus en reste. À l'instar des lois de prorogation de l'état

8. Voir CE, 28 juin 1918, Heyriès, no 63412.

9. Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020.

d'urgence adoptées entre 2015 et 2017 qui ont également modifié son régime ¹⁰, elle a à la fois pour objet de proroger et de compléter les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire. Bien plus, à l'instar de la loi du 21 juillet 2016 qui, en même temps qu'elle prorogeait et complétait le régime de l'état d'urgence, intégrait aussi de nouvelles dispositions dans le code pénal et dans les codes de procédure pénale et de sécurité intérieure, la loi du 11 mai 2020 modifie dans la foulée, entre autres, l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale et permet la création d'un fichier dont la conservation des données a été, initialement, annoncée ne pouvoir dépasser six mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire.

À ce stade, la question de la propension des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire à s'installer dans le temps se pose inévitablement. Pour rappel, l'état d'urgence créé par la loi du 3 avril 1955 s'est prolongé jusqu'en 1962 ; celui déclaré pour répondre aux attentats de la nuit du 13 novembre 2015 a été prorogé 6 fois jusqu'en novembre 2017. De son côté, l'état d'urgence sanitaire destiné à lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 a été déclaré pendant 2 mois et sa prorogation, demandée dans le projet de loi pour deux mois supplémentaires, a été ramenée au 10 juillet 2020 à l'issue d'un amendement parlementaire. Afin d'éviter le piège politique d'une prolongation à répétition dont il devient, au fur et à mesure du temps écoulé difficile de se détacher, le choix a ensuite été fait d'innover. Une loi hybride et transitoire a d'abord aménagé la sortie de l'état d'urgence sanitaire (loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020) en prolongeant jusqu'au 30 octobre 2020 certaines des compétences exceptionnelles conférées par celui-ci au Premier ministre, en particulier l'interdiction de circulation des personnes et des véhicules, l'usage des moyens de transport, l'ouverture des établissements recevant du public, les rassemblements et réunions sur la voie publique. La loi permet aussi la prolongation de la conservation des données du système d'information qui, on l'a signalé, avait pourtant été créé par la loi du 11 mai 2020 aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 « *au plus [souligné par nous]*, pour une durée de six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire ». Au moment de l'adoption de ce régime transitoire, on pouvait déjà légitimement se demander ce qu'il en serait ensuite. La réponse n'a finalement pas tardé. Le 14 octobre l'état d'urgence sanitaire était denouveau déclaré (décret n° 2020-1257). La loi n°2020-1379 du 14 novembre 2020 en a autorisé la prorogation jusqu'au 16 février 2021 inclus. Nul doute que le gouvernement et le parlement vont à ce rythme se trouver confrontés aux limites qu'ils s'étaient fixés dans la loi du 23 mars 2020. Pour contenir la crainte d'un étalement dans la durée, la loi qui a institué l'état d'urgence sanitaire a en effet introduit une innovation notable s'agissant des états d'exception en droit français. Son article 7 a prévu que l'état d'urgence sanitaire ne pourrait être activé que jusqu'au 1^{er} avril 2021. Autrement dit, s'il a vocation à pouvoir être appliqué à d'autres situations que la lutte contre le Covid-19, l'état d'urgence sanitaire est expérimental (Petit, 2020, p. 835). Mais au regard des expériences passées des dernières évolutions tant sanitaires que normatives, les interrogations demeurent légitimes : qu'en sera-t-il à cette date-butoir ? Fin de l'expérimentation, institutionnalisation de l'état d'urgence sanitaire ou intégration des mesures qu'il a pu justifier dans le droit commun ?

10. Lois des 20 novembre 2015, 21 juillet 2016, 19 décembre 2016 et 21 juillet 2017.

UN RÉGIME D'EXCEPTION INTÉGRÉ DANS LE CADRE DE L'ÉTAT DE DROIT

L'état d'urgence sanitaire, pas plus que l'état d'urgence sécuritaire, ne se substitue à l'État de droit contemporain ni ne suspend entièrement ses règles. Il s'y intègre. En 2015-2017, comme en 2020, les membres de l'exécutif n'ont cessé d'insister sur ce point. Tandis que pour Manuel Valls, Premier ministre en 2015, « l'état d'urgence n'est pas contraire à l'État de droit, à nos libertés fondamentales », mais il en est une « modalité d'application »¹¹, pour son ministre de l'intérieur, Bernard Cazeneuve, « il en est même, quand la situation l'exige, le bouclier »¹². Face à épidémie, la rhétorique est semblable : « Il ne s'agit pas de choisir entre protection de santé publique et démocratie, mais de protéger la santé de nos concitoyens face à l'urgence, tout en respectant pleinement le rôle du parlement et les garanties fondamentales », pouvait affirmer le Premier ministre devant le Sénat¹³. La préservation du Parlement est alors réputée assurer « la continuité de notre vie démocratique »¹⁴. De son côté, l'aménagement de l'organisation de la justice doit assurer la continuité de l'État de droit : « l'État de droit n'est pas en quarantaine », a tenté de rassurer la garde des Sceaux (Belloubet, 2020). Sur le plan formel, l'état d'urgence sanitaire ne suspend en effet ni la constitution ni l'application de la Convention européenne des droits de l'homme (Sudre, 2020; Touzé, 2020), et il s'articule de façon sophistiquée avec les pouvoirs de police générale qui demeurent (CE, 17 avril 2020, n° 440057; Faure, 2020, p. 1013)¹⁵.

Il est cependant difficile d'en rester au constat d'une absence d'altération des attributs habituellement associés à l'État de droit. Le niveau de restriction des droits et libertés infligé par l'application de l'état d'urgence sanitaire est, dans ce cadre, sans pareil et les mécanismes de contrôle des mesures adoptées se trouvent *de jure* ou *de facto* fragilisés. Prendre au sérieux l'affirmation de la continuité des cadres démocratiques et de l'État de droit en période de mise en œuvre des régimes d'exception exige alors aussi, en contrepoint, de prendre au sérieux que ceux-ci ont « pour objet même » d'y déroger¹⁶. Comme l'état d'urgence sécuritaire (Champeil-Desplats, 2018, p. 35 et s.), quoiqu'avec des spécificités d'expression, l'état d'urgence sanitaire emporte un fléchissement de la conception substantielle de l'État de droit héritée de l'après-Seconde Guerre mondiale (l'État de droit est l'État soumis aux droits et libertés fondamentales). Il s'accompagne aussi d'un abaissement des niveaux de contrôle de l'exercice du pouvoir.

La restriction des exigences libérales de l'État de droit : état disciplinaire, état discriminant

La mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire s'est caractérisée par une restriction sans précédent de l'exercice des droits et libertés. La liste des restrictions opérées est trop longue pour être exhaustive, surtout si l'on y inclut les mesures locales adoptées par

11. Discours devant le Sénat, 16 mars 2016.

12. Discours devant la commission des lois à l'Assemblée nationale, 20 novembre 2015.

13. Discours devant le Sénat, 19 mars 2020.

14. Discours devant l'Assemblée nationale, 21 mars 2020.

15. Voir aussi, dans ce dossier, la contribution de Virginie Donier.

16. CNCDH, avis du 28 avril 2020, *précit.*, p. 4.

capillarité ici et là : isolement, quarantaine, confinement, sortie sur déclaration et attestation, encadrement des formes, des temps et des lieux de loisirs, fermeture des lieux de culte, restriction du commerce, obligation du port de masques, interdiction de cracher, de vendre de l'alcool et d'user des bancs publics, couvre-feu, recours à des drones, fichier des personnes infectées et à risque, traçage numérique... Hors contexte, l'étendue des mesures de contrôle adoptées n'a rien à envier aux dystopies les plus noires et l'appareillage conceptuel foucauldien n'a jamais paru aussi pertinent pour rendre compte de ce qui se donne à voir. Tout y est : un biopouvoir élabore des dispositifs de maillage sanitaire et sécuritaire du territoire, discipline les comportements sociaux, familiaux, individuels, voire intimes, contrôle et surveille l'espace public ou, encore, punit spécifiquement les contrevenants (Foucault, 1975 ; Foucault, 1976).

Une nouvelle hiérarchisation s'établit alors entre les droits et libertés constitutifs de l'État de droit et les visées qu'on lui oppose. La préservation du bien commun supérieur qu'est la vie conduit à prioriser les sous-valeurs qui lui sont immédiatement associées, respectivement la sécurité en 2015-2017, la santé en 2020. « La sécurité, c'est la première des libertés » reprenait à son compte Manuel Valls en 2015 ¹⁷ ; « la santé, c'est la première des libertés » pourrait-on s'attendre à entendre en 2020, ce qui alimenterait, du point de vue d'une théorie générale des droits et libertés, des réflexions sur l'inversion des rapports classiquement établis entre les libertés individuelles et les droits sociaux.

Disciplinaire, l'État de droit intégrant des états d'exception contemporains tend également à devenir inégalitaire et discriminant. Certains n'avaient ainsi pas hésité à dénoncer l'« état de police discriminatoire » (Weil, 2017 ; Défenseur des droits, 2016) résultant de l'état d'urgence sécuritaire qui, indolore et presque imperceptible pour une grande partie de la population, avait été plus intrusif et contraignant pour une autre partie ciblée selon des profils types. L'état d'urgence sanitaire, en tant qu'il est, pour sa part, universel et s'applique à tous, produit lui aussi ses propres effets inégalitaires (Renard, 2020a) ...

Ceux-ci peuvent tout d'abord résulter de l'absence de prise en considération de la particularité de certaines situations, notamment celle de personnes vulnérables : sans domicile fixe et mal logés, détenus et retenus (voir notamment Gaskell, 2020, p. 189 ; Hazan, 2020, p. 200 ; Lettre du Défenseur des droits à la garde des Sceaux, 19 mars 2020), demandeurs d'asile (Fernandez, Fleury Graff, Marie, 2020 ; Slama, 2020, p. 235), victimes de violence conjugale (Hennette-Vauchez, 2020), travailleurs précaires (CNCDDH, 2020a) ... Or, le fait est pluri-séculairement connu, l'application indistincte de la même règle à tous est susceptible de produire et d'accentuer des inégalités de fait et, partant, des cas d'injustice. Chacun se sera en particulier ému de la verbalisation de sans-domicile fixe. Si certaines situations ont fini par susciter la réaction des pouvoirs publics (annulation de la suspension de l'enregistrement des demandes d'asile en Île-de-France ¹⁸ ou, sur un autre plan, aménagement des conditions d'exécution des décisions de placement en quarantaine ou d'isolement des personnes victimes des violences domestiques ¹⁹), de nombreux recours ont été rejetés (Cassia, 2020 ; Peyroux-Sissoko, 2020).

Inversement, et de façon semblable à l'état d'urgence sécuritaire, les effets inégalitaires de l'état d'urgence sanitaire proviennent aussi de la mise en œuvre contrastée des pouvoirs de police. D'un côté, les pratiques policières diffèrent sensiblement selon les agents, mais aussi les personnes ou les zones territoriales contrôlées, non sans motifs ou

17. Discours devant l'Assemblée nationale, séance du 19 novembre 2015.

18. CE, 30 avril 2020, n^{os} 440250, 440253.

19. Article 3 de la loi du 11 mai 2020.

effets discriminatoires (Maus et de Castelnaud, 2020 ; Amnesty International, 2020). De l'autre, les maires et les préfets ont fait preuve d'un exercice à géométrie très variable de leurs compétences de police spéciale ou générale, certains n'hésitant pas à surenchérir sur les mesures adoptées par le Gouvernement (Faure, 2020 ; Boulestreau, Mileva et al., 2020). Ici, le maire de Sceaux a cru bon – à tort à cette époque – d'imposer le port du masque sur l'ensemble du territoire municipal, ce qui a donné l'occasion au Conseil d'État d'adopter une position de principe sur l'articulation des pouvoirs de police nationale spéciale et de police générale locale²⁰. Là, le maire de Saint-Mandrier (Var) a entendu limiter les déplacements à 200 mètres du domicile, obliger à effectuer les achats de première nécessité dans les commerces les plus proches du lieu d'habitation, interdire l'accès aux cimetières, à certains massifs, à des aires de jeux et aux terrains de pétanque. La liste substantielle de ces interdictions a conduit le tribunal administratif de Toulon à faire le tri entre les mesures légales, car simplement réitératives d'arrêtés préfectoraux, et celles excessivement attentatoires à la liberté fondamentale d'aller et venir pour lesquelles le maire ne pouvait se prévaloir d'aucune « circonstance locale de nature à justifier une interdiction totale absolue »²¹. Ailleurs encore, le maire de Béziers a fait procéder à l'enlèvement des bancs publics tandis que celui de Biarritz a un temps interdit de s'y asseoir plus de deux minutes (Zègre, 2020) ; le maire du Raincy a adopté un arrêté anti-crachat²² ; les préfets du Morbihan et de l'Aisne ont interdit la vente d'alcool²³ ...

L'affaiblissement des dispositifs de garantie de l'État de droit

Dans le contexte épidémique, la création et la déclaration rapides de l'état d'urgence sanitaire ont été accompagnées du ralentissement concomitant du fonctionnement des mécanismes ordinairement associés à la garantie des droits et libertés, de la démocratie et de l'État de droit (CNCDH, 2020b, p. 3 ; voir aussi Jacquin et Daoud, 2020, p. 195 et s.).

Il en va tout d'abord ainsi du Parlement. Alors que les membres de l'exécutif ont insisté sur le gage de continuité démocratique que leur fonctionnement permet, l'Assemblée nationale et le Sénat, on l'a relevé, ont été contraints de travailler dans la précipitation. Cette situation n'est pas propice au contrebalancement de la volonté gouvernementale, surtout lorsque l'on connaît l'important déséquilibre des pouvoirs qui existe déjà en temps normal dans la procédure législative. Les parlementaires ont également dû batailler ferme pour avoir les moyens d'exercer un droit de regard sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire. Ils n'ont obtenu que partiellement satisfaction. La loi 23 mars 2020 leur accorde un droit d'information « sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire » ainsi que la possibilité de « requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ». La loi du 11 mai 2020 reprend la même formule s'agissant des mesures d'application afférant au fichier des personnes infectées ou risquant de l'être. Les informations fournies restent

20. CE, 17 avr. 2020, n° 440057 ; voir dans le présent dossier la contribution de Virginie Donier.

21. TA de Toulon, 23 avril 2020, n° 2001178.

22. Voir le site de la mairie du Raincy : <https://www.leraincy.fr/content/actualite/larrete-anti-crachats-en-parle-dans-les-medias>.

23. 56-2020-04-16-001 – Arrêté préfectoral interdisant la vente à emporter des boissons des groupes IV et V (2 pages) ; « Violences : le préfet du Morbihan interdit la vente d'alcool à emporter » (17 avril 2020), *Le Figaro* avec AFP.

toutefois largement dépendantes de ce que le pouvoir exécutif concède à vouloir faire savoir (Altwegg-Boussac, 2020).

Pour celles et ceux qui souhaiteraient alors déplacer le contrôle sur le terrain pénal, les attentes risquent d'être déçues. L'article 1^{er} de la loi du 11 mai 2020 a introduit un article L. 3136-2 dans le code de la santé publique qui invite les juges, en cas d'engagement de la responsabilité pénale des élus locaux ou membres de l'exécutif, à tenir compte « des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur ». D'ailleurs, l'affaiblissement des dispositifs de contrôle touche aussi le fonctionnement des juridictions. Du côté de l'autorité judiciaire, si les procureurs de la République territorialement compétents sont informés sans délai des mesures individuelles adoptées par le représentant de l'État et si le juge pénal peut être saisi des recours contre les sanctions prononcées sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire, les juridictions ont fait l'objet d'une réorganisation substantielle qui ne favorise pas un accès à la justice en forme et en temps utiles (*AJ Pénal*, 2020, p. 171 et s.).

Du côté des juridictions administratives, les aménagements sont semblables. Il reste que la loi du 23 mars 2020 confère au juge des référés un rôle central dans le contentieux de l'état d'urgence sanitaire. Elle prévoit en effet que ses mesures d'application sont toutes susceptibles de « faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative ». Comme au moment de l'état d'urgence sécuritaire, l'appréciation de la garantie de l'État de droit se déplace alors sur le terrain de l'évaluation de l'effectivité et de l'intensité du contrôle exercé. Alors que de nombreux recours introduits par des justiciables ordinaires ou par des acteurs de la société civile ont été rejetés (Cassia, 2020 ; Peyroux-Sissoko, 2020), les conseillers d'État se montrent globalement satisfaits de l'exercice de leur fonction (Combrexelle, 2020). Le bilan dressé est plus critique du côté de la doctrine et, on le conçoit, des requérants déboutés (Gelblat et Marguet, 2020 ; Jacquin et Daoud, 2020, p. 196 ; Lecadre et Delouche, 2020).

Pour finir, la question du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel a aussi été posée. Parmi les premières mesures législatives d'urgence destinées à faire face à l'épidémie de Covid-19, il a en effet paru nécessaire au Gouvernement de prévoir la suspension du délai maximum de trois mois qu'ont, d'une part, le Conseil d'État et la Cour de cassation pour transmettre les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) qui leur sont adressées au Conseil constitutionnel et, d'autre part, ce dernier pour les juger. Saisi automatiquement de la loi organique procédant à cet aménagement, le Conseil a, en raison des « circonstances particulières de l'espèce », décliné tout contrôle de la régularité de la procédure d'adoption de la loi organique alors même qu'elle n'avait pas respecté les délais fixés dans la Constitution. Il a cependant rappelé que la suspension des délais ne remet pas en cause la possibilité d'introduire des recours, « ni n'interdit qu'il soit statué » sur une QPC durant la période déterminée, à savoir jusqu'au 30 juin 2020²⁴. On peut néanmoins s'interroger sur les effets des QPC formées contre la loi instituant l'état d'urgence ou celle la modifiant. À quoi peut servir une QPC jugée une fois l'état d'urgence arrivé à son terme ou quelques jours avant celui-ci ? On se retrouve dans un cas de figure semblable à la période 2015-2017 : tardives ou modulées dans le temps, les décisions d'inconstitutionnalité relatives à

24. Décision n° 2020-799 DC, 26 mars 2020.

la loi sur l'état d'urgence et ses modifications prononcées par le Conseil constitutionnel avaient toutes été privées d'effet utile pour les requérants.

Dans ce contexte, la saisine *a priori* de la loi de mai 2020 prorogeant et complétant l'état d'urgence sanitaire mérite attention. Lui aussi pressé par le Gouvernement de décider pour ne pas priver de base légale le décret d'application qui avait déjà préparé²⁵, le Conseil constitutionnel a pris un dimanche et un lundi de réflexion. On retiendra ici de sa décision que, de façon semblable à ce qu'il a considéré au sujet de la loi sur l'état d'urgence du 3 avril 1955²⁶, le Conseil a pris le soin d'affirmer que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »²⁷. Par ailleurs, même si les attentes des requérants et des tiers intervenants n'ont pas toutes été comblées, le Conseil a émis quelques censures et réserves d'interprétation sur les dispositions les plus contestées, notamment celles relatives à la mise en quarantaine et à l'isolement sans intervention de l'autorité judiciaire dans les 12 heures et celles déterminant les conditions d'accès au fichier des personnes infectées ou à risque.

Pour autant, alors que l'on pourrait s'attendre à ce que la mise en œuvre des régimes d'exception qui se caractérisent tous par un renforcement des compétences du pouvoir exécutif et de son administration conduise à l'intensification du contrôle des juges et du Parlement, c'est l'inverse qui se donne à voir. Aucun des contrôles exercés n'a jusqu'à présent permis d'observer des remises en cause structurelles, en temps utiles, des décisions adoptées ou soutenues par le pouvoir exécutif.

Affirmer que l'état d'urgence créé pour lutter contre l'épidémie montre « clairement » « que l'état d'exception est devenu la condition normale » (Agamben, 2020) est sans doute (encore) excessif. À tout le moins peut-on s'accorder sur le fait que le recours à des mesures d'exception pour affronter des crises tend à se répéter. Cette répétition n'est pas indolore sur la structuration de l'ordre juridique. D'un côté, elle est facteur d'entrecroisement et de complexification des rapports entre les mesures de police spéciale et générale, entre les mesures de police nationale et locale²⁸. Les libertés s'en trouvent rarement grandies, confrontées à des phénomènes de surenchère locale de contrôle de l'espace public et des comportements individuels. D'un autre côté, le recours à un nouvel état d'urgence fait redouter un effet d'accoutumance aux mesures d'exception, que ce soit de la part des administrés ou de celle des gouvernants (Wachsmann, 2020). La question tant politique que juridique de l'intégration dans le droit commun des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire se pose alors (Burguburu, 2020 ; Jacquin et Daoud, 2020, p. 193 et s. ; Renard, 2020b). En matière pénale (Léna, 2020, p. 165. Voir aussi Jacquin et Daoud, 2020), en droit du travail (CNCDDH, 2020a) ou dans le domaine éducatif (Sée et Février, 2020, p. 822), des doutes ont été exprimés sur la possibilité de « revenir complètement sur certaines pratiques » (Léna, 2020). S'agissant du régime d'exception lui-même, on l'a vu,

25. Décret n° 2020-545, 11 mai 2020.

26. Décision no 85-187 DC, 25 janvier 1985.

27. Décision n° 2020-800 DC, 11 mai 2020 ; voir aussi la décision n°2020-808 DC, 13 novembre 2020.

28. Pour des développements complémentaires, voir les autres contributions de ce dossier.

la loi du 9 juillet 2020 a aménagé un régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 20 octobre 2020, loi que beaucoup ont analysée comme une « SILT-bis »²⁹. Mais l'histoire ne s'arrête pas là. L'état d'urgence sanitaire a une nouvelle fois été déclaré le 14 octobre 2020 et prorogé jusqu'au 16 février 2021.

Qu'en sera-t-il après ? Encore une prorogation ? Retour à un régime transitoire ? Fin ou institutionnalisation de l'expérimentation ? Intégrations définitives ou avec une clause de revoyure dans le droit commun ? Appui sur les compétences de droit commun (déjà exceptionnelles) que détient le ministre chargé de la santé face à des situations d'urgence sanitaire sur le fondement de l'article L. 3331-1 ? Mesures identiques pour toutes et tous ou adaptation aux situations locales ? Qui vivra verra. Mais qu'il en soit, les réponses apportées seront essentielles pour nourrir empiriquement la réflexion sur les processus de normalisation du recours aux régimes et mesures d'exception dans le cadre des États de droit contemporains.

Références bibliographiques

- Agamben, Giorgio (2003), *État d'exception. Homo sacer*, Paris, Le Seuil.
- Agamben, Giorgio (2020), « L'épidémie montre clairement que l'état d'exception est devenu la condition normale », *Le Monde*.
- AJ Pénal (2020), dossier spécial Covid-19, p. 171 et s.
- Altwegg-Boussac, Manon (2020), « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire », *Revue des droits de l'homme* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*.
- Amnesty International (2017), *France : le droit de manifester menacé*, Rapport en ligne.
- Amnesty International (2020), *Usage illégal de la force et pratiques discriminatoires : analyse de certaines pratiques des forces de l'ordre pendant le confinement*, 5 mai 2020.
- Basilien-Gainche, Marie-Laure (2013), *État de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, Paris, PUF.
- Beaud, Olivier, et Guérin-Bargues, Cécile (2020), « L'état d'urgence sanitaire : était-il judiciaire de créer un nouveau régime d'exception ? », *D*.
- Belloubet, Nicole (2020), « L'État de droit n'est pas mis en quarantaine », *Le Monde*.
- Boulestreau, Mileva et al. (2020), « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*.
- Burguburu, Jean-Marie (2020), entretien, « Le risque de l'état d'urgence est de voir des mesures entrer dans le droit commun », *Libération*.
- Cassia, Paul, « Le Conseil d'État et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques ! », 11 avril 2020, Blog Médiapart [en ligne].
- Champeil-Desplats, Véronique, (2018), « Aspects théoriques : ce que l'état d'urgence fait à l'État de droit », in Hennette-Vauchez, Stéphanie, dir. (2018), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Paris, Institut universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais.
- CNCDH (2020a), Observatoire de l'état d'urgence sanitaire et du confinement, Lettre n° 6.

29. Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme qui a intégré *mutatis mutandis* certaines dispositions de la loi du 3 avril 1955 modifiée dans le code de la sécurité intérieure.

- CNCDH (2020b), avis du 28 avril 2020, *État d'urgence sanitaire et État de droit*.
- Combrexelle, Jean-Denis (2020), «Les juges administratifs du Conseil d'État se situent loin des polémiques», *Le Monde*.
- Défenseur des droits (2016), *Rapport annuel d'activité*.
- Défenseur des droits (2020), *Lettre à la garde des Sceaux*, 19 mars.
- Derosier, Jean-Philippe (2020), « Du calme ! », Blog *La Constitution décodée*.
- Donier, Virginie (2020), « Qui fait la police (administrative) sous l'état d'urgence sanitaire ? », *Revue française d'administration publique*, n° 176, 2020/4.
- Faure, Bertrand (2020), « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », *AJDA*, p. 1013.
- Fernandez, Julian, Fleury Graff, Thibaut, Marie, Alexis (2020), « La crise sanitaire, prétexte à une fragilisation du droit d'asile », *Blog du coronavirus* : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>
- Foucault, Michel (1975), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard.
- Foucault, Michel (1976) *Histoire de la sexualité*. t. 3. *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard.
- Gaskell, Pierre (2020), « Confinement des plus vulnérables : quelles actions juridiques ? », *AJ Pénal*.
- Gelblat, Antonin, et Marguet, Laurie (2020), « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés
- Hazan, Adeline (2020), « Les droits fondamentaux des personnes détenues à l'épreuve de la crise sanitaire », *AJ Pénal*.
- Hennette-Vauchez, Stéphanie (2020), « L'urgence (pas) pour tou(te) s », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], Actualités Droits-Libertés.
- Jacquin, Adélaïde, et Daoud, Emmanuel (2020), « L'État d'urgence sanitaire ou l'État de droit mutilé », *AJ Pénal*.
- Lecadre, Renaud, Delouche, Charles (2020), « Face à l'exécutif, un Conseil d'État bien sage », *Libération.fr*.
- Léna, Marie (2020), « Espérer, c'est déjà moins souffrir », *AJ Pénal*.
- Manin, Bernard (2015), « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme », *La Vie des idées*.
- Maus, Didier, et de Castelnaud, Régis (2020), « Sanctionner les abus de pouvoir du confinement : mode d'emploi », *Atlantico.fr*
- Petit, Jacques (2020), « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*.
- Peyroux-Sissoko, Marie-Odile (2020), « Quel rôle pour le Conseil d'État dans le confinement des libertés ? », *blogdroitadministratif.net*.
- Renard, Stéphanie (2020a), « Cette crise menace l'égalité et interroge sur la solidarité », *Médiapart*.
- Renard, Stéphanie (2020b) « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *RDLF*, chr. n° 13.
- Saint-Bonnet, François (2001), *L'État d'exception*, Paris, PUF.
- Saint-Bonnet, François (2007), « L'état d'exception et la qualification juridique », *CRDF*, n° 6.
- Schmitt, Carl (2015), *La Dictature*, Paris, Le Seuil.
- Sée, Arnaud, et Février, Jean-Marc (2020), « L'enseignement supérieur face au Covid-19 », *AJDA*.
- Slama, Serge (2020), « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *AJ Pénal*.

- Sudre, Frédéric (2020), « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Blog du coronavirus* : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>
- Touzé, Sébastien (2020), « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... », *Blog du coronavirus* : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>
- Troper, M. (2011), « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel », in *Le Droit et la nécessité*, Paris, PUF.
- Wachsmann, Patrick (2020), « Les libertés et les mesures prises pour lutter contre la propagation du Covid-19 : une accoutumance aux régimes d'exception », *Blog du coronavirus* : <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/>
- Weil, Patrick (2017), « Le projet de loi antiterroriste rappelle le code de l'indigénat », *Le Monde*http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/09/27/patrick-weil-le-projet-de-loi-antiterroriste-rappelle-le-code-de-l-indigenat_5191957_3232.html.
- Zègre, Laurent (2020), « Confinement : à Biarritz, s'asseoir sur un banc cinq minutes (avec ou sans toi), c'est non », *Sud-Ouest*, 7 avril : <https://www.sudouest.fr/2020/04/07/a-biarritz-s-asseoir-sur-un-banc-cinq-minutes-avec-ou-sans-toi-c-est-non-7393762-4037.php>