

L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ?

Olivier Beaud et Cécile Guérin Bargues

Entré en vigueur le 24 mars 2020, l'état d'urgence sanitaire est venu ajouter un nouvel état d'exception à un ordre juridique français qui en était déjà généreusement pourvu. Cet état d'urgence est prévu par le premier titre de la loi du 23 mars 2020 dite « loi d'urgence pour faire face à l'épidémie du covid19 » qui a été adoptée dimanche 22 mars au sein d'un hémicycle, par la force des choses, largement déserté¹. En réalité la loi, comme son nom l'indique, ne se contente pas de régir les seules mesures relevant du droit sanitaire, mais s'avère beaucoup plus vaste. Elle prévoit des mesures d'urgence d'ordre économique en un titre II très dense, puis des mesures politiques : disposition électorales variées en titre III et contrôle parlementaire dans un bref titre IV. Le point commun à toutes ces dispositions disparates est double : il s'agit d'un côté de prendre en compte l'urgence de la situation - urgence sanitaire résultant de l'existence d'une pandémie - et de l'autre, d'énoncer les diverses mesures destinées à lutter efficacement contre la propagation du Covid-19 qui bouleverse la vie quotidienne et paralyse le pays. Cette loi vient compléter un ensemble de mesures déjà prises. Le gouvernement a en effet commencé par prendre, dès le 16 mars, un décret sur le confinement² tandis que le ministre de la santé signait un arrêté pour fermer la majeure partie des commerces et interdire les rassemblements. La loi du 23 mars permet quant à elle de prendre de nouvelles mesures et parfois de régulariser celles qui avaient été prises.

Il ne s'agira pas ici de commenter l'ensemble de la loi et des problèmes qu'elle soulève. Diverses études ont déjà permis d'éclairer certains points délicats³, tandis que le tout récent rapport de la « mission de suivi » du Sénat offre un premier bilan de l'application de l'état d'urgence sanitaire⁴. Nous nous efforcerons plus modestement d'interpréter cette innovation qu'est la création d'un nouveau régime d'exception. La situation française se distingue en effet par la multiplicité et la diversité des états d'exception. Deux d'entre eux figurent dans la constitution : d'un côté, l'article 16, sorte de « super état d'exception »⁵ et de l'autre, l'état de

¹ Sur la question du bon fonctionnement d'une assemblée travaillant en « comité restreint », voir <http://blog.juspoliticum.com/2020/04/02/le-parlement-face-a-la-crise-du-covid-19-1-2-par-elina-lemaire/>

² Décret n°2020-260 du 16 mars 2020.

³ Voir notamment les divers billets publiés depuis le début du confinement sur le *Blog de Jus Politicum*.

⁴ « Dix premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats », Rapport de la mission de suivi du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie du covid19. » [http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/commission/lois/MI_Covid19/Mission_suivi_urgence_Covid-19_Premiers_constats.pdf]

⁵ Qui a d'ailleurs été évoqué, à tort selon nous, au début de la crise du covid-19. Cf. <http://blog.juspoliticum.com/2020/03/23/la-surprenante-invocation-de-l'article-16-dans-le-debat-sur-le-report-du-second-tour-des-elections-municipales-par-olivier-beaud/>

siège prévu à l'article 36 mais qui n'a jamais été appliqué. Deux autres sont désormais prévus par la loi ordinaire : l'état d'urgence et l'état d'urgence sanitaire.

Il n'est pas difficile de démontrer que ces deux régimes législatifs sont différents même si le plus récent, l'état d'urgence sanitaire, est « inspiré » de l'état d'urgence pour reprendre la formule utilisée incidemment par le Conseil d'Etat⁶. Leur différence provient évidemment d'une différence de source : deux lois régissent la matière, d'ailleurs codifiées dans des emplacements distincts. L'état d'urgence sanitaire figure dans *le Code de santé publique* et notamment le titre III du livre Ier de ce code, alors que l'état d'urgence de 1955 se trouve dans *le Code de la sécurité intérieure*⁷. Plus encore, l'objet de ces deux lois diffère. Tandis que l'état d'urgence de la loi de 1955 est essentiellement ce que l'on pourrait appeler un état d'urgence « sécuritaire », les dispositions de l'état d'urgence sanitaire touchent, comme son nom l'indique, principalement à la santé, même si elles portent elles aussi atteinte à des droits et libertés fondamentaux. L'analogie entre les deux régimes n'en demeure pas moins frappante (I), même si l'état d'urgence sanitaire semble assortir de davantage de garanties les mesures susceptibles d'être prises sous son égide (II). Sa création vient donc ajouter un nouvel état d'exception à l'ordre juridique français, alors même que celui-ci comprenait déjà l'état d'urgence de 1955, qui fut utilisé à plusieurs reprises sous la Ve République⁸. On peut dès lors se demander pourquoi le gouvernement ne s'est pas contenté de réactiver ce dernier, quitte à en compléter le régime pour prendre en considération la dimension « sanitaire » (III).

I. Le pendant sanitaire de l'état d'urgence sécuritaire

La première parenté entre ces deux régimes juridiques profondément dérogoires au droit commun réside dans leur nature profonde d'état d'exception. Ce sont des régimes qui, l'un comme l'autre, permettent de déroger à des droits et des libertés constitutionnelles. Concernant l'état d'urgence sanitaire, le nombre de droits et libertés annihilé ou paralysé, est tout bonnement impressionnant. L'essentiel des dispositions en la matière figure dans l'article 2 de la loi du 23 mars, qui vient modifier divers alinéas de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, afin de permettre au Premier ministre, par décret réglementaire, de prendre une multitude de mesures destinées à protéger la santé publique. On songe évidemment à la privation de la liberté d'aller et venir - ou liberté de circulation - imposée tant aux véhicules qu'aux citoyens obligés de rester confinés chez eux. Ce n'est que par exceptions dûment prévues et encadrées que ces derniers peuvent sortir pour effectuer les seuls déplacements « strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé ».⁹ L'analogie est frappante avec l'état d'urgence sécuritaire dont la principale mesure restrictive était l'assignation à résidence pour des individus susceptibles

⁶ CE, *Avis sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, séance du 18 mars 2020, p. 4.

⁷ Voir notamment les articles 15 et s. de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste qui viennent modifier le code de la sécurité intérieure.

⁸ Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre ouvrage O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'Etat d'urgence, Une histoire constitutionnelle, historique et critique*, 2nde édition, LGDJ, 2018.

⁹ Article 2 de la loi du 23 mars 2020 précitée, modifiant l'article L. 3131-15 (2°) du code de la santé publique.

de commettre des attentats. La privation peut aller plus loin encore dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire avec la mise en quarantaine des personnes « susceptible d'être affectées »¹⁰ ou « le maintien en isolement (...) des personnes affectées »¹¹ par le virus. On peut ajouter à cette liste l'absence de liberté de réunion - puisque les rassemblements sont interdits¹² - et les limites apportées à la liberté d'expression. Celle-ci est en effet nécessairement affaiblie par l'interdiction d'ouvrir les établissements recevant du public¹³, catégorie qui comprend cinémas, théâtres et autres lieux de spectacles. Quant aux droits et libertés d'ordre économique, le tableau est presque aussi impressionnant en raison de l'atteinte portée à la liberté du commerce et d'industrie, à la liberté d'entreprendre ou au droit de propriété par la fermeture administrative de la plupart des lieux recevant du public¹⁴, la mise en place de mesures de réquisition¹⁵ ou de mesures temporaires de contrôle des prix¹⁶.

L'autre cousinage marquant est que cette dérogation à l'état normal s'effectue sans aucune habilitation constitutionnelle. On retrouve ici la figure étonnante d'un régime d'état d'exception qui déroge à des libertés constitutionnelles en vertu d'une simple loi. Au regard de l'ampleur des dérogations, la loi du 23 mars 2020 peut-elle être considérée comme étant conforme à la Constitution alors même que l'état d'urgence, qu'il soit sanitaire ou sécuritaire, n'est pas prévu par le texte constitutionnel ? On sait comment en 1985¹⁷, puis en 2015¹⁸, le Conseil constitutionnel a légitimé une telle entorse à la légalité via un *obiter dictum* récurrent, qui a consisté, par une interprétation audacieuse de l'article 34, à interpréter le silence de la Constitution comme formant une habilitation implicite du législateur¹⁹. L'article 34 fut ainsi considéré comme conférant au Parlement non seulement la compétence de « définir de nouvelles libertés », mais aussi de « restreindre l'exercice des libertés » au nom de la sauvegarde de l'ordre public. Ce raisonnement avait d'ailleurs contraint le Conseil constitutionnel à constitutionnaliser le principe de sauvegarde de l'ordre public, afin de disposer de l'indispensable symétrique à la garantie des libertés publiques.²⁰ Le Conseil constitutionnel sera-t-il amené à en faire autant au regard de la santé publique, si d'aventure il devait être interrogé, par voie de QPC sur la conformité de telle ou telle disposition de la loi du 23 mars, aux droits et libertés que la constitution garantit ? Par ailleurs, le Conseil constitutionnel, en mars 2020, ne fut pas plus saisi *a priori* de la loi d'urgence Covid 19 qu'il ne fut saisi jadis de la loi du 20 novembre 2015 sur l'état d'urgence ou de ses six prorogations. Il en résulte qu'une loi de moindre envergure comme la loi organique d'urgence relative à la suspension des délais

¹⁰ *Idem*, L. 3131-15 (3°)

¹¹ *Idem*, L. 3131-15 (4°)

¹² *Idem*, L. 3131-15 (6°)

¹³ *Idem*, L. 3131-15 (5°)

¹⁴ Les catégories d'établissements concernés figurent à l'article 1^{er} de l'arrêté du 14 mars 2020, complété par l'arrêté du 15 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19.

¹⁵ Article 2 de la loi du 23 mars 2020 précitée, modifiant l'article L. 3131-15 (7°) du code de la santé publique.

¹⁶ *Idem*, L. 3131-15 (8°)

¹⁷ Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à la Nouvelle-Calédonie et ses dépendances*. Pour une analyse de cette décision, cf. O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 98 et s.

¹⁸ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, M. Cédric. D.

¹⁹ O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 100.

²⁰ P. Wachsmann, note sous CC, 25 janv. 1985, *AJDA*, 1985, p. 364.

en matière de QPC a été contrôlée par le Conseil constitutionnel²¹ alors que celle qui la rend en réalité nécessaire - la loi créant l'état d'urgence sanitaire - ne fut pas soumise à un tel contrôle, faute de saisine du Conseil. Explicable du point de vue formel – les lois organiques étant obligatoirement soumises au contrôle obligatoire du Conseil constitutionnel avant leur promulgation - le résultat n'en est pas moins surprenant du point de vue matériel : ce sont les dispositions les plus fondamentales du régime juridique de l'état d'urgence sanitaire qui ne sont pas contrôlées *a priori* !

De plus, on retrouve au sein de l'état d'urgence sanitaire la complexe distinction entre déclaration et application de l'état d'urgence prévue par la loi du 3 avril 1955. L'état d'urgence sécuritaire, du seul fait du décret déclaratif, autorise un nombre limité de mesures d'exception immédiatement applicables (possibilité pour le préfet d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules par exemple). Toutefois, l'extension des mesures de police (aux assignations à résidence notamment) exige un décret « appliquant » l'état d'urgence²². Ce double mécanisme décrétal figure également au sein de l'état d'urgence sanitaire, conformément à la procédure dorénavant prévue par l'article 3131-13 du code de la santé publique : un premier décret en conseil des ministres, pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, est nécessaire pour déclarer l'état d'urgence sanitaire et déterminer les circonscriptions territoriales d'application²³. Un second texte - cette fois un décret réglementaire du Premier ministre pris sur le rapport du ministre chargé de la santé - vient ensuite s'ajouter au décret déclaratif pour préciser les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Ce décret d'application a bien été pris le 23 mars 2020²⁴ : il reprend et précise les mesures d'interdiction déjà édictées par le décret précité du 16 mars. Nulle trace en revanche du décret déclaratif car, en réalité, l'état d'urgence sanitaire est entré en vigueur non par décret, mais par la loi. C'est en effet la loi précitée du 23 mars qui, en même temps qu'elle crée dans son article 2 le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire, déroge immédiatement aux dispositions qu'elle vient de créer - et notamment au caractère décretal de la déclaration d'état d'urgence sanitaire – en précisant en son article 4 que « par dérogation aux dispositions de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique, l'état d'urgence sanitaire est déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi. ». L'alinéa 2 du même article en tire la conséquence : « L'état d'urgence sanitaire entre en vigueur sur l'ensemble du territoire national. »

Cette curieuse entrée en vigueur appelle deux remarques. On notera tout d'abord un surprenant retour, à l'occasion cet état d'urgence sanitaire, à la pratique de la IV^e République puisque la lourde responsabilité de déclarer l'état d'urgence revenait alors au Parlement, tandis que le gouvernement avait pour charge les décrets d'application. Toutefois, cette résurgence de la compétence législative n'est que temporaire, circonscrite au cas de 2020 et par ailleurs très relative : en l'espèce, la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire a précédé sa déclaration, le

²¹ Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

²² O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 25-26.

²³ Article 2 de la loi du 23 mars 2020 précitée, modifiant l'article L. 3131-13 du code de la santé publique.

²⁴ Il s'agit du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire qui reprend et renforce les dispositions du décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 et de l'arrêté du ministre de la santé du 15 mars 2020.

Premier ministre ayant pris, on l'a vu, dès le 16 mars 2020 et en vertu de l'article 21 de la Constitution, un décret qui interdisait, sauf exception, tout déplacement hors du domicile²⁵. Plus fondamentalement, cette déconcertante manière de procéder – un législateur qui déroge immédiatement et à son profit au principe qu'il vient de poser – témoigne du caractère hybride de la loi du 23 mars 2020. Cette dernière apparaît à cet égard au moins aussi baroque que celle du 3 avril 1955 : non contente de créer un nouvel état d'exception, elle en déclare la mise en œuvre immédiate. Elle mêle donc allégrement, au sens d'un même instrument, deux actes juridiques différents : une loi générale - qui crée un nouveau régime juridique - et une loi spéciale qui en prévoit l'application. Signe que la malfaçon législative accompagne décidément l'état d'urgence, la dualité matérielle de la loi du 23 mars 2020 aboutit, comme la loi du 3 avril 1955 avant elle, à combiner acte –règle et acte-condition²⁶.

On notera par ailleurs que l'état d'urgence sanitaire peut, comme son cousin sécuritaire avoir un champ d'application variable. L'article 2 de la loi du 23 mars prévoit en effet la possibilité d'en limiter l'application à certaines circonscriptions territoriales²⁷. On sait que tel ne fut pas le choix du législateur, l'article 4 précisant que « l'état d'urgence sanitaire entre en vigueur sur l'ensemble du territoire national ». Une possibilité similaire est prévue par la loi de 1955, même si les précédents témoignent plutôt d'une tendance à l'extension géographique de l'état d'urgence sécuritaire, que ce soit entre 1955 et 1958 ou en 2015²⁸.

Enfin, la dernière parenté frappante entre les deux états d'urgence concerne les règles relatives à l'aménagement temporel de cet état d'exception. Comme on le sait, l'état d'urgence est un état nécessairement temporaire de sorte que l'aménagement de sa durée est l'une des questions fondamentales de son régime juridique. Cela ressort ici de la double règle selon laquelle d'une part, le gouvernement peut interrompre avant son terme l'état d'urgence et, d'autre part, les mesures décidées en application de cet état cessent avec lui²⁹. Ici encore, il s'agit d'une pure copie de l'état d'urgence « sécuritaire ». Plus complexes sont les règles sur la durée et la prorogation qui sont d'ailleurs celles à propos desquelles s'est exprimée l'opposition parlementaire. De ce point de vue, la loi du 23 mars créant l'état d'urgence sanitaire ne se distingue guère par sa clarté. L'article 2 de la loi, qui vient modifier l'article L. 3131-14 du Code de santé publique précise en effet que « la loi autorisant la prorogation au-delà d'un mois de l'état d'urgence sanitaire fixe sa durée ».

La lecture de cette formule sibylline incite à un triple commentaire. D'abord, le législateur a presque intégralement recopié la formule de l'Ordonnance du 15 avril 1960 qui modifiait la loi du 3 avril 1955 selon laquelle la « *loi autorisation sa prorogation [de l'état d'urgence] (...) fixe sa durée définitive* » sans qu'on sache ce que cela signifie, une telle équivoque ayant permis les six prorogations de l'état d'urgence de 2015 à 2017. Ensuite, l'état d'urgence sanitaire devrait

²⁵ 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

²⁶ Pour une démonstration similaire en ce qui concerne la loi du 3 avril 1955, cf. O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op.cit.*, p. 37-39.

²⁷ Précision qui figure dorénavant à l'article 3131-13 du code de la santé publique.

²⁸ Pour les détails, voir O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 21 (note 10) et p. 73.

²⁹ Art. L. 3131-14

être initialement déclaré pour une durée d'un mois, durée qui excède déjà largement celle de douze jours prévue dans le cadre de l'état d'urgence sécuritaire. Enfin, comme dans le cadre de ce dernier, la prorogation de l'état d'urgence sanitaire relève du domaine de la loi³⁰. Mais là encore, les conséquences de la dualité matérielle de la loi du 23 mars se font sentir. L'article 4 de la loi, qui met en œuvre immédiatement cet état d'urgence sanitaire à peine créé, vient à nouveau déroger à la règle posée par l'article 2. Sur suggestion du Conseil d'Etat, il dispose en effet que l'état d'urgence sanitaire est déclaré pour une durée non pas d'un mais de « *deux mois à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi* » (soit jusqu'au 24 mai 2020). Par ailleurs, signe d'une rédaction hâtive, il précise ici déroger « *aux dispositions de l'article L. 3131-13 du code de la santé publique* » sans curieusement faire mention de l'article L 3131-14, pourtant exclusivement consacré à la durée de l'état d'urgence. Certes, l'époque n'est pas au juridisme pointilleux, mais décidément, qui légifère vite, légifère mal.

Si l'on peut bien entendu comprendre que le gouvernement et la majorité parlementaire, ne sachant pas très bien dans quelle mesure il serait possible au Parlement de voter une éventuelle prorogation au bout d'un mois de mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, aient opté dès le début pour une durée de deux mois, le procédé n'en est pas moins gênant. L'exigence d'une loi de prorogation a en effet vocation à permettre à la représentation nationale de s'assurer de la nécessité du maintien de cette légalité extraordinaire que porte en elle tout état d'exception. Dans cette perspective, on ne peut que se féliciter de voir que les parlementaires ont réussi à mieux encadrer les mesures susceptibles d'être prises en période d'état d'urgence sanitaire et à maintenir un embryon de contrôle.

II. *La mise en place de mesures proportionnées et contrôlées?*

Une contradiction majeure semble en réalité dominer, sinon saturer, le débat autour de cet état d'urgence dans lequel deux camps s'opposent de façon frontale. D'un côté, les partisans des droits de l'homme et des libertés publiques clament, comme en 2015, leur inquiétude devant les atteintes majeures portées aux droits et libertés que la loi du 23 mars 2020 impose à l'immense majorité de la population. Ils s'émeuvent notamment du faible contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, ce qui contraste avec la situation de 2015 où un mois après le déclenchement de l'état d'urgence, le Conseil dût statuer sur la première QPC³¹. Force est de reconnaître que l'adoption de la loi organique du 30 mars 2020³² ne peut que conforter de telles inquiétudes. Jugée conforme à la Constitution alors même qu'elle a été adoptée en violation de l'article 46 de la Constitution – qui prévoit un délai de 15 jours entre le dépôt de la loi organique et son examen par le Parlement, délai réduit en l'espèce à 24 h compte tenu des « circonstances

³⁰ Sa prorogation au-delà de 12 jours par la loi est prévue par l'ordonnance du 15 avril 1960.

³¹ Décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 - M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence].

³² Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

particulières »³³ - cette loi organique suspend de surcroît, jusqu'au 30 juin 2020, les délais trimestriels d'examen des QPC³⁴, afin d'éviter une transmission de plein droit au Conseil et un risque, réel ou supposé, d'engorgement de la haute juridiction³⁵. On peut craindre dès lors que les QPC, sans contrainte de délais, perdent une partie de leur intérêt. On pourrait également citer au nombre de ces sujets d'inquiétude pour les défenseurs des libertés le rejet quasi systématique, depuis le début du confinement, des référés liberté et ce parfois même sans débat³⁶. D'un autre côté, les représentants des personnels soignants et médicaux multiplient les référés libertés devant le Conseil d'Etat afin d'enjoindre le gouvernement à aller plus loin encore dans les mesures restrictives de liberté³⁷. Au nom du droit au respect de la vie, rappelé notamment par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'Etat devrait imposer des contraintes plus drastiques encore aux citoyens, certains rêvant d'une sorte de « modèle » chinois.

L'état d'urgence sanitaire pose ainsi, du point de vue des principes, le même problème que l'état d'urgence sécuritaire : la délicate conciliation entre la liberté et la sécurité largement entendue. Le droit à la santé, ou plus particulièrement droit à la vie, a en effet remplacé le droit à la sûreté. Le gouvernement secondé par le Parlement dans un premier temps, puis le juge dans un second temps, sont chargés de trouver ce délicat équilibre... qui n'en est jamais vraiment un tant il est évident que face à la peur, terroriste hier, sanitaire aujourd'hui, l'impératif sécuritaire lato sensu l'emporte sur les libertés fondamentales. Pour remettre en cause cet édifice, il faut adopter un point de vue radical, comme celui du philosophe italien Giorgio Agamben qui critique cette vision consistant à privilégier ce qu'il appelle « la vie nue »³⁸ (la vie biologique) sur toute autre considération. Nul doute que sa voix est peu audible de nos jours, la morale kantienne l'ayant emporté si l'on peut dire.

Une fois relevé cet éternel dilemme, il reste à noter que l'état d'urgence sanitaire contient une série de dispositions venant encadrer le pouvoir exécutif. Affectant l'ensemble de la population et non une petite partie d'entre elle comme sa version sécuritaire, ce régime d'exception comprend des atteintes considérables à plusieurs droits et libertés. En raison de cette circonstance, il a fallu prévoir symétriquement une série de limites objectives dans la même loi. La contestation du projet de loi gouvernemental fut avant tout l'œuvre du Sénat qui, à la création d'un régime pérenne, aurait préféré un dispositif d'application temporaire, destiné à gérer la

³³ Formule qui ne saurait être assimilée à la théorie séculaire des circonstances exceptionnelles. Voir en ce sens le billet de M. Carpentier <http://blog.juspoliticum.com/2020/04/04/larret-heyries-du-conseil-constitutionnel-par-mathieu-carpentier/>

³⁴ En vertu de l'ordonnance n°58-1067 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation ont trois mois pour transmettre, après examen, une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Ce dernier dispose d'un délai identique pour se prononcer sur la question transmise.

³⁵ Pour une vision critique et convaincante de la LO suspendant les délais d'examen des QPC, voir <http://blog.juspoliticum.com/2020/04/03/la-curieuse-suspension-des-delaix-dexamen-des-questions-prioritaires-de-constitutionnalite-par-samy-benzina%e2%80%a8/>

³⁶ Voir à titre d'illustration le sort réservé par le CE le 3 avril 2020 aux multiples contestations de l'ordonnance du 25 mars allongeant les délais de détention provisoire. https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/04/04/coronavirus-le-conseil-d-etat-valide-la-prolongation-de-la-detention-provisoire-sans-juge_6035548_3224.html.

³⁷ Voir par ex, l'ordonnance du 22 mars 2020 – Confinement total de la population.

³⁸ Entretien avec N. Truong, Le Monde du 24 mars 2020.

seule épidémie du Covid-19. Seule l'hypothèse – au demeurant plutôt anxiogène - de voir survenir une nouvelle dégradation de la situation sanitaire dans plusieurs mois semble avoir convaincu la commission des lois d'admettre la création d'un régime de longue durée³⁹. Les sénateurs ont néanmoins voulu éviter que l'exécutif disposât d'un blanc-seing en matière de mesures à prendre. Alors que le gouvernement souhaitait bénéficier d'une sorte de clause générale de compétence, les parlementaires ont heureusement obtenu que les dix domaines dans lesquels le gouvernement peut user de son pouvoir réglementaire soient énumérés dans l'article 3131-15 du Code de la Santé.

En outre, le Parlement a obtenu que les mesures que peuvent prendre le Premier ministre et le ministre de la Santé répondent à un objectif clair et précis – garantir la santé publique - comme à un impératif de proportionnalité. Le critère finaliste apparaît déterminant dans les dispositions qui autorisent le gouvernement à prendre les mesures qui s'imposent. On retrouve ici la logique instrumentale de rapport entre moyen et fin qui est d'ailleurs au cœur de l'article 16 de la constitution⁴⁰. Le Premier ministre est habilité par la loi à prendre un nombre conséquent de mesures attentatoires à la liberté mais « *aux seules fins de garantir la santé publique.* » (art. L 3131-15). La formule a remplacé celle contenu dans le projet de loi initial, qui prévoyait « *des mesures générales (...) afin de lutter contre la catastrophe sanitaire* ». De plus, le ministre de la Santé peut « prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, à l'exception des mesures prévues à l'article L. 3131-15, visant à mettre fin à la catastrophe sanitaire ». (Art. L. 3131-16.). Le fil directeur de toutes ces dispositions est « la lutte », « la disparition » ou encore « l'éradication » de la « catastrophe sanitaire ».

Par ailleurs, la loi contient plusieurs dispositions soulignant l'impératif de proportionnalité qui doit guider les acteurs lorsqu'ils déterminent les mesures à prendre. Ces dernières doivent en effet être « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* ». Cette contrainte vaut tant pour les décisions du Premier ministre (art. L3131-15) que du ministre de la Santé (art. L3131-16). La formule est presque la même pour « les mesures nécessaires et proportionnées » prises par les préfets (art L3131-17). Or, l'équivalent de telles dispositions ne figurait pas dans l'état d'urgence sécuritaire, le législateur de 2015-2016 n'ayant pas fait le choix, lorsqu'il modifia la loi de 1955, d'inscrire la lutte contre le terrorisme comme finalité de cet état d'exception. Cela lui permit notamment d'interdire les manifestations des écologistes lors de la COP 21 ou d'assigner à résidence des militants écologistes connus pour leur activisme radical⁴¹. L'équivalent d'une interprétation aussi extensive nous semble difficile dans le cadre d'un état d'urgence sanitaire qui paraît donc plus contraignant en ce qui concerne la nature et la portée des mesures susceptibles d'être prises.

³⁹ *Rapport Sénat* n° 381, Commission des Lois, 19 mars 2020, p. 25. Dans le même genre d'idée, un amendement de la commission, finalement rejeté, proposait de limiter à une année la durée de validité (ie. jusqu'au 1^{er} avril 2021), les dispositions introduites à charge pour le Parlement de pérenniser, si nécessaire et par la suite le dispositif.

⁴⁰ L'article 16 al. 1 évoque des « mesures exigées par les circonstances » et l'alinéa 3 précise que ces « mesures » doivent être « inspirées » par l'idée de rétablir les moyens d'agir aux pouvoirs publics constitutionnels.

⁴¹ Sur cet épisode, cf. O. Beaud et C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 152.

Enfin, la commission des lois du Sénat s'est attachée à renforcer le contrôle du Parlement, initialement prévu dans le texte du gouvernement mais dont le Conseil d'Etat avait préconisé la suppression⁴² au motif, pour le moins curieux, que « *la disposition imposant au Gouvernement la transmission d'informations relatives à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire (...) constitue une injonction du Parlement au Gouvernement et ne relève pas du domaine de la loi* »⁴³. La notion d'injonction - qui dissimule mal une référence au principe commode, car éminemment plastique, de séparation des pouvoirs - est censée ici servir de repoussoir⁴⁴. Pourtant, elle ne parvient, pas plus que la référence à l'article 34 de la Constitution, à emporter la conviction⁴⁵. Comment en effet concevoir la possibilité même d'un contrôle parlementaire dans le cadre d'un état d'exception sans contraindre d'une manière ou d'une autre le gouvernement à fournir les informations sur lequel il porte ? Toujours est-il que, s'inspirant là encore d'un mécanisme issu de l'état d'urgence sécuritaire et plus précisément du dispositif mis en œuvre pour le suivi de la loi SILT⁴⁶ – loi qui avait introduit dans le droit commun nombre de dispositions issues de la loi du 3 avril 1955 modifiée – la commission des lois du Sénat, arrive de haute lutte à obtenir la réintégration du contrôle. Toutefois, celle-ci se fait après réunion de la commission mixte paritaire et sur le modèle de la disposition qui avait été adoptée par l'assemblée nationale en première lecture, sur amendement du gouvernement⁴⁷. L'article L. 3131-12 dispose en conséquence 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. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ». Il en résulte un net recul non seulement par rapport au contrôle initialement envisagé par le Sénat mais aussi au regard de celui qui existe dans le cadre de l'état d'urgence sécuritaire⁴⁸.

Figurant dorénavant sous le titre I de la loi consacré à l'état d'urgence sanitaire, le contrôle parlementaire ne concerne en conséquence que ce dernier et non, comme le souhaitaient les sénateurs, l'ensemble des mesures découlant des quarante-trois ordonnances prévues par la loi du 23 mars 2020. Toutefois, le Sénat dans le premier rapport de sa « mission de suivi » est allé bien au-delà du texte en examinant les ordonnances prises dans le domaine économique et social⁴⁹, ce qui prouve que la distinction entre mesures d'urgence sanitaire et mesures d'urgence économique n'était pas tenable.⁵⁰ Par ailleurs si, comme dans l'article 4-1 de la loi de 1955

⁴² Sénat, p. 44.

⁴³ Avis du Conseil d'Etat sur la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie du covid-19, Conseil d'Etat, 18 mars 2020, avis n° 399873, cons. 18.

⁴⁴ L'argument est repris lors de débats par la majorité parlementaire et notamment par Alain Richard lors des débats en commission devant le Sénat afin de limiter la portée du contrôle parlementaire. *Rapport Sénat* n° 38, précité, p. 64

⁴⁵ Voir sur cette question l'analyse très critique et convaincante de M. Altwegg-Boussac que nous remercions d'avoir bien voulu nous transmettre son article, « La fin des apparences. A propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », *Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, à paraître en avril 2020.

⁴⁶ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme. Sur cette source d'inspiration, cf. *Rapport Sénat* n° 38, précité, p. 37.

⁴⁷ Cf. tableau comparatif, *Rapport CMP* du 22 mars 2020, p. 51.

⁴⁸ En ce sens, M. Altwegg-Boussac, *art. cit.*

⁴⁹ *Rapport* précité (note 2), pp. 31 et suiv.

⁵⁰ Comme l'observe M. Altwegg-Boussac, *art. cit.*

modifiée, les chambres disposent d'un droit d'information sans délai des mesures prises par le gouvernement au titre de l'état d'urgence, il n'est plus question d'imposer plus largement aux autorités administratives de leur transmettre copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la loi de la loi du 23 mars. L'utilité d'un tel contrôle relève pourtant de l'évidence à la lecture du premier rapport de la mission de suivi sénatoriale. Elle s'inquiète en effet des dérives déjà constatées dans l'application de l'état d'urgence sanitaire, notamment lorsque des maires décident de couvre-feux sans fondement légal assuré et demande au gouvernement de lui adresser tous les actes de « réglementation locale »⁵¹. Un tel contrôle parlementaire apparaît indispensable tant on sait que les abus en période d'état d'urgence peuvent être commis aussi bien par l'Administration que par les élus locaux. On peut donc être non pas soulagé, mais au moins satisfait, que le Parlement soit compétent pour effectuer ce contrôle, que le Conseil d'Etat a pourtant voulu lui ôter.

III. *La contestable création d'un nouvel état d'exception*

En dépit de ces différences de régimes juridiques, la parenté est donc frappante entre les deux types d'état d'urgence. Dès lors, il est surprenant de constater que le gouvernement n'ait pas envisagé de réactiver l'état d'urgence de 1955, pourtant largement renouvelé lors des attentats terroristes de 2015-2016. Que cette hypothèse, sauf erreur de notre part, n'ait jamais été soulevée lors des débats parlementaires de mars 2020, alors qu'elle semble s'imposer d'évidence, en dit long sur l'influence du Conseil d'Etat. Comme toujours en France, son opinion donne le « la » et aucun pouvoir public n'ose s'en écarter. Or, le Conseil d'Etat, dans son avis sur le projet de loi, n'a rien trouvé à redire à la création d'un nouveau type d'état d'urgence, estimant 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 en pareille hypothèse* ». Utile peut-être, mais était-il judicieux, compte-tenu de l'existence d'un régime déjà existant ? En effet, selon l'article 1er de la loi de 1955, l'état d'urgence peut être déclaré non seulement « *en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public* » mais aussi « *en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique* ». En évoquant des faits avérés, cette seconde hypothèse est d'ailleurs plus exigeante que la première qui se contente d'une simple menace. Elle avait à l'époque été ajoutée par le gouvernement, qui avait présent à l'esprit le terrible tremblement de terre d'Orléans-Ville⁵², pour dissimuler le fait que la raison profonde de la loi de 1955 était la lutte contre la rébellion algérienne.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas difficile de soutenir qu'une « catastrophe sanitaire » constitue bien un cas possible de « calamité publique ». Dès lors, on pouvait estimer que seconde condition d'application de l'état d'urgence était remplie par l'existence de la pandémie. Certains de nos partenaires européens y ont d'ailleurs eu recours, à l'instar du Portugal qui a

⁵¹ Rapport précité pp. 25-26.

⁵² Septembre. Aujourd'hui Chlef en Algérie

déclaré un état d'urgence assimilable à celui prévu par la loi française du 3 avril 1955, tel qu'il est prévu par la Constitution de 1976⁵³. En France, il aurait suffi au président de la République de prendre un décret en conseil des ministres afin de « déclarer » l'état d'urgence et à son gouvernement de proposer dans la foulée une loi de prorogation qui aurait ajouté à la loi de 1955 le contenu des dispositions sur l'état d'urgence sanitaire figurant au titre 1er de l'actuelle loi du 23 mars. Certes, une telle solution avait pour inconvénient légistique la nécessité d'adopter, en plus de cette loi sur l'état d'urgence renforcée d'une dimension sanitaire, une autre loi comprenant l'équivalent des dispositions d'ordre économique et politique de la loi du 23 mars 2020. Il aurait donc fallu deux lois au lieu d'une, alors que le temps pressait. Mais cet inconvénient aurait été effacé par l'avantage qu'il y aurait eu à disposer à propos de l'état d'urgence d'une norme unitaire épousant les deux conditions de déclenchement de ce régime d'exception dorénavant modernisé: ordre public, d'une part, calamité publique de l'autre. Bref, on aurait eu un genre, l'état d'urgence, avec deux espèces, sécuritaire et sanitaire, prévues dans deux titres formellement différents d'une même loi.

L'intérêt d'une telle solution eut été de rendre sans doute plus difficile le cumul des deux états d'exception, en raison de la nature alternative des deux hypothèses de déclenchement ou plus précisément, du lien entre la satisfaction d'une condition (*atteintes graves à l'ordre public / calamité publique*) et le déclenchement d'un régime juridique spécifique. Le risque du choix qui a été fait d'ajouter un nouveau type d'état d'urgence au droit positif français réside en effet dans l'éventuel cumul de l'état d'urgence sécuritaire et de l'état d'urgence sanitaire⁵⁴. Un tel cumul est interdit par le code de défense entre état de siège et état d'urgence, ce qui peut se comprendre car les autorités, militaires dans le premier cas et civiles dans le second, ne peuvent pas exercer les mêmes compétences. Dans le silence de la loi, l'hypothèse d'un cumul des deux états d'urgence (loi de 1955 et loi de 2020) pourrait en revanche être envisagée. Il suffirait que la condition relative à l'ordre public soit remplie, par exemple par le soulèvement d'une partie de la population qui ne supporterait plus les mesures de confinement. On aurait alors deux régimes d'état d'urgence qui coexisteraient, ce qui ferait beaucoup.

En réalité, un seul argument vraiment sérieux, en plus de l'urgence à agir, pouvait justifier la création de l'état d'urgence sanitaire. L'application de la loi de 1955 à la situation actuelle aurait rendu applicables de plein droit les mesures prévues par l'état d'urgence sécuritaire. Certes, certaines d'entre elles ont été transférées dans le droit ordinaire, via la loi SILT du 21 octobre 2017, mais toutes ne l'ont pas été. On aurait alors reproché au gouvernement d'être gravement liberticide, profitant de la « catastrophe sanitaire » pour rouvrir un état d'urgence « sécuritaire » dont on était difficilement sorti en 2017 après six lois de prorogation. C'est probablement pour prévenir cette objection que le gouvernement a opté pour un régime *ad hoc*. Pourtant, ce risque d'instrumentalisation de la situation pouvait facilement être écarté. Puisque l'entrée en vigueur de la loi de 1955 aurait nécessairement entraîné qu'elle soit complétée, on aurait parfaitement

⁵³ Sur le cas du Portugal, voir le billet d'A. de Moura, « La « solidarité institutionnelle » dans l'état d'urgence : la réponse portugaise au Covid-19 », à paraître sur le *blog de jus politicum*.

⁵⁴ Nous empruntons cette idée à A. Lecatelier « L'état d'urgence sanitaire : une innovation qui pose question », *Conversation France*, 19 mars 2020. re

pu imaginer une disposition précisant que seules les dispositions sanitaires de l'état d'urgence entraient en vigueur.

Bref, il y avait mieux à faire du point de vue de la technique législative. Sans doute dira-t-on qu'il est facile aux universitaires de critiquer ceux qui agissent, ce dont on veut bien convenir tant nous paraissent déplacées les objections de tous ceux qui ont la solution une fois que les faits sont établis. Toutefois, cette concession faite, il n'est pas inconvenant d'observer qu'on aurait pu espérer des « bureaux » des ministères comme du Parlement davantage d'imagination et de rigueur juridiques. On avait déjà dressé ce constat à propos de l'état d'urgence de 2015. Décidément, on légifère bien mal en France, ce qui en dit assez long sur le déficit juridique grandissant dans notre pays, jadis considéré comme étant celui des légistes. On osera avancer qu'un tel constat n'est pas sans rapport avec l'état de notre enseignement supérieur, dès lors que nos élites juridiques sortent des grandes écoles et fuient les universités où elles auraient pourtant pu faire un peu de « vrai » droit.

*Olivier Beaud is a Professor of Constitutional Law at the University Panthéon-Assas (Paris II). From 2001 to 2006 he was Deputy Director of the Centre Marc Bloch in Berlin and 2007 to 2019 Director of the Michel Villey Institute for Legal Culture and Philosophy of Law. In 2014 he was awarded the Reimar Lüst-Preis by the Alexander von Humboldt-Foundation and in 2019 he received the Prix du livre juridique for his book *La République injuriée*. Since March 2020 Prof. Dr. Olivier Beaud is a Fellow at the Käte Hamburger Center „Law as Culture“ in Bonn.*

*Guérin Bargues is a Professor of Constitutional Law at the University Panthéon-Assas (Paris II). She is a Member of the Editorial Board of *Jus Politicum* and a Elected member of the Standing Committee of the Conseil National de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche (CNESER).*