



UNIVERSITÉ DE LILLE

FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES

MASTER 2 DROIT PUBLIC GÉNÉRAL ET CONTENTIEUX PUBLICS

Mémoire de recherche

*« La liberté d'aller et venir à l'épreuve de la crise du Covid-19 et de l'état d'urgence
sanitaire »*

Sous la direction de M. le Professeur Jean-Philippe DEROSIER

Soukaïna BOUDANES

Année universitaire 2020-2021

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Monsieur le Professeur Jean-Philippe Derosier pour la patience dont il a su faire preuve, et sans qui la réalisation de ce mémoire n'aurait pas été possible.

Je remercie ensuite ma famille et mes proches qui ont cru en moi, et sans le soutien desquels je n'aurais pu mener à terme cette étude. Ils ont su réveiller en moi force et résilience face aux épreuves difficiles de la vie, nourrissant ainsi mon envie d'atteindre mes objectifs.

Table des abréviations

CE : Conseil d'État

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

CGCT : Code Général des Collectivités Territoriales

CJA : Code de Justice Administrative

CSP : Code de la Santé Publique

EUS : Etat d'Urgence Sanitaire

JLD : Juge des Libertés et de la Détention

QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements.....	2
Table des abréviations.....	3
Introduction.....	5
Chapitre 1 : La production complexe d'un droit de crise garantissant la liberté d'aller et venir en période d'urgence sanitaire.....	19
Section 1 : Le recours par le pouvoir réglementaire à un droit commun insuffisant restreignant la liberté d'aller et venir durant la crise sanitaire.....	19
Section 2 : L'encadrement législatif limité de l'habilitation du pouvoir réglementaire en période d'état d'urgence sanitaire.....	51
Conclusion du Chapitre 1.....	94
Chapitre 2 : La mobilisation des juges : une garantie insuffisante pour la protection de la liberté d'aller et venir en période de crise sanitaire.....	95
Section 1 : La liberté d'aller et venir : victime première des périodes exceptionnelles.....	95
Section 2 : Les juges administratif et constitutionnel face à une conciliation difficile entre protection de la liberté d'aller et venir et protection de la santé publique.....	122
Conclusion du Chapitre 2.....	140
Conclusion générale.....	141
Bibliographie.....	142

Introduction

« Les démocraties sont contraintes, pour se 'sauver', d'utiliser des moyens inhabituels, exceptionnels, conférant un rôle nouveau aux pouvoirs publics et aux juges ainsi d'ailleurs qu'aux citoyens. Leur devoir est de canaliser et de se limiter à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde de l'État de droit »¹.

« A situation exceptionnelle, mesures exceptionnelles », cette expression semble décrire assez fidèlement – tout au moins en principe² – ce qui caractérise globalement les états ou régimes d'exception. Cette notion d'état d'exception est difficile à appréhender car elle ne connaît pas de qualification juridique³. Elle a par ailleurs fait l'objet de plusieurs théorisations contemporaines⁴. Ainsi, sa définition est par conséquent « indéterminée et plurielle »⁵.

Pour autant, l'état d'exception est généralement appréhendé comme ce qui est en dehors de la norme, du commun. Il s'agit d'une situation extraordinaire qui crée une menace pour l'ordre normal : soit pour le bon fonctionnement du système institutionnel, soit pour l'ordre public général, en particulier pour la sécurité ou l'existence même de l'État⁶. François Saint-Bonnet opère le constat selon lequel l'état d'exception est en vigueur dès lors que trois caractéristiques sont réunies. D'abord, une crise prenant la forme d'une menace ou d'un péril doit être caractérisée. Ensuite, une violation ou une dérogation au droit en vigueur dans les périodes dites « normales » doit être constatée. Et enfin, un principe supérieur de sauvegarde de l'État, de la collectivité politique ou autre doit être invoqué⁷.

1 Jean MORANGE, « Justice et Etat de droit à l'épreuve de l'état d'urgence », in : Hélène PAULIAT, Eric NEGRON, Laurent BERTHIER, *Justice et Etat de droit. Regards sur l'état d'urgence en France et à l'étranger*, PULIM, 2017

2 « En principe », car de nombreuses personnalités (politiques, juristes, professeurs, etc) alertent quant au phénomène de banalisation du recours à l'exception qui se dessine depuis quelques années

3 Charles BAUD, « Marie GOUPY, L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme », Lectures [En ligne], Les comptes rendus, mis en ligne le 05 décembre 2016, consulté le 04 mars 2021

4 L'on peut mentionner celles proposées par François SAINT-BONNET, Giorgio AGAMBEN, Carl SCHMITT ou encore Bernard MANIN

5 Marie GOUPY, « L'état d'exception : l'État, le droit et la violence en situation exceptionnelle », [En ligne], www.sciences-po.fr

6 Arnold RAINER, « Méthodologie et mécanismes institutionnels des états d'urgence et d'exception ». In : *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 24-2008, 2009. Constitution et famille(s) – Urgence, exception et Constitution, p. 418

7 François SAINT-BONNET, « L'état d'exception. Présentation de l'ouvrage *L'État d'exception* », Paris, PUF, Léviathan, 2001, In : *Revue juridique de l'Ouest*, 2004-2, p. 234

Au regard de ces brèves considérations, la crise sanitaire du Covid-19 qui a frappé le monde depuis plus d'un an de cela est apparue aux yeux de tous comme un événement inattendu et inhabituel. Bousculant les repères de tout un chacun, en passant des organisations internationales aux autorités étatiques, affectant les entreprises, établissements scolaires, pénitentiaires, etc., et *in fine* impactant directement ou indirectement l'humanité tout entière, l'action ou la réaction face à la menace était nécessaire. Et c'est ainsi qu'était adoptée en France le 23 mars 2020, la loi n°2020-290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 introduisant un nouvel outil dans le droit national : l'état d'urgence sanitaire.

Ce dernier semble dès lors rejoindre la catégorie des états d'exception – au regard de la définition retenue par François Saint-Bonnet – existants en droit interne. En effet, les droits nationaux des pays démocratiques prévoient souvent des mécanismes institutionnels et des instruments permettant de s'adapter en cas de situations de troubles. Les pouvoirs exceptionnels du chef de l'État ainsi que l'état de siège, respectivement prévus aux articles 16 et 36 de la Constitution française, constituent tous deux des états d'exception au sens large, au même titre que l'état d'urgence. À l'exception près que ce dernier mécanisme n'est pas, quant à lui, prévu par le texte constitutionnel mais simplement par une loi : la loi n°55-385 du 3 avril 1955 dite loi relative à l'état d'urgence.

À cet égard, les caractéristiques présentées par François Saint-Bonnet pour identifier l'existence d'un état d'exception sont intéressantes en ce qu'elles permettent dans un premier temps de voir en quoi l'état d'urgence peut effectivement être rangé dans cette catégorie. Dans un deuxième temps, il sera question de confirmer l'appartenance ou non de l'état d'urgence sanitaire à cette catégorie des états communément qualifiés « d'exception ». Et par ailleurs, ces critères permettent également de mettre en exergue les éléments de convergence et de divergence, si tant est qu'il y en ait, entre l'état d'urgence sécuritaire « classique » et le nouvel état d'urgence : l'état d'urgence sanitaire.

Premièrement, au regard de ces critères, déclarer l'état d'urgence nécessite de caractériser en premier lieu des périodes de troubles, de circonstances particulières, inhabituelles. Dans ces conditions, la caractérisation d'une « menace » ou d'un « péril imminent » laisse apparaître l'émergence d'une crise. Malgré la largesse de la notion, la crise, du

latin *krisis*, trouve initialement son origine dans le domaine médical. Elle représente l'étape charnière d'une maladie, le point critique lors duquel il est difficile de savoir si la guérison est possible ou non. Toutefois, au cours du temps, la notion de crise a infiltré d'autres sphères (historique, économique, politique, sociologique). Et aujourd'hui, le recours à cette notion de crise est particulièrement fréquent, et ce, dans divers domaines, la vidant par la même de sa substance⁸. Néanmoins, de manière générale, le terme de « crise » désigne « des moments de rupture » et « des périodes graves »⁹. A partir du XIXe siècle, il désigne plus précisément « l'état de dysfonctionnement d'un système, devenu incapable d'assurer ses fonctions »¹⁰.

Et c'est ainsi que depuis l'élaboration de la Constitution de 1958, l'on peut globalement considérer que l'état d'urgence prévu par la loi de 1955 a été déclaré à sept reprises en France : en 1955, en 1958 et en 1961 en Algérie suite au putsch des généraux d'Alger cette année là, en 1984 en Nouvelle-Calédonie face aux protestations des indépendantistes contre le statut de la collectivité, en 1986 à Wallis-et-Futuna, en 1987 en Polynésie française, en 2005 suite aux émeutes dans les banlieues et enfin en 2015 en réaction aux attentats terroristes commis dans la soirée du 13 novembre. Le lendemain, le 14 novembre, trois décrets¹¹ sont publiés concernant le territoire métropolitain suivis par deux autres décrets¹² qui étendent l'état d'urgence à l'Outre-mer.

Dans ces conditions, l'activation de l'état d'urgence apparaissait comme nécessaire pour faire régner l'ordre, garantir la sécurité des citoyens et des institutions étatiques. Et dans tous ces cas, il était question de se prémunir contre les risques de violence qui pouvaient surgir à tous moments et donc engendrer des périodes de chaos. Dans ces circonstances, l'ennemi était donc

8 Thomas MESZAROS, « La *Revue stratégique* et les *Livres blancs* : la notion de crise », *Revue Défense Nationale*, 2018/1 (N° 806), p. 27

9 Natacha ORDIONI, « Le concept de crise : un paradigme explicatif obsolète ? Une approche sexospécifique », *Mondes en développement*, 2011/2 (n°154), p. 137-150.

10 Idem

11 Décrets n° 2015-1475 et n° 2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 ; décret n°2015-1478 du 14 novembre 2015 modifiant le décret n°2015-1476 du 14 novembre 2015 portant application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955.

12 Décret n°2015-1493 du 18 novembre 2015 portant application Outre-mer de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 qui déclare l'état d'urgence Outre-mer ; Décret n°2015-1494 du 18 novembre 2015 portant application Outre-mer de la loi n°55-385 du 3 avril 1955

plus ou moins visible, son action pouvait être plus ou moins large et affectait un nombre plus ou moins important d'individus à la fois.

En 2020, dans son adresse aux français du 12 mars 2020, le Président de la République annonçait que l'épidémie de Covid-19 était « la plus grave crise sanitaire qu'ait connu la France depuis un siècle ». Le terme de « crise » fut employé pas moins de dix fois par le chef de l'État. L'ennemi contre lequel la bataille était engagée est particulier en ce que celui-ci est « invisible » et « insaisissable », selon les termes du Président de la République prononcés lors de sa deuxième allocution en date du 16 mars 2020. Mais particulier également en ce que son action est plus grande et que ses effets étaient/sont plus ou moins indéterminés et variables.

L'impression de péril imminent et extrêmement dangereux étant d'autant plus perceptible qu'une « guerre » contre le virus était clairement annoncée par le Président de la République au tout début de la pandémie.

Ainsi, tant l'état d'urgence « sécuritaire » que l'état d'urgence sanitaire ont été activés suite à la caractérisation d'une menace ou d'un péril considéré comme certain par un certain nombre d'acteurs qu'il conviendra d'essayer d'identifier un peu plus tard.

Dès lors, assez logiquement, la survenance d'événements susceptibles d'être qualifiés de « crises » nécessite une adaptation face aux changements. C'est ainsi que le recours aux pouvoirs de crise s'impose. Le recours à cette notion en période de crise permet « *durant une période limitée dans le temps, de suspendre les gardes fous classiques (l'autorité judiciaire en étant le principal acteur) de l'usage des forces de sécurité publique et, demain sanitaire, pour un retour plus rapide à la normale pendant lesquelles des libertés, non seulement publiques mais aussi individuelles, ne sont plus protégées par l'État* »¹³.

Ainsi, en période de crise l'équilibre des pouvoirs est fortement perturbé. Par conséquent, en ces temps troublés, les frontières classiques entre séparation et collaboration

13 Audrey MOREL SENATORE, « Le cadre juridique des pouvoirs de crise : du cadre général à l'état d'urgence sanitaire due au Covid-19 », *La veille de l'ENSOSP*, n°2020-11, PNRS.

des pouvoirs sont d'autant plus flous. S'instaure assez rapidement une extension des pouvoirs des autorités publiques entraînant une « légalité de crise ».

En effet, deuxièmement, les états d'exception, parmi lesquels figure l'état d'urgence, caractérisent tous des situations exceptionnelles et temporaires pendant lesquelles des pouvoirs exorbitants de droit commun sont conférés au pouvoir exécutif. Ce critère est rempli que l'on se trouve en période d'état d'urgence ou en période d'état d'urgence sanitaire.

S'agissant de l'état d'urgence communément qualifié de sécuritaire, la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence modifiée à plusieurs reprises¹⁴ confère des pouvoirs exceptionnels au préfet ainsi qu'au ministre de l'Intérieur. Ainsi, l'article 5¹⁵ de ladite loi octroie le pouvoir au préfet d'interdire la circulation des personnes ou des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par arrêté et d'interdire le séjour dans tout ou partie du département à 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. L'arrêté étant tenu de mentionner la durée de la mesure devant être limitée dans le temps, les circonstances précises de fait et de lieu qui la motivent ainsi que le territoire sur lequel elle s'applique. L'article 6 de la même loi octroie, quant à lui, au ministre de l'Intérieur la faculté de prononcer l'assignation à résidence d'une 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. Au titre des articles 8, 9 et 11, le préfet et le ministre de l'Intérieur se voient également conférés la faculté d'ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, des débits de boissons et des lieux de réunions et d'interdire les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre, d'exiger la remise des armes et munitions, et d'ordonner des perquisitions lorsqu'il existe des raisons sérieuses de penser que ce lieu est fréquenté par une personne dont le comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics.

S'agissant de l'état d'urgence sanitaire, la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 a également été modifiée à plusieurs reprises. En février 2021, l'on dénombre déjà pas moins de 7 versions différentes de cette loi. Cette dernière

14 Cette loi a connu 18 versions différentes entre 1955 et 2018

15 Modifié par une décision n°2017-684 QPC du 11 janvier 2018

modifie le Code de de la santé publique en codifiant l'état d'urgence sanitaire en son sein. L'article 2 de la loi modifie le Titre III du Code de la santé publique relatif aux Menaces et crises sanitaires graves et y introduit notamment un Chapitre 1er bis intitulé « *Etat d'urgence sanitaire* ».

Aussi, mise en comparaison avec la loi de 1955 modifiée, la loi de 2020 énonce clairement et dès l'article 3 que des pouvoirs exorbitants sont confiés au pouvoir exécutif. Cet article prévoit que le Gouvernement est habilité, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, à agir par voie d'ordonnance afin de prendre les mesures destinées à adapter le dispositif de l'état d'urgence sanitaire dans les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, dans le respect des compétences de ces collectivités et ce dans un délai de 2 mois à compter de la publication de la loi. Aux termes de la loi, le Gouvernement est habilité à agir par ordonnance dans divers domaines.

Toujours au regard de l'état d'urgence sanitaire, l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique autorise le Premier ministre à prendre par décret des mesures réglementaires restrictives de libertés aux fins de garantir la santé publique et ce dans 10 domaines précisés audit article.

Et dès lors, ces situations d'exception, « se traduisent tous par un assouplissement ou une mise à l'écart, pour une durée plus ou moins longue, de la légalité des temps ordinaires »¹⁶. L'état d'urgence – qu'il soit sécuritaire ou sanitaire – n'y fait pas exception. Et l'on observe évidemment des violations ou dérogations au droit qui est en vigueur dans les périodes dites « normales ». Ces écarts impactent en particulier la protection des droits et libertés des citoyens. Les autorités publiques étant habilitées à restreindre les libertés afin de garantir la sécurité et l'ordre publics.

Enfin, troisièmement, et toujours suivant les caractéristiques considérées comme inhérentes aux états d'exception, un principe supérieur de sauvegarde de l'État, de la collectivité politique ou autre doit être invoqué. En l'espèce, lors de la crise sanitaire, le recours à l'état d'urgence sanitaire visait à remplir un objectif : protéger la population française face à la

16 « Pouvoirs de crise », In : Olivier DUHAMEL et Yves MENY (dir.), Dictionnaire constitutionnel, p. 785

propagation du virus. Le 16 mars 2020, et ce quelques jours avant l'adoption de l'état d'urgence, le Président de la République, Monsieur Emmanuel Macron, justifiait les décisions « exceptionnelles » et « temporaires » prises par le Gouvernement au regard de la protection de la santé et plus globalement du droit à la vie de la population française.

Dès lors, ces trois premiers points confirment l'hypothèse précédemment évoquée selon laquelle l'état d'urgence appartient bel et bien à la catégorie des états d'exception. Inspiré par ce dernier, l'état d'urgence sanitaire semble également, au vu de ces critères, détenir sa place au sein de la catégorie des états d'exception. Cette mise en exergue explicite, par la même, les similitudes et différences qui existent entre l'état d'urgence sécuritaire et l'état d'urgence sanitaire.

Pour un bref rappel : l'activation et la mise en application de l'état d'urgence tel que prévu par la loi de 1955 sont encadrées par un régime juridique déterminé. Lors de périodes de troubles, l'état d'urgence prévu par la loi de 1955 est déclaré par décret pris en Conseil des ministres « *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* ». Il ne peut excéder douze jours, est prorogeable par la loi, et s'applique sur tout ou partie du territoire.

Et à ces égards, les modalités de déclenchement et de déroulement de l'état d'urgence sanitaire s'inspirent fortement de ce qui a été prévu par la loi de 1955. L'état d'urgence sanitaire peut être décidé par décret pris en Conseil des ministres sur rapport du ministre chargé de la santé « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril la santé de la population française* ». Il peut être prorogé par la loi, après avis du comité de scientifiques, s'il a vocation à dépasser une durée d'un mois.

Et parmi les différences qui caractérisent ces états d'urgence, figure sa durée. En effet, si l'état d'urgence classique de 1955 peut être déclaré pour une durée initiale de douze jours, l'état d'urgence sanitaire peut l'être, en principe, pour une durée maximale initiale d'un mois.

Toutefois, à titre dérogatoire, au début de la crise sanitaire, l'état d'urgence sanitaire, créée par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, était déclaré pour une durée de deux mois, c'est-à-dire jusqu'au 23 mai 2020. Le 11 mai 2020 était adoptée la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. Initialement, la prolongation de l'état d'urgence était portée jusqu'au 23 juillet 2020. Néanmoins, le Parlement a réduit cette prolongation au 10 juillet 2020 inclus. La veille la loi du 9 juillet 2020 organisait la sortie de l'état d'urgence en prévoyant un régime transitoire permettant au Gouvernement de maintenir sa lutte contre l'épidémie. Ainsi, formellement et durant une durée d'environ quatre mois, l'état d'urgence sanitaire était levé.

Néanmoins, après un vif regain de l'épidémie au sein de la population française, l'état d'urgence sanitaire était à nouveau décrété le 17 octobre 2020 par le Président de la République sur l'ensemble du territoire national. Il fut à nouveau prorogé par deux fois : d'une part, par la loi du 14 novembre 2020 pour une durée de 3 mois, c'est-à-dire jusqu'au 16 février 2021, et d'autre part, par la loi du 15 février 2021 pour une durée d'un peu plus de 3 mois, soit jusqu'au 1^{er} juin 2021.

Par ailleurs, un régime transitoire a été mis en place par la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire afin d'organiser la sortie de l'état d'urgence sanitaire. Ce régime est instauré pour une période de 4 mois, du 2 juin au 30 septembre 2021. Globalement, il permet à l'exécutif, et plus précisément au Premier ministre, de continuer à prendre les mesures estimées nécessaires pour faire face à l'épidémie. Aussi, la loi vient conférer une base juridique au « passe sanitaire » qui a été décidé à l'occasion de la réouverture du pays en vue de sécuriser la reprise des activités et de minimiser les contaminations dans les lieux rassemblant du public ainsi qu'en cas de passage aux frontières. Il consiste en la présentation d'une preuve sanitaire. Concrètement, il s'agira de vérifier le statut vaccinal de l'individu concerné, le résultat d'un test négatif ou encore le certificat de rétablissement le concernant.

Dès lors, durant cette période et encore aujourd'hui, l'exercice des droits et libertés fondamentaux que détient la population française a été et demeure entravé par les diverses mesures adoptées dans le cadre de la crise sanitaire. En effet, ces mesures d'exception ont porté

atteinte notamment au droit de vote¹⁷ (en raison du report du second tour des élections municipales de 2020), au droit à la vie privée et familiale¹⁸, au droit à l'éducation¹⁹ (fermeture des établissements scolaires : écoles, collèges, lycées, universités, enseignements dispensés en distanciel creusant d'autant plus les inégalités sociales, ...), ainsi qu'à la liberté de réunion²⁰, à la liberté de manifestation, à la liberté d'entreprendre²¹ (fermeture des commerces non-alimentaires) ou encore et surtout à la liberté d'aller et venir encore appelée liberté de circulation.

En effet, au regard des droits et libertés fondamentaux garantis par les textes, la possibilité, pour tout individu, de se mouvoir librement, sans contraintes et sans autorisation, dans l'espace apparaît comme une liberté inhérente à la personne humaine. En ce sens, la liberté de circulation ou d'aller et venir est appréhendée comme une composante essentielle de la liberté individuelle. Il s'agit donc d'une liberté que chaque individu exerce seul et non en groupe²². Elle permet ainsi à toute personne de se déplacer sans entrave sur l'ensemble d'un territoire dès lors qu'elle y est régulièrement entrée.

Cette liberté est fondamentale et est donc garantie par divers textes nationaux et internationaux. Au plan interne, les articles 2 et 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) du 26 août 1789 qui consacrent le principe même de liberté sont rattachables à la liberté d'aller et venir en ce qu'ils disposent respectivement que « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » et que « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi* ». Et depuis une décision du 13 mars 2003²³, le Conseil Constitutionnel rattache explicitement la liberté d'aller et

17 Article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958

18 Article 8 de la CEDH

19 Articles L.111-1 et suivants du Code de l'éducation

20 Lois du 30 mai 1881 et du 28 mars 1907

21 Article 4 de la DDHC. Loi des 2 et 17 mars 1791 (décret d'Allarde)

22 Distinction opérée par le Conseil d'État dans son avis du 13 août 1947 entre libertés individuelles et libertés collectives

23 Cons. Const., Décision n°2003-467 DC du 3 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 16

venir à ces deux articles de la DDHC. De manière plus précise, l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 garantit le respect de la liberté de circulation lorsqu'il prévoit 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* ». Et c'est le Conseil Constitutionnel qui est expressément venu conférer une valeur constitutionnelle à la liberté d'aller et venir dans sa décision²⁴ du 12 juillet 1979.

Au plan international, l'article 13 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 prévoit que « *Toute personne a le droit de circuler librement et de choisir sa résidence à l'intérieur d'un Etat. Toute personne a le droit de quitter tout pays, y compris le sien, et de revenir dans son pays* ».

Au niveau européen, l'article 5 de la CEDH relatif au droit à la liberté et à la sûreté constitue une garantie en cas de privation de liberté et est donc étroitement lié à la liberté de circulation. Le protocole additionnel n°4 de la CEDH du 16 septembre 1963 consacre, quant à lui, le principe de la liberté circulation en son article 2.

S'agissant de l'Union Européenne, ce principe est un des piliers de la construction européenne, notamment dans le cadre de la construction du Marché commun. L'article 45 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et l'article 21 TFUE reconnaissent le droit à tout citoyen de l'UE de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres. À cet égard, la directive n°2004/38 du 29 avril 2004 affirme que la liberté de circulation et de séjour est un droit inhérent à la qualité de citoyen de l'UE.

Ainsi, il est logique qu'au sein d'un Etat de droit, une protection juridique soit conférée aux droits et libertés fondamentaux. Et dès lors que l'État intervient pour reconnaître certains droits et libertés, ces derniers sont considérés comme des « libertés publiques ». Par conséquent, c'est à l'État qu'il incombe de garantir le respect et l'inviolabilité de ces droits et libertés.

24 Cons. Const., Décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*

En effet, le législateur est chargé de prévoir les conditions concrètes de mise en œuvre de la liberté d'aller et venir. Et ce faisant, il lui revient également d'assurer la conciliation entre l'exercice de ladite liberté d'une part, et la sauvegarde d'autres droits et principes de valeur constitutionnelle, dont la préservation de l'ordre public fait partie, d'autre part. Par conséquent, le législateur est tenu de veiller à ne pas apporter de restrictions excessives à la liberté d'aller et venir au regard de l'objectif poursuivi par la mesure édictée²⁵. Ceci signifie que dès lors que des restrictions sont apportées à cette liberté elles se doivent d'être nécessaires, justifiées, proportionnées et adaptées aux circonstances²⁶.

Cet impératif est évidemment également imposé au pouvoir réglementaire, chargé d'édicter les normes d'exécution des lois. Ces normes (décrets, arrêtés, circulaires) sont soumises au principe de proportionnalité et ne doivent pas porter une atteinte démesurée à l'exercice de la liberté garantie.

Mais alors *quid* lorsque cette conciliation entre exercice d'une liberté et préservation de la santé publique est opérée en période de circonstances exceptionnelles ? Comment garantir aux citoyens l'exercice de leur liberté d'aller et venir tout en protégeant la santé publique en pleine crise sanitaire et dans le cadre d'un régime d'état d'urgence sanitaire ?

En effet, les états d'exception, dont font partie les états d'urgence, interrogent notamment quant à leur compatibilité avec la Constitution et le droit constitutionnel de manière plus large. L'articulation de ces mécanismes avec l'État de droit n'est pas évidente. Les états d'exception ont-ils leur place dans un État de droit ? Si oui, quelle place occupent-ils ?

Compte tenu du fait que la finalité d'une Constitution est un élément de l'État de droit, il y a parmi les principes généraux résultant de la nature d'une Constitution démocratique contemporaine, « *le principe de la constitutionnalité [qui] implique des exigences formelles, ainsi que des exigences substantielles qui se traduisent par des principes particuliers, connus comme État de droit, liberté individuelle et démocratie* »²⁷. L'idée principale est de s'éloigner le moins possible de l'ordre constitutionnel normal. Arnold Rainer distingue trois degrés possibles dans ce

25 Cons. Const., Décision n°80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, JO du 22 janvier 1981, p. 308, Recueil p. 15.

26 CE, Ass., 20 décembre 1995, *Mme Vedel, M. Jannot*

contexte : l'aspect de ne pas porter atteinte à la Constitution, l'aspect de s'écarter le moins possible de la Constitution mais à la seule condition qu'un tel écart soit prévu par la Constitution et soit nécessaire, et enfin l'aspect de mettre un terme à cet écart, et ce, le plus tôt possible.

Ainsi, il est clair que les rapports entre État de droit et état d'exception sont complexes et dépendent assez largement des définitions données à ces concepts. À défaut de considérer l'État de droit et l'état d'exception comme des concepts fondamentalement antagonistes, la mise en œuvre de l'état d'urgence en 2015 a laissé percevoir qu'un tel état pouvait être considéré comme compatible avec l'État de droit. Plus encore, un rapport de conditionnement a pu être observé : la sécurité serait la condition de la liberté²⁸.

Dès lors, les rapports entre démocratie, liberté individuelle, État de droit, état d'urgence sont au cœur des interrogations. Au cours de cette étude, il ne sera pas tant question de s'interroger quant à la légitimité des mesures prises par les pouvoirs publics que de s'attarder sur les éventuels garanties et garde-fous mis en œuvre lors de restrictions apportées à l'exercice des libertés en période de crise sanitaire inédite.

Sujet vaste qui anime l'actualité depuis plus d'un an maintenant, la crise sanitaire a fait couler beaucoup d'encre et nombre d'articles ont été publiés à cet égard. Des colloques et conférences ont été organisés, notamment par les membres de la doctrine mais également par le Conseil d'État. Ce faisant, le flux d'informations, de débats, d'avis partagés à l'égard de cette thématique est considérable.

En effet, si les états d'exception et l'état d'urgence sécuritaire (EUS) ont fait l'objet de diverses études plus ou moins précises et plus ou moins récentes, l'état d'urgence sanitaire est encore bien trop jeune pour que les problématiques qui s'y affèrent aient fait l'objet de recherches aussi approfondies.

27 Arnold RAINER, « Méthodologie et mécanismes institutionnels des états d'urgence et d'exception ». In : *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 24-2008, 2009. Constitution et famille(s) – Urgence, exception et Constitution, p. 420

28 Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2018, p. 41

De ce fait, il est pertinent de s'intéresser à ce dispositif qu'est l'état d'urgence sanitaire, d'un point de vue constitutionnel, d'une part, car c'est une nouveauté, et d'autre part, car il interroge sur le mode de fonctionnement de l'État (de droit) et notamment sur les rapports entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. D'ailleurs, certains auteurs, tels qu'Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, déploraient tous deux, une certaine désertion de la doctrine constitutionnaliste quant aux « lieux de production du droit de l'état d'urgence, c'est-à-dire vers le législateur et le pouvoir réglementaire »²⁹. Bien que certains ouvrages³⁰ traitent en partie de cette question s'agissant de l'état d'urgence issu de la loi de 1955.

Néanmoins, des nombreuses publications et parutions relatives à la crise sanitaire et sa gestion, deux remarques peuvent être faites quant aux éléments marquants qui ont largement fait réagir la doctrine :

D'une part, l'un des premiers constats opérables est le suivant : le recours à l'état d'urgence et la création d'un nouveau dispositif a été globalement, du moins au départ de la crise, plutôt remis en cause par la doctrine. Cette dernière considérant que l'arsenal juridique était suffisant pour gérer la crise, se questionnant donc par la même occasion sur la pertinence et les finalités de l'émergence d'un nouvel outil d'exception en droit français. Un recensement synthétique de ces analyses a été réalisé par des membres de la doctrine³¹.

D'autre part, ce sont les restrictions parfois jugées trop excessives et ce, sans garanties de protection suffisantes, qui ont suscité une levée de boucliers de la part de divers acteurs au sein de la société française³². En effet, si la préservation de la santé publique n'est évidemment que

29 Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes Perspectives, 2^e éd., p. 16

30 On peut citer l'ouvrage suivant : Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2018, 388 p.

31 Antonin GELBLAT, Laurie MARGUET, « Etat d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 20 avril 2020

32 Pour ne citer que quelques exemples : Patrick Calvas, « Liberté et autonomie à l'épreuve de la pandémie : quand protéger conduit à confiner et quand libérer conduit à surveiller », *Éthique et santé* (2020) 17, 209-215 [En ligne sur ScienceDirect] / Rodolphe MESA, « Les restrictions à la liberté d'aller et venir, et les infractions liées à l'état d'urgence sanitaire et au Covid-19 », *Gazette du Palais*, n°14, 2020, p.23 / Ludovic PAILLER, « StopCovid : la santé publique au prix de nos libertés ? Brèves observations sur l'application de traçage numérique », *Recueil Dalloz*, 2020, p.935

très rarement remis en cause, c'est l'absence de contrôle adapté pour veiller à la légalité des mesures restrictives qui est décriée.

En ce sens, les confinements successifs, les mesures de mise en quarantaine ou en isolement, l'obligation de se munir d'attestations pour pouvoir quitter son domicile et se rendre d'un lieu à l'autre, les couvre-feu, les interdictions de quitter le territoire national, etc. sont autant de mesures qui, par leur essence même, ont entravé la liberté de circulation de tout un chacun.

Et de surcroît, le contrôle juridictionnel qui constitue un rempart nécessaire contre les abus de tout temps, et qui est d'autant plus important en période de crise, a pu, à certains égards, sembler insuffisant. De même, le contrôle parlementaire sur l'exercice des pouvoirs exceptionnels du Gouvernement s'est avéré très limité.

Ainsi, en quoi les décisions prises en période de crise et dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire rendent-elles compte d'une difficile protection accordée à la liberté d'aller et venir en France ?

La production à la fois rapide, eu égard à l'urgence de la crise, et étendue dans le temps, eu égard aux évolutions de l'épidémie, du droit de crise sanitaire destiné à lutter contre l'épidémie de Covid-19, bien qu'ayant vocation à encadrer l'état d'urgence sanitaire n'a pas permis de faire totalement barrage aux atteintes portées à la liberté d'aller et venir (**Chapitre 1**). Une fois ce dispositif d'exception ayant intégré l'ordonnancement juridique, les juges peuvent apparaître comme des contre-pouvoirs destinés à limiter l'insuffisance des garanties prévues par le droit. Or, l'analyse de la jurisprudence ne permet malheureusement pas de dresser un tel constat (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La production complexe d'un droit de crise garantissant la liberté d'aller et venir en période d'urgence sanitaire

La crise sanitaire du Covid-19 a été l'occasion de constater que la France, tout comme le monde entier, n'était pas armée juridiquement pour faire face à une situation de catastrophe sanitaire. Cet événement a donc permis de prendre conscience des insuffisances de notre droit commun (**Section 1**) nécessitant la production d'un dispositif d'urgence offrant aux pouvoirs publics des moyens d'action plus conséquents et en adéquation avec les spécificités liées à la gestion d'une épidémie. Toutefois, de tels pouvoirs méritent d'être convenablement encadrés. Or, en pratique, cet encadrement s'est avéré difficile à instaurer (**Section 2**).

Section 1 : Le recours par le pouvoir réglementaire à un droit commun insuffisant restreignant la liberté d'aller et venir durant la crise sanitaire

Prévoir et anticiper les situations de péril, de catastrophes, de circonstances exceptionnelles et autres événements inattendus semblent figurer parmi les éléments clés qui caractérisent les démocraties modernes. Dès lors, lorsque le droit commun est insuffisant – ou est perçu comme insuffisant – le recours aux régimes d'exception constitue un moyen, pour les pouvoirs publics, de prendre des mesures pour faire face à la crise. Par ailleurs, le fait d'introduire de tels mécanismes dans le droit commun constitue un moyen « *d'intégrer la crise dans le régime pour éviter une crise de régime afin de maintenir la continuité de la République* »³³.

En France, les textes, d'une part, prévoient la mise en œuvre de tels régimes dérogatoires. C'est le cas des articles 16 et 36 de la Constitution française du 4 octobre 1958 qui régissent respectivement les pouvoirs exceptionnels octroyés au chef de l'État et l'activation de l'état de siège ou encore de la loi du 3 avril 1955 qui régit l'état d'urgence. D'autre part, des régimes d'exception peuvent également être créés de manière jurisprudentielle. La théorie des circonstances exceptionnelles élaborée par le Conseil d'État en est une illustration topique.

Au vu du caractère exceptionnel de la crise de Covid-19, de nombreux Etats se sont vus contraints de recourir à une législation adaptée, c'est-à-dire à une législation d'exception

33 « Etat d'exception : les leçons de l'histoire », Les Cahiers de la justice, 2016, p. 1

motivée par l'urgence. Si tous se sont globalement accordés sur un tel recours, la manière empruntée pour y parvenir diffère selon les Etats. En effet, certains Etats ont choisi d'activer des dispositifs de crise existants – parfois en les modifiant afin de s'adapter au mieux au contexte – au sein de leur ordre juridique. Ces dispositifs pouvant être prévus par le texte constitutionnel ou encore par des lois ordinaires. Tandis que d'autres Etats ont fait le choix de créer un nouveau régime d'exception pour l'occasion. La France s'illustre bien évidemment dans cette seconde catégorie.

Toutefois, avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire français le 23 mars 2020, le gouvernement avait d'ores et déjà pris diverses mesures restreignant les libertés, en particulier celle d'aller et venir, en vue de lutter contre la propagation de l'épidémie. Pour ce faire, l'exécutif a notamment dans un premier temps eu recours aux dispositions du Code de la Santé publique en vigueur depuis la loi du 5 mars 2007. Par conséquent, ceci traduit l'existence de mécanismes juridiques existants en droit national français en cas de survenance d'épidémies.

Ainsi, dans un premier temps, les pouvoirs publics, dépourvus de moyens d'action adéquats, se sont trouvés dans l'obligation de puiser dans le droit commun existant (**Paragraphe 1**). En inadéquation avec les spécificités de la crise sanitaire, l'adoption de certaines mesures repose donc sur des fondements légaux fragiles (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'adoption de mesures exceptionnelles basées sur le droit commun

Au début de la crise, peu de moyens juridiques pouvaient permettre aux autorités publiques de réagir rapidement (**I**). Le fondement légal réellement opérationnel résidait en réalité, pour l'essentiel, dans l'article L.3131-1 du CSP (**II**).

I) L'existence de moyens d'action limités au bénéfice des pouvoirs publics en matière sanitaire

Certains moyens ont été pensés par les autorités pour gérer les situations de crises sanitaires (**A**). C'est à la condition qu'une menace sanitaire existe que des pouvoirs de police ont pu être mobilisés par les autorités publiques (**B**).

A) Les dispositifs juridiques mis en place par les pouvoirs publics contre les menaces et crises sanitaires graves

Les épidémies constituent des épreuves inattendues majeures au sein des sociétés en ce qu'elles impactent chaque pan de ces dernières. À partir du 19^{ème} siècle, l'Europe est frappée par de nouvelles épidémies telles que la fièvre jaune, le choléra, ou encore par des pandémies grippales telles que la grippe espagnole. La Première révolution industrielle (1780-1810) et celle des transports (bateaux à vapeur, trains, etc) favorisent une circulation vaste et rapide des maladies à travers le monde.

L'État s'est rapidement affirmé comme le plus à même d'assurer la protection de la santé publique (1). Cette dernière figure donc parmi les politiques publiques les plus importantes (2).

1) L'affirmation de la compétence de l'État en matière de santé publique

En France, c'est à cette période que les pouvoirs publics commencent clairement à affirmer leur compétence en matière de politique sanitaire. En effet, par principe, la santé publique relève de la compétence de l'État. À cet égard, l'alinéa 2 de l'article L1411-1 du Code de la santé publique dispose que « *la politique de santé relève de la responsabilité de l'État* ». Cette stratégie centralisée au niveau de l'État est avantageuse en ce qu'elle permet d'assurer dans un premier temps une certaine cohérence « *des doctrines de soin et de protection du public à l'échelle du territoire* »³⁴. Dans un deuxième temps, elle favorise une meilleure prise en charge des malades, la France ayant fait le choix d'assurer un égal accès de chaque citoyen à la santé. Comme le prévoient, d'une part, l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 qui énonce que la Nation « *garantit à tous [...] la protection de la santé* », et d'autre part, l'alinéa 1^{er} de l'article L1411-1 du CSP qui affirme que « *la Nation définit sa politique de santé afin de garantir le droit à la protection de la santé de chacun* ». Enfin, dans un troisième temps, la santé publique étant une compétence régaliennne, l'accès aux moyens spécifiques dont dispose l'État est facilité et plus rapide.

34 Rapport n°199 (2020-2021), « Santé publique : pour un nouveau départ – Leçons de l'épidémie de Covid-19 » de Mme Catherine DEROCHE, M. Bernard JOMIER et Mme Sylvie VERMEILLET, fait au nom de la CE Evaluation des politiques publiques face aux pandémies, déposé le 8 décembre 2020

Ainsi, afin d'assurer l'ordre public sanitaire et suivant une dynamique de prévention des crises sanitaires, l'action publique œuvre en faveur de la mise en place d'une « police sanitaire » car les autorités de police ont l'obligation, dans certaines circonstances particulières, de prendre des mesures de police initiales³⁵ s'il existe un trouble à l'ordre public. La volonté des autorités publiques étant de prévoir un encadrement juridique adéquat pour lutter contre la propagation de maladies et protéger la population.

Cette action de l'État en matière de santé publique, notamment pour prévenir les épidémies, n'est pas récente. Dès le début du 19^{ème} siècle, étaient adoptées le 3 mars 1822 la loi relative à la police sanitaire maritime ainsi que son ordonnance d'exécution en date du 7 août 1822. L'objectif de ces deux textes était de « *préserver le territoire de l'invasion des maladies pestilentielles* »³⁶. Parmi elles, il s'agissait de lutter contre la peste qui avait fait des ravages en 1720 en Provence, contre la fièvre jaune qui sévit également en Provence, mais aussi contre le choléra qui constituait une menace pour l'Europe et qui frappa la France environ 10 ans après l'adoption de ces deux textes. Ces derniers sont réellement fondateurs en ce qu'ils permettent une véritable homogénéisation des règles en matière sanitaire maritime à l'échelle nationale. Les dispositions ainsi prévues avaient pour mission de régir les passages aux frontières en mettant en place des contrôles à ces endroits stratégiques.

Dans cette dynamique, la santé publique est rapidement devenue un axe majeur de l'action publique.

2) La protection de la santé publique : un objectif majeur des politiques publiques

Toutefois, il faut attendre plusieurs décennies avant que la « *société française se dote d'une très forte juridiction sanitaire* »³⁷. Au gré de l'évolution et des découvertes scientifiques, de nombreuses lois de santé publique seront adoptées en France. Parmi elles figure la Loi de protection de la santé publique en date du 15 février 1902 qui est axée sur la promotion de l'hygiène et de la salubrité publique visant à lutter contre les épidémies et maladies

35 CE, 23 octobre 1959, *Doublet*

36 Bernard HILLEMANT, « La police sanitaire maritime française au XIX^{ème} siècle », Histoire des sciences médicales – Tome XLVI – n°2 - 2012

37 Isabelle CAVE, *Etat, santé publique et médecine à la fin du XIX^e siècle français*, L'Harmattan, 2016

contagieuses. Par ailleurs, cette loi est également célèbre en ce qu'elle rend la vaccination antivariolique obligatoire.

La fin de la Première Guerre Mondiale marque le début de l'épidémie de grippe espagnole en France, lors de laquelle la gestion de la crise par les pouvoirs publics s'est avérée totalement inefficace. Le pouvoir central se reposant sur les pouvoirs locaux (préfets et municipalités) pour agir contre la propagation de la maladie.

Au début des années 2000, et dans le cadre de la réforme du système de santé français, l'objectif des pouvoirs publics est d'améliorer le dispositif institutionnel français en matière de prévention et de gestion des risques sanitaires. La loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ainsi que la loi n°2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur forment un dispositif plutôt complet de sécurité sanitaire. Cette dernière étant appréhendée comme « *l'ensemble des décisions, programmes et actions visant à protéger la population contre tous les dangers et les risques pour la santé considérés comme échappant au contrôle des individus et relevant donc de la responsabilité des pouvoirs publics* »³⁸.

Par ailleurs, l'État dispose d'un ensemble de plans d'action sectoriels en prévision de crises de grande ampleur et de catastrophes. Ainsi, il détient par exemple un plan national de prévention et de lutte « Pandémie grippale » réalisé en 2009 suite à l'épisode pandémique de grippe, et actualisé en 2011.

B) La mise en œuvre d'une police sanitaire de droit commun conditionnée à l'existence d'une menace sanitaire grave

Le droit positif prévoit l'existence de mécanismes destinés à alerter les autorités compétentes quant à l'existence d'une menace (1). Ce qui aura pour effet de permettre l'intervention des autorités chargées d'assurer un rôle de police (2).

38 Site Internet du Ministère des Solidarités et de la Santé

1) L'activation de mécanismes de veille et d'alerte sanitaire

En effet, chargés d'assurer la veille et la sécurité sanitaire (VSS), des organismes tels que l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) ou la Commission européenne à l'échelle internationale, les agences françaises de sécurité sanitaires (AFSS) (l'Agence Nationale de Santé publique connue sous l'appellation de Santé publique France, l'Agence Nationale de Sécurité du Médicament et des produits de santé (ANSM), le Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP), la Haute Autorité de Santé (HAS), etc.) ou encore le Centre Opérationnel de Régulation et de Réponse aux Urgences Sanitaires et Sociales (CORRUSS) du ministère chargé de la santé à l'échelle nationale, les Agences Régionales de Santé (ARS) à l'échelle territoriale, etc. constituent les maillons d'une grande chaîne destinée à identifier et évaluer les risques sanitaires.

Ayant une origine extra-nationale, l'existence d'un risque sanitaire a par conséquent d'abord été évoquée par des instances non-nationales et notamment par l'OMS lors de la crise du Covid-19. À compter du mois de janvier 2020, l'OMS, figure de la lutte contre la propagation internationale des maladies, commence à mettre en œuvre une stratégie de riposte face aux situations d'urgence. Et si le 14 janvier 2020, elle signale que la « *transmission [du virus] interhumaine est limitée* »³⁹ au regard des données provenant de Chine, le Directeur général de l'Organisation affirme, le 29 janvier 2020, que « *le risque d'une flambée bien plus importante hors de Chine* »⁴⁰ existe.

En France, défini comme le point focal national des alertes au sens du Règlement Sanitaire International (RSI) de 2005, le Centre Opérationnel de Régulation et de Réponse aux Urgences Sanitaires et Sociales (CORRUSS) du ministère chargé de la santé est mobilisé. En effet, au début du mois de janvier le Directeur Général de la Santé met en place une veille du CORRUSS de niveau 1, correspondant à une phase de veille opérationnelle pour la gestion courante des alertes sanitaires.

Au 22 janvier, la ministre de la Santé élève le CORRUSS au niveau 2. Il s'agit d'un niveau renforcé qui déclenche la mobilisation d'une équipe de professionnels exclusivement dédiée à la

39 Site Internet de l'OMS

40 Idem

gestion d'un événement particulier ayant un impact sanitaire significatif. Le dernier niveau, le niveau 3, est atteint le 27 janvier 2020. Ceci entraîne l'activation du Centre de Crise Sanitaire (CCS) en cas de situation sanitaire exceptionnelle. Ce dernier est composé de quatre cellules : une cellule de crise assurant notamment le suivi permanent de la situation nationale et anticipant les mesures futures à prendre, une cellule d'aide à la décision composée d'experts qualifiés dans divers domaines, une cellule de communication chargée de gérer les relations avec les médias et une cellule de décision présidée par le Ministre de la Santé, son représentant ou le Directeur Général de la Santé, chargée de la conduite stratégique de la crise.

Dès lors, au regard du risque de crise sanitaire imminente et d'une gravité considérable, la mécanique institutionnelle était enclenchée, permettant au pouvoir exécutif d'intervenir. Dès le départ, lorsque la crise sanitaire n'était qu'à ses débuts, le mot d'ordre est l'isolement des personnes potentiellement infectées par le virus. Agnès Buzyn, ministre de la Santé au début de l'épidémie, affirmait qu'il n'y avait rien d'autre « *à proposer que de confiner le virus pour éviter sa propagation dans la population* »⁴¹, et considérant par conséquent que la priorité était l'isolement. En effet, l'urbanisation des territoires et l'organisation sociale de nos sociétés, en particulier au sein des grandes villes, constituent les principaux facteurs de propagation des épidémies. Dès lors, plusieurs arrêtés en vue de restreindre les déplacements et regroupements de la population française seront pris par le Ministère chargé de la Santé sur le fondement de l'article L.3131-1 du CSP.

2) Les pouvoirs de police sanitaire du Ministre chargé de la Santé fondés sur l'article L.3131-1 du Code de la Santé publique

Avant l'élaboration de l'état d'urgence sanitaire, les pouvoirs publics ont été tenus de réagir rapidement, dans l'urgence et ils ont ainsi eu recours à ce qui était prévu dans le droit commun. L'exercice de prérogatives de puissance publique et de police administrative est mis en œuvre à divers niveaux : ministériel, interministériel, déconcentré.

41 Benoît PAVAN, « Coronavirus : la station de ski de Contamines-Montjoie, en Haute-Savoie, un foyer potentiel en France », Le Monde, 10 février 2020

En effet, au niveau ministériel et dans un cadre de police sanitaire, l'article L3131-1 du Code de la Santé Publique, issu de la loi du 5 mars 2007⁴², habilite le Ministre chargé de la santé, en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, à prescrire, par arrêté motivé, 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* ».

Et c'est effectivement sur cette base juridique que vont se fonder les premières mesures décidées par le Ministre des Solidarités et de la Santé. Cette intervention du Ministre chargé de la Santé traduit donc la caractérisation, dès la fin du mois de janvier, d'une « *menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence* ». Cette caractérisation survient ainsi à la suite de la diffusion d'alertes sanitaires réalisée à divers échelons permise grâce à la collaboration des autorités publiques locales, nationales et internationales.

Parmi les mesures adoptées, de nombreuses mesures étaient relatives à la limitation de la circulation des personnes sur et en dehors du territoire national.

II) L'article L.3131-1 du Code de la Santé Publique : base légale unique dédiée à la gestion d'une crise sanitaire

Les premières mesures adoptées par le Ministre chargé de la Santé, restreignant la liberté d'aller et venir, se sont traduites par un recours à l'isolement des personnes affectées ou suspectées de l'être **(A)**. Or, la faiblesse et l'insuffisance du fondement légal de ces mesures ont rapidement été constatées **(B)**.

A) L'édition de mesures initiales d'isolement prophylactique

Dans un premier temps l'objectif des pouvoirs publics est de contrôler l'arrivée sur le territoire national des personnes en provenance des foyers infectieux (le premier se situant initialement dans la ville de Wuhan en Chine). C'est ainsi que le 30 janvier 2020 deux arrêtés

42 Loi n°2007-294 du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur

relatifs à la lutte contre l'épidémie du coronavirus 2019 étaient adoptés par le Ministre chargé de la Santé, dont l'un était relatif à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus Covid-19. Et moins d'un mois plus tard deux autres arrêtés relatifs à la lutte contre les risques de propagation de l'épidémie de virus Covid-19 en date du 20 février 2020 étaient pris. En ce sens, la décision d'opter pour une mise en quarantaine de ces personnes était rapidement prise afin de freiner la propagation de la maladie sur le territoire français. Elle fait directement suite au rapatriement des français en provenance de Wuhan organisé par le Ministère de l'Europe et des affaires étrangères.

Les premiers arrêtés pris en date des 30 janvier et 20 février 2020 ont habilité les préfets, représentants de l'État et de chacun des membres du Gouvernement au sein des collectivités territoriales au sens de l'article 72 de la Constitution, à placer en quarantaine les personnes ayant résidé à Wuhan (Chine) et arrivant sur le territoire français, et ce, après avis des directeurs généraux des agences régionales de santé (ARS). Ils permettent par la même occasion l'ouverture de centres d'hébergement destinés à accueillir lesdits ressortissants français rapatriés.

1) Le recours historique à l'isolement prophylactique : un moyen efficace de contenir l'épidémie

Le recours à cette stratégie de mise en quarantaine et d'isolement n'est absolument pas nouveau. L'apparition du terme de « quarantaine » est classiquement datée au XIV^e siècle. Les premières mesures de quarantaine concernent les navires amarrant aux ports méditerranéens. Il s'agissait d'isolements sanitaires de durées variables. Bien qu'initialement la « quarantaine » renvoyait à un isolement d'une durée de 40 jours.

En France, la loi du 3 mars 1822 relative à la police sanitaire intervient dans une dynamique de défense du territoire national en rendant les frontières moins perméables à l'intrusion de maladies pestilentielles afin de protéger la population nationale. Cette loi institue une « patente de santé »⁴³ destinée à régir, s'il devait y en avoir, les mesures de quarantaines à prendre. Il s'agissait d'un document médico-administratif qui visait à renseigner les autorités

43 Bernard HILLEMAND, « La police sanitaire maritime française au XIX^e siècle », Histoire des sciences médicales – Tome XLVI – n°2 - 2012

portuaires sur l'état sanitaire du navire et sur celui de ses lieux d'escale. Véritable passeport, ce document était obligatoire pour tout navire quelque soit son lieu de destination et sa provenance. Par ailleurs, une distinction était opérée selon que les navires provenaient de pays réputés « sains » ou de pays réputés « non sains ». Dans le premier cas, la loi prévoyait simplement la mise en œuvre de visites et d'interrogatoires d'usages visant à vérifier l'état sanitaire des navires. À l'inverse, dans le second cas, le contrôle opéré était plus strict. Pour les navires en provenance de pays réputés non sains des régimes différents en fonction des types de quarantaines étaient institués. En effet, selon la provenance des navires, la loi prévoyait trois régimes distincts : le régime de la patente nette, le régime de la patente suspecte et le régime de la patente brute. Ces deux derniers régimes induisaient une « quarantaine de rigueur » plus ou moins longue. Tandis que le premier régime impliquait simplement une « quarantaine d'observation » permettant aux navires de pénétrer plus facilement sur le territoire concerné.

Faisant écho aux centres d'hébergement créés par les arrêtés ministériels au début de l'année 2020 en période de Covid-19, les « lazarets », établissements édifiés pour la mise en quarantaine, permettaient, dès le XVe siècle, une « séquestration » à terre des passagers, équipages et marchandises pendant la durée d'isolement imposée.

Dès lors, toutes ces mesures de mises en isolement prophylactique ou de mises en quarantaine des ressortissants français souhaitant entrer sur le territoire national s'inscrivent dans une dynamique de restriction de la liberté d'aller et venir constitutionnellement protégée.

2) L'apport de garanties limitées entourant les premières mesures de mise en quarantaine, de placement et maintien en isolement

Avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire par la loi du 23 mars 2020, les mesures de restriction apportées à la liberté d'aller et venir pour un motif d'ordre public sanitaire étaient limitativement énumérées par la loi. En effet, de telles restrictions sont en elles-mêmes extrêmement sensibles au regard du caractère fondamental de la liberté. De plus et par ailleurs, en matière de santé publique, le respect du principe de consentement libre et éclairé du patient s'impose aux professionnels de santé qui ne peuvent donc contraindre quiconque à l'isolement en cas de maladie contagieuse.

Par conséquent, des mesures privatives de liberté d'aller et venir sont possibles dans trois hypothèses seulement : en cas d'hospitalisation d'office sans consentement du malade lorsque ce dernier est atteint de troubles psychiatriques (hypothèse prévue par l'article L3213-1 du CSP), prononcée par le préfet ; dans le cadre de la prévention et de la lutte de la propagation des maladies lors de laquelle le préfet est habilité à prendre des mesures individuelles d'isolement (hypothèse prévue à l'article L3115-10 du CSP) et enfin en cas d'urgence énoncée par le ministre de la santé lui permettant de prendre toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence (hypothèse prévue à l'article L3131-1 du CSP).

En ayant eu recours à cette dernière hypothèse, le ministre de la Santé a induit une réduction de l'exercice de la liberté d'aller et venir avec pour objectif la garantie de l'ordre public sanitaire. Il convient de souligner que ces mesures ont été adoptées dans le cadre de l'exercice des prérogatives de police administrative spéciale que détient le Ministre des Solidarités et de la Santé. En ce sens, les autorités publiques ont été investies d'un pouvoir de police administrative leur permettant de réduire davantage la circulation des personnes.

Ainsi, au regard des exigences de proportionnalité et de nécessité inhérentes aux mesures restrictives de liberté, le Ministre de la Santé a enjoint le représentant de l'État territorialement compétent à faire preuve de précision lors de l'édiction de ses arrêtés. En effet, ce dernier est nécessairement tenu de mentionner cinq éléments : la durée initiale du placement en quarantaine (qui ne peut excéder 14 jours) ; la possibilité de reconduire ou de lever la mesure avant le terme initialement prévu au vu de l'état de santé de l'intéressé, des cas qui auraient pu se déclarer et de l'évolution des connaissances scientifiques sur le virus ; le lieu du centre d'hébergement ; les droits de la personne concernée mentionnés aux articles 3 et 32 du RSI de 2005 et les conditions de mise en place d'un suivi médical durant le placement.

Ces exigences constituent, dans une certaine mesure, des garanties pour les individus frappés par de telles restrictions en ce que ces dernières sont obligatoirement, plus ou moins, circonscrites dans l'espace et le temps.

Or, l'habilitation dont les autorités ont été investies par le Ministre de la Santé interroge quant à sa dimension. En effet, en 2012 le préfet du département de l'Aveyron avait déjà été habilité par le Ministre de la Santé, et sur le fondement de l'article 3131-1 du CSP, à prendre des mesures de confinement de toute personne atteinte d'une pathologie hautement contaminante en raison de la présence sur le territoire concerné d'une personne infectée par une maladie tuberculeuse résistante contagieuse refusant de suivre le traitement qui lui était imposé et de s'isoler⁴⁴. Or, à l'époque, le préfet avait été réticent et ne s'était pas saisi de cette faculté offerte craignant que celle-ci aurait matériellement et illégalement porté une atteinte grave à la liberté d'aller et venir, constituant ainsi une voie de fait⁴⁵. Cette habilitation des représentants de l'État territorialement compétents, ayant été possible par simples arrêtés ministériels, traduit l'absence dans le droit commun français, d'un régime juridique encadrant la mise en quarantaine, la mise en isolement ou encore le placement d'individus pour des motifs sanitaires avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire.

Ce vide juridique est-il critiquable alors que la crise sanitaire du Covid-19 est apparue comme étant un événement inattendu et exceptionnel ? Le législateur est-il tenu d'anticiper et de prévoir, dans un Etat de droit, des politiques publiques sanitaires permettant de régir de telles situations dans un cadre légal approprié aux circonstances ? À cet égard, la Commission des affaires sociales du Sénat avait fait part d'une proposition de loi relative à la sécurité sanitaire⁴⁶, peu avant le début de l'épidémie de Covid-19, déposée au Sénat le 5 décembre 2019 visant notamment à développer un système efficient de prévention des maladies vectorielles. Parmi les objectifs de la proposition, l'un était d'insérer dans le CSP un chapitre consacré aux « *mesures d'éviction et de maintien à domicile des personnes non malades ayant été en contact avec une ou plusieurs personnes atteintes d'une maladie transmissible* ». Était également envisagée la mise en place d'un dispositif d'« *isolement contraint proportionné et gradué [pour permettre] de prendre en charge en établissement de santé des patients atteints d'une pathologie hautement contagieuse et refusant de respecter les consignes de prophylaxie dont l'isolement* ».

44 Arrêté du 22 octobre 2012 habilitant le préfet du département de l'Aveyron à prendre des mesures de confinement de toute personne atteinte d'une pathologie hautement contaminante

45 Avis n°380 de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, enregistré à la Présidence du Sénat le 19 mars 2020

46 Proposition de loi n°180 relative à la sécurité sanitaire (2019-2020), transmise à l'Assemblée nationale le 6 février 2020

B) La faiblesse et l'insuffisance des mesures de police fondées sur l'article L.3131-1 du Code de la Santé Publique

Toutefois, l'une des questions qui se pose est celle de savoir si, oui ou non, la mise en quarantaine ou en isolement de personnes en provenance de zones à risques peut être appréhendée comme une assignation administrative à résidence ? Le parallèle peut sembler quelque peu périlleux notamment au regard du fait que les assignations administratives à résidence, issues de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence, ont massivement été mobilisées en période d'état d'urgence sécuritaire de 2015. Or, tout comme les assignations administratives à résidence, ces décisions de mise en quarantaine ou en isolement entravent l'exercice, par les personnes concernées, de leur liberté de circulation, surtout lorsqu'elles ne sont pas encadrées (1). Or, ces mesures n'ont pas permis d'enrayer la propagation de l'épidémie (2).

1) L'absence de régime encadrant les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement

Initialement, l'article 6 de la loi de 1955 prévoyait la possibilité pour le Ministre de l'Intérieur d'assigner à résidence, dans une circonscription territoriale ou une localité déterminée se trouvant dans une agglomération ou à proximité d'une agglomération, toute personne « *dont l'activité s'avér[ait] dangereuse pour la sécurité et l'ordre publics* ». Dispositif visant donc à restreindre la liberté de circulation des individus auxquels il est appliqué. Deux réserves avaient été prévues par le législateur quant à la mise en œuvre d'une assignation à résidence : d'une part, était interdite la création de camps de détention destinés à accueillir les personnes assignées ; et d'autre part, il incombait à l'administration de prendre « *toutes dispositions pour assurer la subsistance des personnes astreintes à résidence ainsi que celle de leur enfant* ».

Le régime juridique de ces assignations administratives à résidence était trop peu précis quant aux pouvoirs restrictifs conférés à l'autorité administrative. Dès lors, les garanties légales que se doivent de bénéficier les personnes concernées par de telles mesures restreignant leur liberté d'aller et venir étaient clairement insuffisantes. C'est notamment pour cette raison qu'en

2015, lors de la recrudescence des menaces terroristes sur le territoire national, les pouvoirs publics ont opté pour une actualisation du régime juridique de ces assignations.

En effet, la loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions est intervenue notamment afin de mettre en œuvre « *une adaptation et un renforcement des garanties offertes par la loi de 1955 dans la mise en œuvre des prérogatives confiées à l'autorité administrative* »⁴⁷ dans le cadre de l'état d'urgence.

S'agissant du régime de l'assignation à résidence en particulier, la loi fait évoluer le champ d'application de la mesure. Le régime établi s'inspire de celui prévu par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) pour les étrangers représentant une menace pour l'ordre public, assignés à résidence dans l'attente de leur éloignement du territoire. L'article 6 de la loi de 1955 modifié précise qu'il incombe au Ministre de l'Intérieur de fixer le lieu de l'assignation à résidence de la personne concernée. Par ailleurs, il prévoit qu'une telle mesure d'assignation peut être prononcée envers « *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...* ». Ce qui a pour vocation d'élargir le champ d'application de l'assignation à résidence car il ne s'agit plus de s'intéresser à « l'activité » de l'individu comme c'était le cas avec la loi de 1955 mais seulement son « comportement ». De plus, l'article 6 modifié autorise les personnes assignées à résidence à demeurer dans un lieu d'habitation déterminé par le Ministre de l'Intérieur. Mais surtout, l'article 6 fixe désormais la durée maximale d'une assignation à domicile qui ne peut excéder une durée de 12 heures par 24 heures.

Globalement, ledit article définit avec plus de précisions les conditions dans lesquelles une mesure d'assignation peut être prononcée dans le cadre de l'état d'urgence. La loi n°2016-1767 du 19 décembre 2016 ainsi que la loi n°2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique sont venues à nouveau modifier le régime de l'assignation à résidence. La première est venue fixer à 12 mois la durée au-delà de laquelle l'assignation à résidence ne peut être

47 Projet de loi n°3225 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, enregistré à la Présidence de l'AN le 18 novembre 2015

prolongée sous réserve d'une prolongation autorisée expressément par le juge des référés du Conseil d'État. Or, le Conseil Constitutionnel a déclaré cette procédure, telle que prévue par la loi de 2016, comme étant inconstitutionnelle et est venue encadrer par une triple réserve les conditions de prolongation d'une mesure d'assignation à résidence⁴⁸. La seconde prévoit que le Ministre de l'Intérieur puisse déléguer au préfet le soin de modifier les conditions d'une assignation à résidence.

Dès lors, au vu de ces considérations et notamment au regard du caractère restrictif de la liberté de circulation, la mise en quarantaine ou en isolement et l'assignation à résidence permettent toutes deux de mettre en exergue des éléments de comparaison intéressants.

D'abord, s'agissant du moment, de la période d'intervention de ces deux types de mesures, l'on constate qu'ils interviennent tous deux en période exceptionnelle. En effet, la mise en quarantaine ou en isolement d'individus a été une stratégie mobilisée durant la crise sanitaire du Covid-19. Au départ, elle l'a été à la hâte et sans véritable encadrement légal strict, se fondant simplement sur les arrêtés ministériels du Ministre de la santé, et ce jusqu'à ce que soit adoptée la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions. De son côté, l'assignation à résidence a, elle aussi, été un moyen auquel les pouvoirs publics ont recouru en période d'état d'urgence, comme cela a été le cas dès 2015 pour faire face à la menace terroriste qui planait sur le pays. Ainsi, il peut apparaître, qu'en cas de troubles quels qu'ils soient, le contrôle, la surveillance et la limitation des déplacements des individus sur le territoire national ou entrant et sortant du territoire national constituent des enjeux cruciaux pour les autorités publiques. Lesdits individus étant perçus comme des menaces contre lesquelles il convient de se protéger.

Ensuite, en effet, dans les deux cas, la finalité de telles mesures semble être de garantir la protection d'un intérêt supérieur. D'une part, pendant la crise sanitaire du Covid-19, le recours à la mise en quarantaine ou en isolement est choisi « *dans l'intérêt de la santé publique* », comme le mentionnent les premiers arrêtés des 30 janvier et 20 février 2020 du Ministre de la Santé. D'autre part, l'assignation à résidence, mesure utilisée en période de menace terroriste, est

48 Cons. Const., Décision n°2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyani I.*, JORF n°0065 du 17 mars, texte n°67.

décidée en vue de garantir « *la sécurité et l'ordre publics* »⁴⁹. Plus généralement, les objectifs poursuivis font intuitivement écho à diverses notions – dont la sécurité et l'ordre public font partie – qui sont souvent associées et qui entraînent donc quelques difficultés quand il s'agit de les circonscrire. L'on peut ajouter la notion d'intérêt général à la liste. Les objectifs poursuivis par les mesures prises constituent des éléments clés car ils permettent d'apprécier le caractère approprié de la mesure, sa nécessité ainsi que sa proportionnalité.

Aussi, les deux types de mesures sont de nature administrative en ce qu'elles émanent d'une autorité administrative. La mesure de mise en quarantaine ou de mise en isolement peut être prise, avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire, par le ministre chargé de la Santé ou par le préfet. Alors que l'assignation à résidence est une mesure qui peut être prise par le ministre de l'Intérieur, et pour laquelle le préfet peut être habilité à en modifier les conditions de mise en œuvre.

De plus, la fixation du lieu où les personnes astreintes sont tenues de rester est un impératif imposé par les textes, tant s'agissant de la mise en quarantaine ou en isolement que de l'assignation à résidence.

Par ailleurs, tant les arrêtés ministériels du ministre de la Santé de 2020 que les lois encadrant le régime de l'assignation à résidence indiquent les durées maximales durant lesquelles les personnes frappées par de telles mesures ne peuvent quitter l'endroit fixé par l'autorité administrative compétente. L'assignation à résidence ne peut excéder 12 heures par 24 heures et ne peut dépasser une durée de 12 mois ininterrompue (sous réserve de respecter certaines conditions strictes). Tandis que la quarantaine ou l'isolement ne peuvent, avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire, pas dépasser une durée de 14 jours. C'est-à-dire que l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir des personnes concernées est délimitée dans le temps, elle ne dure pas indéfiniment.

Néanmoins, aucune indication ne figure, dans les arrêtés ministériels, quant à la durée journalière de la mise en quarantaine ou en isolement. Ce qui tend à faire penser que de telles

49 Loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions

mesures restreignent davantage la liberté d'aller et venir qu'une mesure d'assignation à résidence dont la durée journalière maximale a été fixée par la loi à 12 heures. Sans cette garantie de durée, ces mesures de confinement ne s'apparentent-elles pas à des mesures privatives de liberté et non plus seulement restrictives de liberté ? En effet, si les mesures d'assignation à domicile sont envisagées comme des mesures restrictives et non pas privatives de liberté c'est, selon l'interprétation donnée par le Conseil Constitutionnel⁵⁰, en raison de leur durée qui ne dépasse pas 12 heures par jour. Ainsi, une mesure interdisant à un individu de sortir hors de son domicile pendant une durée indéterminée sur une journée équivaldrait davantage à une mesure privative de liberté relevant de la police judiciaire et non plus de la police administrative, entraînant par conséquent, pour connaître d'une telle mesure, la compétence du juge judiciaire au titre de l'article 66 de la Constitution.

Par ailleurs, il convient de rappeler que la mise quarantaine ou de placement et de maintien en isolement n'a été abordée ici que dans une perspective antérieure à l'élaboration de l'état d'urgence sanitaire. Néanmoins, le champ d'application ainsi que le régime de ces mesures ont ensuite été précisés par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 et la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions et figurent actuellement aux articles L.3131-15 et L.3131-17 du CSP. Susceptibles d'entraîner une violation de la liberté d'aller et venir, certaines de ces dispositions ont fait l'objet d'un contrôle du Conseil constitutionnel qui, sous une réserve, les a déclarées conformes à la Constitution « *compte tenu des finalités poursuivies et des garanties qui entourent ces dispositions* »⁵¹.

Le constat opérable est donc celui d'un régime quasi inexistant encadrant la mise en quarantaine ou en isolement des personnes provenant des zones à risques dans les premiers temps de l'épidémie de Covid-19. Dès lors et par voie de conséquence les garanties légales rattachées à de telles mesures ont initialement étaient très faibles. Néanmoins, leur adoption est justifiable au regard de l'urgence, du caractère exceptionnel de la situation sanitaire et de la protection de la santé publique.

50 Cons. Const., Décision n°2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *Assignation à résidence dans le cadre de l'état d'urgence*

51 Cons. Const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020, paragr. 46.

2) L'adoption de mesures jugées insuffisantes pour freiner la propagation de l'épidémie

Dans un second temps, l'objectif des pouvoirs publics n'est plus de confiner les personnes revenant de zones classées comme étant à risques car le virus circule d'ores et déjà sur le territoire national. Ainsi, à compter de la fin du mois de février 2020, le Ministre de la Santé « recommande »⁵² aux habitants de l'Oise et de La Balme en Haute-Savoie de « limiter leurs déplacements » et de « renoncer aux déplacements inutiles ». Il annonce par ailleurs que, dans ces zones, « tous les rassemblements collectifs [sont] interdits jusqu'à nouvel ordre ». Tandis que sur le reste du territoire national, ce sont les rassemblements de plus de 5000 personnes en milieu confiné qui sont annulés. Aussi, les préfets et les maires sont autorisés à annuler les rassemblements, y compris en milieu ouvert, s'ils conduisent « à des mélanges avec des personnes issues de zones où le virus circule possiblement ».

Dans un premier temps simplement énoncées par le Ministre de la Santé, ces mesures sont ensuite traduites légalement dans divers arrêtés⁵³. L'interdiction de tels rassemblements est d'abord prévue jusqu'au 31 mai 2020 puis elle est réduite au 15 avril 2020. Et rapidement, ce sont les « rassemblements mettant en présence de manière simultanée plus de 1000 personnes »⁵⁴ qui sont interdits sur le territoire national. Jauge qui sera ensuite abaissée à 100 personnes⁵⁵. Par ailleurs, interdiction est faite aux navires de croisière et aux navires transportant plus de 100 passagers de faire escale en Corse, et de faire escale ou de mouiller dans les eaux intérieures et les eaux territoriales des départements et régions d'Outre-mer, ainsi que de Saint-Barthélemy et Saint-Martin, Saint-Pierre et Miquelon et Wallis-et-Futuna.

52 Compte-rendu du Conseil des ministres du 29 février 2020 consacré au Coronavirus Covid-19

53 Arrêté du 4 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19 modifié par l'arrêté du 6 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19. Par ailleurs, l'arrêté du 4 mars 2020 abroge les arrêtés des 30 janvier et 20 février 2020 relatifs à la situation des personnes ayant séjourné dans une zone atteinte par l'épidémie de virus Covid-19.

54 Arrêté du 9 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19. Il abroge l'arrêté du 4 mars 2020 précité.

55 Arrêté du 13 mars 2020 portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus Covid-19. Il abroge par ailleurs l'arrêté du 9 mars 2020 précité.

Toujours à l'échelon ministériel, l'accueil du public est interdit dans divers établissements : dans les salles d'auditions, de conférences, de réunions, de spectacles ; dans les centres commerciaux ; les restaurants et débits de boissons ; les bibliothèques et centres de documentation ; les musées et salles d'expositions. De même que l'accueil des usagers dans les établissements d'accueil d'enfants, dans les établissements d'enseignement scolaire, dans les établissements d'enseignement supérieur, etc.

Ainsi, au départ de l'épidémie de Covid-19 et sur une période allant de fin janvier à la mi-mars 2020, la totalité des mesures ayant vocation à ralentir la propagation du virus dans la population a été prise sur le seul fondement de l'article L3131-1 du Code de la Santé publique issu de la loi du 5 mars 2007, intervenue afin de donner un cadre juridique solide au dispositif existant en matière de risque sanitaire.

Toutefois, au vu de l'évolution fulgurante de l'épidémie et au regard de l'inadéquation et de l'insuffisance du droit commun, des mesures plus importantes et du plus grande ampleur ont dû être prises sur le territoire national. Le « confinement général » de la population, mesure phare de la lutte contre la propagation de l'épidémie, a été décrété par le Premier ministre le 16 mars 2020, conjointement avec le ministre de la Santé et le ministre de l'Intérieur⁵⁶.

Paragraphe 2 : Le recours à un confinement général de la population au fondement juridique incertain

A la mi-mars, l'interdiction générale des déplacements de toute personne hors de son domicile (sauf exceptions pour certains déplacements) était adoptée par le décret n°2020-260 du 16 mars 2020, modifié par le décret n°2020-279 du 19 mars 2020, portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19. Or, l'adoption d'une telle mesure prophylactique interroge à plusieurs égards. D'abord, une atteinte si grave et si générale portée à la liberté d'aller et venir intervenant par simple décret et non par l'intermédiaire d'une loi déroge au droit commun en vigueur. Ensuite, outre cette intervention

⁵⁶ 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, modifié par le décret n°2020-279 du 19 mars 2020 et abrogé par 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.

du pouvoir réglementaire par décret, le fondement légal en lui-même de ce dernier est pour le moins étonnant au regard de la compétence des auteurs de l'acte. Par conséquent, les pouvoirs publics se sont octroyés eux-mêmes des pouvoirs de police **(II)** en recourant au confinement pour contenir l'épidémie **(I)**.

I) L'édition de mesures strictes restreignant la liberté d'aller et venir : le confinement généralisé

Le « confinement », expression redécouverte et ayant largement intégré tant la sphère publique que privée à compter du mois de mars 2020, apparaît déjà en France dans la littérature médicale du XIXe siècle⁵⁷. L'action de confiner ou de se confiner renvoie à l'idée d'enfermement dans un endroit restreint. Mais plus encore, l'usage courant du terme de « confinement » ces derniers mois a semblé en étendre la définition en ce qu'aujourd'hui il désigne « *à la fois les mesures d'interdiction ou de limitation des activités et des déplacements auxquelles sont soumises les populations de zones géographiques où sévit la pandémie de Covid-19, la situation qui en découle pour les individus, la situation d'un territoire dans la période où ces mesures s'appliquent et la période elle-même* »⁵⁸, comme le souligne Véronica Thiéry-Riboulot, Doctorante à la Sorbonne au sein du laboratoire Sens Texte Informatique Histoire (STIH).

En 2020, le confinement va entraîner une réduction inédite des déplacements de tout un chacun **(A)**, entravant fortement la liberté de circulation **(B)**.

A) Les mesures nouvelles de confinement limitant drastiquement les déplacements

Les déplacements autorisés sont limités et doivent être justifiés par des motifs impérieux (1). Cette justification est apportée par une attestation sur l'honneur qui permet de préciser le caractère impérieux du déplacement en cas de contrôle (2).

57 Véronica THIÉRY-RIBOULOT, « Une étude de sémantique historique du mot confinement », *Mots. Les langages du politiques*, 2020/3, n°124

58 Idem

1) L'autorisation de déplacements limités au strict nécessaire

Lors de son allocution en date du 16 mars 2020, le Président de la République annonçait que les déplacements seraient « *très fortement réduits* » « *au strict nécessaire* », et ce, pour une durée de 15 jours au minimum. Le même jour, les mesures de confinement général étaient détaillées à l'article 1^{er} du décret du 16 mars 2020 publié au Journal Officiel le 17 mars 2020 et complétées par un décret du 19 mars 2020. Ayant initialement vocation à durer jusqu'au 31 mars 2020, le confinement de la population française impliquait une interdiction de déplacement de toute personne hors de son domicile, à l'exception de certains déplacements permis dans le respect des mesures générales de prévention de la propagation du virus et en évitant tout regroupement de personnes.

Au départ cinq motifs portés au nombre de huit motifs quelques plus tard autorisaient les ressortissants français à se déplacer hors de leur domicile. Étaient ainsi listés comme motifs justifiant une dérogation au confinement 1° les trajets entre le domicile et le ou les lieux d'exercice de l'activité professionnelle et les déplacements professionnels insusceptibles d'être différés ; 2° les déplacements pour effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle ainsi que des achats de première nécessité dans des établissements dont les activités demeurent autorisées par arrêté du Ministre chargé de la Santé pris sur le fondement des dispositions de l'article L.3131-1 du CSP ; 3° les déplacements pour motif de santé ; 4° les déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants ; 5° les déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes, à l'exclusion de toute pratique sportive collective, et aux besoins des animaux de compagnie ; 6° les déplacements résultant d'une obligation de présentation aux services de police ou de gendarmerie nationales ou à tout autre service ou professionnel, imposée par l'autorité de police administrative ou l'autorité judiciaire ; 7° les déplacements résultant d'une convocation émanant d'une juridiction administrative ou de l'autorité judiciaire ; 8° les déplacements aux seules fins de participer à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative et dans les conditions qu'elle précise.

Nouveau, le confinement a nécessité de mettre en place des moyens d'organisation adéquats.

2) L'organisation matérielle d'une mesure nouvelle

Pour toute sortie hors du domicile, un document précisant le motif de déplacement était exigé pour toute personne souhaitant bénéficier de l'une de ces exceptions. Or, le décret de 16 mars 2020 modifié ne donne quasiment aucune indication sur la nature même du document (*numérique, papier*) mais également sur le contenu du document (*existence ou non de mentions obligatoires, si oui quelles étaient-elles ?, etc.*). Néanmoins, au lendemain de l'édiction des mesures de confinement, le Ministre de l'Intérieur, Monsieur Castaner⁵⁹, précise que ledit « document » est une attestation sur l'honneur sur laquelle doivent figurer l'identité de la personne souhaitant se déplacer hors de son domicile, son adresse ainsi que le motif de son déplacement. Par ailleurs, il renseigne les français quant à la nature du document et fait mention de divers types d'attestations : les attestations simples de déplacement dérogatoire à imprimer, les attestations réalisables sur papier libre pour celles et ceux qui ne peuvent imprimer mais qui doivent être rédigées pour chaque déplacement, les attestations disponibles en ligne sur le site du Ministère de l'Intérieur à faire signer par l'employeur pour celles et ceux devant se déplacer dans le cadre professionnel et enfin les attestations professionnelles.

Dès lors, par principe, cette mesure a considérablement perturber le quotidien de tout un chacun s'agissant de l'exercice de l'une de ses libertés fondamentales.

B) Une mesure entravant gravement l'exercice de la liberté d'aller et venir

Nouvelles et surprenantes de par leur caractère général, les mesures de confinement interrogent quant à la nature eu égard à leurs durée et modalités (1). D'autant que la violation de ces mesures entraînent des sanctions pénales (2).

1) La mise en œuvre d'une interdiction générale et durable de sortie

Faisant écho aux mesures de quarantaine et d'isolement traitées précédemment en ce qu'elles entraînent également une interdiction ou une limitation des déplacements de toute

⁵⁹ Compte-rendu du Conseil des ministres du 17 mars 2020.

personne hors de son domicile, le confinement généralisé appliqué en France interroge d'abord précisément quant à son caractère général.

Par ailleurs, outre cette généralisation des restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, l'absence de précision quant à la durée journalière de l'interdiction de sortie hors de son domicile amène à s'interroger sur la nature même de la restriction. En effet, si l'on se réfère au parallèle effectué entre les mesures de confinement et les mesures d'assignation à résidence mobilisées en période d'état d'urgence sécuritaire, les premières n'apparaissent-elles pas comme des mesures privatives de liberté et non plus seulement restrictives de liberté, en ce qu'elles dépassent une durée de 12 heures par 24 heures ?⁶⁰

À cet égard, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a déclaré irrecevable une requête⁶¹ d'un député européen lui demandant de se prononcer sur la mesure de confinement général décrété pour lutter contre l'épidémie. La Cour considère que le confinement n'est pas assimilable à mesure d'une assignation à résidence. Pour ce faire, elle affirme que « *le niveau des restrictions imposées à la liberté de circulation du requérant ne permet pas de considérer que le confinement général imposé par les autorités a constitué une privation de liberté* ». Par ailleurs, elle relève divers éléments pour fonder sa décision : d'abord, elle souligne que la mesure de confinement n'était pas individuelle mais générale et s'imposait à tous ; ensuite, elle note qu'il était possible pour le requérant de quitter son domicile pour différentes raisons lorsque cela était nécessaire. De plus, elle constate qu'aucune surveillance individuelle de la part des autorités n'a été mise en œuvre. Enfin, elle conclue que l'intéressé n'était pas contraint de vivre dans un endroit exigü et était en mesure de nouer des contacts sociaux. Il convient tout de même de souligner qu'en l'espèce le requérant n'avait pas invoqué devant la Cour l'article 2 du Protocole n°4 régissant la liberté de circulation.

Outre l'instauration des mesures de confinement à l'échelle nationale, le décret du 16 mars 2020, dans la même dynamique instituée par les arrêtés du Ministre de la Santé habilitant le préfet à prendre certaines mesures, instaure une stratégie de gouvernance locale de la crise

60 Abordée ici sous le seul prisme du processus législatif, la problématique de l'assimilation de la mesure de confinement à une mesure d'assignation à résidence sera étudiée sous le prisme du contentieux et du pouvoir juridictionnel dans le second chapitre.

61 CEDH, Requête n°49933/20, *Terhes c. Roumanie*, 20 mai 2021.

sanitaire en habilitant le représentant de l'État dans le département à adopter des mesures plus restrictives que celle du confinement en matière de déplacement des personnes lorsque les circonstances locales l'exigent⁶².

Afin de garantir le respect de ces interdictions de déplacements, de (faibles) sanctions pénales ont été prévues.

2) Les premières sanctions des violations du confinement

Par ailleurs, en vue de veiller au respect des règles de confinement édictées, le recours au droit répressif est rapidement envisagé par les pouvoirs publics. Lesquels prévoient que la violation des interdictions de se déplacer hors de son domicile définies à l'article 1^{er} du décret du 16 mars 2020, la méconnaissance de l'obligation prévue au même article de se munir du document justifiant d'un déplacement autorisé, ainsi que la violation des mesures restrictives prises en application de l'article 2 du même décret lorsque des circonstances locales l'exigent sont punies par une amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe⁶³. Il s'agit d'une amende forfaitaire de 135 euros, pouvant être minorée ou majorée. Or, le ministre de l'Intérieur évoque dans un premier temps la mise en place d'une amende de 38 euros qui évoluera rapidement ensuite à 135 euros⁶⁴.

Ainsi, les forces de police et de gendarmerie sont rapidement déployées sur l'ensemble du territoire national afin d'assurer divers contrôles. Ces derniers peuvent être fixes et aléatoires sur les réseaux de transports et viser aussi bien les automobilistes que les piétons. Les 100 000 policiers et gendarmes mobilisés ont pour mission de s'assurer que toute personne se trouvant hors de son domicile soit effectivement en possession de son attestation de déplacement dûment remplie.

62 Article 2 du 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, modifié par le décret n°2020-279 du 19 mars 2020 et abrogé par 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.

63 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.

64 Compte-rendu du Conseil des ministres du 17 mars 2020.

II) L'octroi délicat de pouvoirs de police, caractéristique de la crise

Échappant aux exigences de la légalité ordinaire propre à l'État de droit, les pouvoirs publics se dotent de pouvoirs de police importants **(A)** et sont tenus de justifier cet écart en ayant recours à des moyens plus ou moins classiques **(B)**.

A) La légalité incertaine de l'acte décrétant le confinement

Ces interrogations quant à la légalité du décret du 16 mars 2020 tiennent notamment au fait que le Gouvernement n'est pas habilité à restreindre l'exercice des libertés, c'est le rôle du Parlement (1). Le malaise des autorités publiques est perceptible au vu des visés du décret (2).

1) La compétence de principe du Parlement en matière d'aménagement de l'exercice des droits et libertés

Au titre de l'article 34 de la Constitution, le Parlement est érigé en protecteur des droits et libertés. Dès lors, c'est à lui qu'il incombe d'aménager ou de restreindre l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis et ce dans un objectif d'intérêt général approprié. Les restrictions apportées à la liberté d'aller et venir sont généralement justifiées par la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions. Par exemple, des opérations de vérification d'identité peuvent être réalisées sur le territoire national. Par ailleurs, il existe des exigences relatives à la circulation automobile prévues par le Code de la route qui encadrent la liberté des usagers sur la voie publique. Ainsi, le législateur, chargé de prévoir les conditions concrètes de mise en œuvre de la liberté d'aller et venir, est tenu d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'exercice de cette liberté constitutionnellement garantie et, d'autre part, la sauvegarde d'autres droits et principes de valeur constitutionnelle. En ce sens, le législateur se voit imposer l'obligation suivante : celle de veiller à ne pas priver de « *garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »⁶⁵.

65 Cons. const., Décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, JO du 30 juillet 1986, p.9393, Rec. p. 110.

Quant à lui, le pouvoir réglementaire est, en principe, chargé d'édicter les normes d'exécution des lois. Il est compétent pour définir, de manière plus précise, les modalités d'aménagement ou de restriction des droits et libertés. Or, en l'espèce, c'est un décret, acte réglementaire adopté par le gouvernement sans consultation du Parlement, qui est adopté. Or, ledit décret du 16 mars 2020 limitant les déplacements des ressortissants sur tout le territoire national est un simple décret adopté alors même qu'il n'existe aucune loi prévoyant une telle restriction à l'exercice de la liberté d'aller et venir. Dès lors, le pouvoir réglementaire est intervenu dans un domaine qui ne relève pas de son champ de compétence, empiétant ainsi sur celui du pouvoir législatif prévu par l'article 34 de la Constitution. Ou alors le Premier ministre a légalement pu agir en vertu du pouvoir de police générale de droit commun dont il dispose en vue de garantir le maintien de l'ordre public.

2) Des bases légales floues et incertaines

De plus, les visas figurant en tête du décret ne font état que d'un texte unique, l'article L3131-1 du CSP, c'est-à-dire une seule véritable base légale constituant le fondement de l'acte réglementaire. Or, cet article, sur la base duquel la plupart des mesures restrictives de la liberté d'aller et venir ont été adoptées par le Ministre de la Santé, n'habilite que ce dernier à « *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 ailleurs, de telles mesures ne peuvent être prescrites que par arrêté motivé.

Mais alors comment ce texte, qui permet au Ministre de la Santé et à lui seul d'intervenir par arrêté motivé, pourrait-il constituer un fondement légal à l'adoption d'un décret, acte émanant du Premier Ministre ou du Président de la République ? La mention de cet article L.3131-1 du CSP peut éventuellement paraître moins dénuée de sens si l'on évoque la présence de la signature du Ministre de la Santé – ainsi que celle du Ministre de l'Intérieur – sur ledit décret. En effet, une mesure restrictive aussi importante que celle du confinement général de la population pose déjà question lorsqu'elle est adoptée par le Premier Ministre, conjointement avec le Ministre de la Santé et le Ministre de l'Intérieur, mais elle aurait été encore moins compréhensible si elle l'avait été par le seul Ministre chargé de la Santé sur la base de cet article.

Il semble en réalité peu probable que derrière ce cadre légal le législateur ait entendu octroyer la faculté au Ministre de la Santé de restreindre si drastiquement la liberté de circulation. Le pouvoir réglementaire aurait donc dépassé le champ d'application de ce cadre légal qui, initialement, ne permettait que le recours à « *des injonctions ou des recommandations possibles en matière sanitaire* »⁶⁶.

Conscient de la fragilité du fondement législatif de l'acte imposant un confinement généralisé, le Premier ministre fonde également sa décision sur deux autres éléments intéressants : sur « *les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de Covid-19* » ainsi que sur « *l'urgence* ».

B) Les tentatives de justification des pouvoirs de police accrus

L'article L.3131-1 du CSP ne permettant pas au Premier ministre d'adopter le décret de mars 2020, celui-ci a donc fonder sa décision sur les circonstances exceptionnelles (1) et sur l'urgence (2).

1) La théorie des circonstances exceptionnelles : une dérogation à la légalité autorisée

En effet, les circonstances exceptionnelles permettent, au Gouvernement, en période exceptionnelle, d'adopter des mesures relevant du domaine de la loi en raison de l'urgence afin d'assurer la continuité des services publics. Développée au cours de la Première Guerre Mondiale par le Conseil d'État⁶⁷, cette théorie donne à l'administration le pouvoir de s'écarter, temporairement, de la légalité ordinaire si la nécessité l'exige. Dans de telles circonstances, une nouvelle répartition des compétences s'opère autorisant le recours à des actes « *illégaux ou irréguliers juridiquement, mais excusables politiquement* »⁶⁸. Au regard du caractère exceptionnel de la crise sanitaire, l'autorité administrative a pu s'affranchir du respect des règles habituelles de compétence lorsqu'elle a restreint la liberté d'aller et venir par simple décret en

66 Jacques FIALAIRE, « La validité des règles de confinement prises dans le cadre de la campagne de lutte contre la propagation du coronavirus », *Les Petites Affiches*, n°086, 2020, p.12.

67 CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651 ; CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 208

68 Elise BOZ-ACQUIN, « Ni en deçà de la légalité ni au-delà de l'état de nécessité : la continuité de la Constitution malgré les crises », in. Jacques DE LA PORTE DES VAUX, Yoann GONTHIER LE GUEN, Vadim JEANNE, Charles PRELOT (dir.), *Droit et crise(s)*, Mare et Martin, 2021, p. 119

lieu et place du Parlement. Le juge, chargé de contrôler « *le but et les moyens des actions mises en place durant les circonstances exceptionnelles* »⁶⁹, a validé cette faculté pour l'administration d'empiéter sur le domaine de la loi lorsqu'il a considéré qu'en 1944, le commissaire à la guerre du gouvernement provisoire de la République française a pu, régulièrement, créer une position nouvelle pour les officiers alors qu'en principe seule la loi pouvait permettre une telle création⁷⁰.

Face aux conséquences considérables et aux abus que peut entraîner la mise en œuvre de cette théorie, le Conseil d'État, à l'origine de la théorie, en a également posé les limites. En effet, ne seront considérées comme légales les mesures prises sur le fondement de ladite théorie que celles qui respectent trois conditions cumulatives. D'abord, elles doivent faire suite à la survenance brutale d'événements graves et imprévus. Ensuite, de telles mesures doivent résulter de l'impossibilité pour l'autorité administrative d'agir légalement. Et enfin, la persistance des circonstances exceptionnelles à la date d'adoption des mesures litigieuses doit être constatée. Ce contrôle du juge constitue, en principe, une soupape de sûreté destinée à préserver au maximum la légalité en vigueur et donc par extension l'État de droit, en particulier en période de crise.

La réunion de ces conditions, posées par le juge administratif, permettant une utilisation régulière de la théorie des circonstances exceptionnelles ne semble guère faire de doute au début de la crise épidémique du Covid-19. En effet, nul ne s'attendait à l'émergence d'une pandémie d'une telle ampleur et nul n'était réellement préparé pour y faire face. Par ailleurs, au départ, les pouvoirs publics ont été tenus de recourir à des moyens exceptionnels au vu de la dimension de la crise, ce qui conforte l'argument selon lequel l'autorité administrative se trouvait dans l'impossibilité d'agir légalement, lui conférant ainsi la faculté de substituer une légalité d'exception à la légalité normale. Et enfin, les mesures adoptées par le décret du 16 mars 2020 marquent réellement le début des fortes restrictions à la liberté d'aller et venir mais également la réelle prise de conscience des pouvoirs publics de la menace sanitaire pesant sur le pays. Ainsi, entre la période de constatation de la propagation rapide du virus, c'est-à-dire de la menace sanitaire, et le moment de l'adoption desdites mesures restrictives, les circonstances exceptionnelles demeuraient évidemment d'actualité.

69 Michel VERPEAUX, *Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs*, Janvier 2011, Dalloz

70 CE, Ass., 16 avril 1948, *Laugier*, Rec. 161 ; S.1948.36, concl. Letourneur

D'un point de vue de juriste, et compte tenu des conditions énoncées depuis plusieurs décennies par le juge, la motivation par les circonstances exceptionnelles de l'acte décrétant le confinement généralisé de la population peut sembler régulière et cohérente. Sauf si l'on estime que les crises épidémiques existent de tout temps et que les scientifiques alertent depuis plusieurs années sur la recrudescence des menaces sanitaires pesant sur nos sociétés. En 2018, le Directeur général de l'OMS rappelait déjà que « *tous les pays sont exposés aux épidémies et aux situations d'urgence – la menace est universelle* »⁷¹. Ainsi, l'on peut légitimement se poser la question de savoir si la survenance d'une épidémie, comme celle du Covid-19, n'était pas envisageable, prévisible. En effet, bien que le moment précis de sa survenance soit incertain, son occurrence, dans un futur plus ou moins proche, semblait plutôt probable au regard des mises en garde relayées par les scientifiques.

Prises dans leur aspect fonctionnel, si les règles de droit ont pour fonction première d'organiser la société, de telles règles relatives à la gestion des menaces et crises sanitaires n'auraient-elles pas dû exister préalablement à la crise sanitaire actuelle ? L'une des questions est précisément de savoir, si oui ou non, le législateur aurait pu et aurait dû prévoir un dispositif juridique de gestion des crises sanitaires de cette ampleur.

Car en effet *in fine*, plus qu'une simple constatation de l'existence d'une légalité spéciale en temps de crise, cette théorie des circonstances exceptionnelles permet une prééminence de cette dernière sur la légalité des temps dits « ordinaires », ce qui est loin d'être négligeable – surtout lorsqu'il est souvent difficile de constater un retour de la légalité dite normale. Néanmoins, cette dérogation au droit en vigueur pour cause d'état de nécessité, lorsqu'une situation semble être exceptionnelle au regard de son caractère inédit, constitue-t-elle réellement une mise à l'écart du droit contestable ? En effet, « *si l'inédit est ce qui doit être normé et qui ne l'est pas encore* », cette dérogation au droit en vigueur ne paraît plus vraiment contestable. À l'inverse, elle est l'occasion de produire du droit, de poser des règles juridiques intégrant le droit positif là où il n'y avait rien.

71 Rapport du Directeur général de l'OMS, *Projet de treizième programme général de travail, 2019-2023*, A71/4, 5 avril 2018

Toutefois, légiférer dans l'urgence peut s'avérer être un exercice périlleux pour tous, fragilisant l'État de droit. Et c'est précisément dans l'urgence que la plupart des mesures restreignant la liberté d'aller et venir ont été adoptées.

2) L'urgence : un nouveau motif juridique

En effet, le second élément visé par le Premier ministre dans son décret du 16 mars 2020, modifié par le décret du 19 mars 2020, est l'urgence. Classiquement, dans son sens commun, la notion d'urgence implique une nécessité d'agir rapidement lors d'une situation donnée. Situation qui pourrait « *entraîner un préjudice irréparable s'il n'y est porté remède à bref délai* »⁷². L'évolution du rapport au temps, caractéristique de nos sociétés modernes, traduit une véritable quête de rapidité. Et le Droit ne demeure pas hermétique face à ces « *arythmies du temps* »⁷³. Il existe une accélération du Droit qui est mue par les changements, les modifications dont nos sociétés modernes font l'objet. Essayant de concilier la sécurité juridique avec le progrès, le droit est donc tenu de maîtriser le temps.

Néanmoins, plus qu'un simple concept avec lequel le Droit est tenu d'interagir, l'urgence, comme altération du temps, est une véritable notion juridique. Notion dont il est difficile de saisir les contours d'un point de vue juridique, l'urgence est quasiment toujours synonyme de perturbation du système juridique. Agir dans la précipitation implique souvent de ne pas bénéficier d'un temps de réflexion, de mise en perspective, de recul nécessaires. Or, par essence, le Droit se doit, si ce n'est d'être stable, du moins de ne pas faire l'objet d'évolutions spontanées qui seraient sources de déstabilisation sociale. Le Droit constituant le moyen, par excellence, d'assurer l'ordre et la paix sociale. Poursuivant cette dynamique, le principe de sécurité juridique, de valeur constitutionnelle⁷⁴, exige des normes juridiques qu'elles soient claires, en vue de garantir le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁷⁵, mais également qu'elles soient prévisibles. Or, l'urgence rompt avec cet impératif de

72 Définition du Dictionnaire Larousse

73 Sabrina MRAOUAHI, « La notion juridique d'urgence : l'impossible définition ? », In. Manuela BRILLAT, Antonin FORLEN, Célia HOFFSTETTER, Nicolas KILGUS (dir.), *Le droit face à l'urgence*, Mare et Martin, Droit & Science politique, 2016, p. 23

74 Cons. Const., Décision n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, JO du 18 janvier 2002, p. 1053, Recueil p. 49, point 9.

stabilité, sauf à ce que le droit – et donc le législateur derrière lui – soient en capacité de prévoir toutes les situations éventuelles et imaginables, ce qui est évidemment impossible.

Mais alors qu'est-ce que l'urgence ? Il semblerait que tant le législateur que la jurisprudence demeurent prudents quant il s'agit de cerner avec précision la notion d'urgence. Ce constat résulte-t-il d'une simple crainte de s'enfermer dans des carcans juridiques dont il serait délicat de se défaire ? Ou bien est-il impossible de poser une définition de l'urgence ⁷⁶? Malgré la complexité de l'opération, l'urgence semble être constituée « *lorsqu'il est nécessaire de déroger aux règles de droit normalement applicables afin d'assurer la protection rapide d'intérêts légitimes, qui sont ou ont vocation à être, dans une situation donnée, compromis, et, que les 'valeurs' protégées par le Droit désignent comme dignes d'être sauvegardées par préférence aux autres intérêts en cause* »⁷⁷.

Cependant, cette définition implique le fait que l'urgence serait systématiquement source de dérogation au droit. Or, *quid* lorsque l'urgence est elle-même envisagée par le droit ? En effet, les mesures d'urgence sont généralement prévues en droit et ne peuvent être activées que lorsque des circonstances particulières le justifient. Néanmoins, de telles mesures ne sont pas toujours prévues légalement. Ainsi, l'urgence serait donc une notion à géométrie variable, évolutive, d'intensité changeante. En empruntant une vision binaire, forcément réductrice, il y aurait alors, d'une part, une urgence dite « simple » qui appellerait des réponses rapides et qui pourraient éventuellement être prévues par le droit, et d'autre part, une urgence dite « absolue », « extrême » nécessitant des réponses encore plus rapides, immédiates ne pouvant être anticipées par le droit.

75 Cons. Const., Décision n°99-421 DC, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, JO du 22 décembre 1999, p. 19041, Recueil p. 136.

76 Jean-François de MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°54, *La Constitution et le temps*, 2017. Maître des requêtes au Conseil d'État, Jean-François de Montgolfier souligne la complexité qui existe à « *cerner la notion d'urgence en droit, notamment en droit public* ».

77 Sabrina MRAOUAHI, « La notion juridique d'urgence : l'impossible définition ? », In. Manuela BRILLAT, Antonin FORLEN, Célia HOFFSTETTER, Nicolas KILGUS (dir.), *Le droit face à l'urgence*, Mare et Martin, Droit & Science politique, 2016, p. 38.

Derrière ces considérations, deux éléments semblent véritablement significatifs : l'existence d'une menace plus ou moins grave et la volonté de se prémunir contre celle-ci. Plus le péril est grave, plus la situation appelle une réaction rapide en dépit des règles de droit en vigueur. Le Commissaire du gouvernement Jean Romieu, dans ses conclusions sur la décision *Société Immobilière de Saint-Just*⁷⁸, appréhendait l'urgence dite « absolue » comme un « *péril imminent* » pour l'ordre public conférant, non seulement la faculté, mais l'obligation à l'administration de « *prendre des mesures provisoires et de pourvoir d'office à ce qui est nécessaire* ». En cas d'urgence, le Commissaire du gouvernement considérait qu' « *il est de l'essence même du rôle de l'administration d'agir immédiatement et d'employer la force publique sans délai ni procédure, lorsque l'intérêt immédiat de la conservation publique l'exige* ».

En effet, si l'urgence n'est pas nécessairement synonyme de dérogation au droit, la notion d'urgence est souvent mobilisée en période « exceptionnelle ». Elle apparaît parfois comme un véritable motif juridique permettant de justifier « *une exception au droit commun susceptible d'écarter les principes les plus fondamentaux* »⁷⁹. Elle est un moyen permettant de mettre à l'écart certaines garanties ou de restreindre l'exercice de certains droits et libertés. L'urgence, visée par le décret du 16 mars 2020, est utilisée comme un moyen de justifier la mise à l'écart du droit commun entraînant l'adoption, par une autorité autre que celle habilitée à le faire en temps normal, de lourdes restrictions à la liberté d'aller et venir.

Au demeurant, l'enjeu d'institutionnaliser les dispositifs juridiques permettant de lutter contre les crises sanitaires de grande ampleur est au cœur des réflexions. Mais encore faut-il que de tels dispositifs aient été pensés en amont car « *ce n'est pas l'urgence qui empêche d'élaborer des projets à long terme mais l'absence de ces projets qui nous soumet à la tyrannie du présent* »⁸⁰.

A l'issue du Conseil des ministres s'étant réuni le 18 mars 2020, le Premier ministre a présenté un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19. Lequel vise

78 TC, 2 décembre 1902, *Société Immobilière de Saint-Just*

79 Idem, p. 24

80 Daniel INNERARITY, *Le futur et ses ennemis. De la confiscation de l'avenir à l'espérance politique*, Paris, Éditions Climats, 2008, In. Leo COUTELLE, Paul-Loup WEIL-DUBUC, « Les figures de l'anticipation. Ou comment prendre soin du futur », *Revue française d'éthique appliquée*, 2016/2, n°2, p. 14-18

notamment à prévoir, pour les catastrophes sanitaires très graves, la création d'un régime d'état d'urgence sanitaire (EUS) permettant légalement au pouvoir réglementaire d'adopter des mesures réglementaires ou individuelles limitant l'exercice de certains droits et libertés afin de lutter contre l'épidémie. Cet encadrement est permis par l'intervention du Parlement, militant en faveur du respect de l'État de droit.

Section 2 : L'encadrement législatif limité de l'habilitation du pouvoir réglementaire en période d'état d'urgence sanitaire

D'un point de vue juridique et constitutionnel, les diverses mesures adoptées par les pouvoirs publics en vue d'endiguer la propagation de l'épidémie de Covid-19 l'ont été en dehors de tout cadre légal particulièrement dédié à la gestion des crises sanitaires de grande ampleur. En effet, avant l'élaboration de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19⁸¹, aucun dispositif juridique n'existait en droit français pour faire face à une telle situation. Le régime de l'état d'urgence sanitaire est intégré le titre III du Livre Ier de la troisième partie du Code de la Santé Publique. Cette loi « d'ordre public »⁸² habilite le pouvoir réglementaire à prendre diverses mesures en vue de garantir la protection de la santé publique. Cette compétence du pouvoir réglementaire est large en ce qu'il pourra agir dès lors que l'état d'urgence sanitaire est déclaré, mais également après la fin de cet état d'urgence. La mise à disposition de tels pouvoirs exorbitants nécessite systématiquement d'être encadrée par la loi. C'est la raison pour laquelle, depuis l'année dernière, d'autres lois ont été adoptées afin d'enrichir et de compléter le régime d'exception de l'état d'urgence sanitaire. Lois parmi lesquelles les conditions de sortie du régime de l'état d'urgence sanitaire ont été progressivement définies.

Dans une décision du 25 janvier 1985, le Conseil constitutionnel a rappelé qu' « *en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; que, dans le cadre de cette mission, il appartient au législateur d'opérer la conciliation nécessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des libertés ne saurait être*

81 Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

82 Florence CHALTIEL, « A propos de l'état d'urgence sanitaire, textes et contextes », *Les Petites Affiches*, n°180-181, 2020, p. 16.

assuré »⁸³ et ce même si le dispositif de l'état d'urgence n'est pas consacré par la Constitution. Le fait d'associer le Parlement, lieu de production normal des normes juridiques, à l'élaboration de la législation dédiée à la gestion des catastrophes sanitaires est une garantie de l'État de droit et des sociétés démocratiques. D'autant que ces dernières années l'accent est mis sur l'objectif de rééquilibrage des pouvoirs du Parlement par rapport à ceux du Gouvernement.

Or, les crises, telles que la crise sanitaire, sont des moments propices à la perturbation des équilibres institutionnels existants. Le Parlement, souvent saisi à la hâte, n'a que peu de temps pour véritablement discuter les textes qui lui sont soumis, notamment lorsque la procédure accélérée est engagée. Par conséquent, l'association du Parlement à la gestion de la crise, alors qu'il s'agit d'une étape fondamentale, n'a pas véritablement été mise en œuvre dans les meilleures conditions. Face à la situation sanitaire et les conséquences qu'elle engendre, l'ambition de retrouver un Parlement renforcé apte à remplir de manière effective son rôle qui est, d'une part, de voter la loi, et d'autre part, de contrôler le Gouvernement et son action est plus qu'essentiel.

Pour ce faire, le Parlement a tenté d'encadrer efficacement le dispositif de l'état d'urgence sanitaire (**Paragraphe 1**). Or, malgré cette volonté, les pouvoirs de police des autorités publiques demeurent trop importants, même pour une période de crise (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La contribution affirmée du Parlement à la production du droit de crise sanitaire : une garantie pour l'exercice de la liberté d'aller et venir

Née sous la IV^e République, la notion « d'état d'urgence » apparaît en 1955 suite aux événements qui se déroulent en Algérie, à l'époque partie intégrante de l'État français, et qui donneront lieu à la guerre d'Algérie. Cette crise est source de déstabilisation pour les pouvoirs publics et plus largement pour les institutions françaises qui décident de réagir face à l'insurrection naissante. L'élaboration d'un régime d'exception est initialement justifiée au regard de l'existence d'un dispositif juridique inadapté aux conditions dans lesquelles se déroulent les opérations insurrectionnelles. Loin de faire consensus, l'adoption de la loi du 3 avril 1955

83 Cons. const., Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, JO du 26 janvier 1985, p. 1137, Rec. p. 43.

instaurant l'état d'urgence a suscité de houleuses discussions lors des débats parlementaires, largement dominés par les parlementaires communistes et socialistes. Assez naturellement, les critiques dénoncent les atteintes disproportionnées portées aux libertés qu'entraînerait la mise en œuvre de l'état d'urgence. Par ailleurs, et dans la droite ligne de cette première crainte, c'est l'introduction d'un dispositif plus répressif que celui de l'état de siège qui est contestée et qui interroge donc quant à sa conformité à la Constitution⁸⁴.

Adoptée dans la précipitation en seulement 4 jours suivant la procédure accélérée, la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ne déroge pas à la pratique qui veut que les législations de crise soient élaborées dans l'urgence. Tout comme s'agissant de l'état d'urgence de la loi de 1955, c'est l'insuffisance du droit commun, et notamment de l'article L.3131-1 du CSP autorisant le pouvoir réglementaire à agir en vue de prévenir la survenance des épidémies, qui a motivé les pouvoirs publics à mobiliser le législateur pour remédier à cette carence. Aussi, cette inadaptation du droit en vigueur avant l'élaboration de l'état d'urgence sanitaire évoquée par les pouvoirs publics indique que « *les problématiques sanitaires peinent à trouver leur place en France dans la vie politique* »⁸⁵.

Ainsi, tentant de pallier ce manque, le Titre 2 du projet de loi d'urgence pour faire à l'épidémie de Covid-19 prévoit l'instauration d'un dispositif d'état d'urgence sanitaire. L'un des objectifs principaux de ce projet de loi est de donner au pouvoir exécutif « *les capacités d'adapter nos règles de droit de façon très provisoire* »⁸⁶. Concrètement, il s'agit de renforcer les moyens dont disposent les pouvoirs publics pour faire face à la crise sanitaire actuelle tout en prévoyant un cadre juridique efficace pour faire face à d'éventuelles crises futures. La mise en œuvre d'un régime juridique d'état d'urgence constitue un moyen de prévoir des bases légales claires, solides et encadrées aux mesures prises en vue de lutter contre la propagation du virus. Saisi pour avis au titre de l'alinéa 2 de l'article 39 de la Constitution⁸⁷, le Conseil d'État a souligné

84 Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes Perspectives, 2^e éd., p. 60.

85 Aquilino MORELLE, Didier TABUTEAU, « Chapitre III. Les nouvelles problématiques de la santé publique », In. Aquilino MORELLE, éd., *La santé publique*, Paris, Presses Universitaires de France, « Que sais-je ? », 2017, p. 105-124.

86 Compte-rendu du Conseil des ministres du 18 mars 2020.

87 Article 39 alinéa 2 de la Constitution : « Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées ».

l'utilité d'instaurer un cadre juridique clair et organisé « *spécifique aux mesures de police administrative nécessaire en cas de catastrophe sanitaire* »⁸⁸.

Dans son projet de loi, le Gouvernement mentionnait expressément que la déclaration du régime d'exception entraînerait une limitation des déplacements de tout un chacun hors de son domicile. En effet, les restrictions des déplacements, d'un point de vue sanitaire, ont de tous temps constitué des moyens efficaces de freiner la propagation des virus en vue de préserver la santé publique. Mais cet impératif d'efficacité doit nécessairement être concilié avec les droits et libertés que la Constitution garantit.

Après que pléthore de mesures fondées sur des bases légales fragiles aient été adoptées par le pouvoir réglementaire, l'intervention d'une loi formelle discutée et votée par le Parlement aux termes de l'article 24 de la Constitution constitue une « *garantie essentielle* »⁸⁹ dans un État de droit, notamment au regard des restrictions des droits et libertés. En effet, c'est principalement au Parlement, représentant du peuple, qu'il incombe d'assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, dont la protection de la santé publique est une composante, et, d'autre part, la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, tels que la liberté d'aller et venir. Le législateur est tenu de déterminer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Pour ce faire, le Parlement a mobilisé ses deux fonctions : celle de voter la loi **(I)** et celle de contrôler l'action du Gouvernement **(II)**.

I) Les tentatives de bornage du régime juridique de l'état d'urgence sanitaire par le Parlement

La participation du Parlement au processus de production du régime d'exception est visible non seulement lors de sa création mais également lors des précisions apportées pour l'enrichir. S'agissant d'un régime d'exception ayant vocation à ne pas se prolonger au-delà de la durée de l'épidémie, les conditions de sortie, compte tenu du caractère temporaire du dispositif, doivent être anticipées **(A)**. En parallèle, la sortie du régime nécessite que des contrôles juridictionnel et parlementaire soient mis en place **(B)**.

⁸⁸ CE, Avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.

⁸⁹ Roland DRAGO, « L'État d'urgence et les libertés publiques », RDP, 1955, p. 670.

A) La précision délicate des conditions de mise en œuvre d'un régime juridique apparemment exceptionnel

Inspirées des modalités de déclenchement de l'état d'urgence sécuritaire, le déclenchement de son homologue sanitaire a été détaillé par le législateur afin d'éviter les recours abusifs à ce dispositif d'exception (1). Lequel n'a pas vocation à durer dans le temps (2).

1) Le déclenchement de l'état d'urgence sanitaire conditionné à l'existence d'une catastrophe sanitaire

L'émergence d'un dispositif juridique d'exception, au sein duquel l'exercice des libertés publiques est limité, nécessite qu'un intérêt particulier soit porté aux conditions de sa mise en œuvre. Logiquement, son déclenchement constitue le premier jalon habilitant les autorités administratives à procéder à la restriction de la liberté d'aller et venir. L'article L.3131-13 du CSP prévoit que l'état d'urgence sanitaire « *est déclaré par décret en Conseil des ministres pris sur le rapport du ministre chargé de la santé* ». Sur cet aspect, la mise en œuvre du nouveau dispositif d'état d'urgence sanitaire s'inspire de son homologue sécuritaire pour lequel le déclenchement appelle également à l'adoption d'un décret pris en Conseil des ministres. Par ailleurs, la loi prévoit que le décret déclarant l'état d'urgence sanitaire doit être motivé, tandis que l'exigence d'une motivation n'apparaît pas expressément dans la loi de 1955. Pour le moment, l'état d'urgence sanitaire a été déclaré deux fois sur l'ensemble du territoire national : une première fois par le décret du 23 mars 2020⁹⁰ et une seconde fois par le décret du 17 octobre 2020⁹¹.

Initialement, la loi de 1955 conférait le pouvoir de déclarer l'état d'urgence au Parlement. Il ne pouvait être déclaré que par la loi. C'est par l'ordonnance du 15 avril 1960 que cette prérogative dévolue au Parlement sera transférée au Président de la République. Comme le soulignent avec pertinence Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, « *seul le Parlement avait la*

90 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.

91 Décret n°2020-1262 du 16 octobre 2020 prescrivant les mesures générales pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

lourde responsabilité de décider de porter atteinte à des libertés fondamentales au nom de la défense de l'ordre public »⁹².

Sur le fond, ce transfert de compétence est intéressant lorsque l'on constate que l'hypothèse de confier le pouvoir de déclarer l'état d'urgence sanitaire au Parlement n'a pas été évoquée lors de la crise sanitaire du Covid-19. Une prérogative si importante confiée au législateur n'est-elle pas gage d'une meilleure protection accordée aux libertés publiques ? L'idée est attrayante, néanmoins si en pratique le Parlement participe à l'élaboration du régime d'état d'urgence sanitaire en adoptant la loi qui fonde le dispositif, c'est au pouvoir exécutif qu'il incombe de mettre concrètement en application la loi. En ce sens, la loi est évidemment un moyen d'encadrer plus ou moins largement les mesures exceptionnelles prévues par le régime d'exception. Or, les actes adoptés par le pouvoir exécutif seront réellement déterminants en ce qu'ils pourront édicter davantage de mesures d'exception par rapport à celles prévues dans la loi. Toutefois, *in fine*, en poussant quelque peu la réflexion : n'est-ce pas le propre des régimes d'exception que de prévoir une marge de manœuvre supplémentaire pour permettre aux autorités administratives d'assurer au mieux la gestion de la crise ?

Par ailleurs, cette absence du Parlement lors de la déclaration de l'état d'urgence est à tempérer. En effet, même si le législateur ne déclare pas à proprement dit l'état d'urgence sanitaire, bien qu'il participe à la création de celui-ci, la loi, qu'il s'agisse de la loi de 1955 ou de 2020, prévoit tout de même son intervention en ce que la prorogation du régime d'exception n'advient que si et seulement si une loi est adoptée en ce sens.

Au demeurant, les modalités de déclenchement de l'état d'urgence sanitaire sont, selon l'avis du Conseil d'État⁹³, « *adaptées aux situations envisagées, elles-mêmes définies avec une précision suffisante, et à la mise en œuvre de pouvoirs exceptionnels* ». Mais alors quels sont les motifs qui justifient le déclenchement de ce régime exceptionnel ainsi que les conséquences qu'il engendre sur l'exercice de la liberté d'aller et venir ?

92 Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes Perspectives, 2^e éd., p. 27.

93 CE, Avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.

L'article L.3131-12 du CSP précise que l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ». Il s'agit d'une hypothèse unique qui pourrait justifier que l'état d'urgence sanitaire soit déclaré sur tout ou partie du territoire. Tandis que le dispositif de l'état d'urgence de 1955 prévoit deux hypothèses alternatives à sa mise en œuvre. Un tel dispositif pourrait être déclenché 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* ».

A partir de ces considérations, deux remarques peuvent d'ores et déjà être soulignées : d'une part, il sera question de s'interroger sur la notion même de « catastrophe sanitaire » et sur ses contours. D'autre part, l'on notera que le choix de ce vocable précis implique la constatation d'une crise d'une certaine ampleur et d'une certaine gravité pour que soit déclenché l'état d'urgence sanitaire.

Premièrement, tenter de définir ce que recouvre la notion de « catastrophe sanitaire » ne semble pas être une opération superflue en ce que c'est précisément son existence qui pourra justifier le bouleversement des équilibres institutionnels mais surtout les restrictions aux libertés publiques qui s'y greffent automatiquement. Communément, une catastrophe est appréhendée comme un « *événement qui cause de graves bouleversements* »⁹⁴. En elle-même, d'un point de vue sanitaire, la notion de « catastrophe » n'est pas nouvelle car elle figure d'ores et déjà au sein du CSP dans le Titre III relatif aux « Menaces et crises sanitaires graves ». L'article L.3132-1, antérieur à la naissance du dispositif d'urgence sanitaire, permet « *en vue de répondre aux situations de catastrophe, d'urgence ou de menace sanitaires graves sur le territoire national* » de mobiliser une réserve sanitaire d'exception.

Or, la notion de « catastrophe sanitaire » n'apparaît pas en tant que telle au sein du CSP. Au cours des débats parlementaires, la nécessité d'encadrer plus strictement la notion de catastrophe sanitaire est soulignée, notamment par la Commission des affaires sociales du Sénat⁹⁵ mais également par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale qui critique « le

94 Définition du Dictionnaire Larousse.

95 Rapport n°380 (2019-2020) de M. Alain MILON, fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, enregistré le 19 mars

flou » de la définition. En effet, en période de crise lorsque l'incertain est partout, l'exigence de précisions est gage de sécurité et constitue un premier rempart contre les excès. Comme le souligne le sénateur, Monsieur Patrick Kanner, « *une définition trop générale du champ d'application de la loi encourage à la prise d'innombrables mesures, favorise des pratiques variables et des marges d'appréciation illimitées* »⁹⁶, encourageant l'encadrement de la notion. Ainsi, il a notamment été proposé d'ajouter des critères relatifs à l'intensité de la crise, à son ampleur⁹⁷, permettant ainsi de définir des éléments plus clairs d'identification d'une catastrophe sanitaire.

Par ailleurs, des ajouts renseignant les circonstances qui établissent le caractère exceptionnel de la catastrophe sanitaire paraissent plutôt pertinents. Dès lors, une catastrophe sanitaire serait caractérisée si la gravité de la situation entraînait par exemple une absence de maîtrise de la situation par le système médical⁹⁸. Les mêmes inquiétudes étaient partagées lors de l'instauration du dispositif de 1955 en ce que les motifs justificatifs de l'état d'urgence étaient considérés comme étant trop « *vagues et élastiques* », trop « *générales* » et conférant au régime d'exception « *un champ d'application indéfini* »⁹⁹. Toutefois, ces tentatives de précision de la notion n'ont malheureusement pas été fructueuses.

Deuxièmement, la seconde remarque est directement liée à la première et permet peut-être d'y apporter un tempérament. En effet, l'objectif des pouvoirs publics en utilisant la notion de « catastrophe sanitaire » est d'opérer une distinction mais surtout une hiérarchie entre la « menace sanitaire grave » d'une gravité moindre que celle d'une « catastrophe sanitaire ». Comme le relève le Conseil d'État, cette distinction permet une « *gradation en fonction de la gravité des crises* »¹⁰⁰. De telle sorte que l'état d'urgence sanitaire ne pourra être déclaré que si les circonstances traduisent une situation d'une certaine intensité. Or, sur un ton moins enthousiasmant, le flou de la notion de « catastrophe sanitaire » ne permet pas nécessairement

2020. Le Sénateur Bernard Jomier, membre de ladite commission abondait en ce sens.

96 Compte-rendu intégral des débats, Séance du 19 mars 2020, JOS n°24, p. 2512.

97 Amendement CL102 de M. Charles de Courson, Commission des Lois de l'AN.

98 Amendement CL44 de Mme. Delphine Batho, Commission des Lois de l'AN.

99 Pascal MBONGO (dir.), *L'état d'urgence, la prérogative et l'État de droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 2017, p. 177.

100CE, Avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.

de cibler dans quelle situation la gravité d'une situation serait telle qu'elle permettrait le déclenchement de l'état d'urgence sanitaire.

Par conséquent, cette prise en compte de l'intensité implique nécessairement de porter son regard sur l'intensité et l'ampleur même des mesures restrictives de liberté. Logiquement une menace sanitaire grave emportera des restrictions moins lourdes qu'une catastrophe sanitaire. Dans la première hypothèse, des mesures pourront être prises par le ministre chargé de la Santé hors de tout dispositif d'état d'urgence sanitaire¹⁰¹, ce dernier pourra également adopter des restrictions aux libertés après que ledit dispositif ait été déclenché¹⁰².

Par ailleurs, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire entraîne la réunion immédiate d'un Comité de scientifiques chargé de rendre périodiquement des avis sur l'état de la catastrophe sanitaire, sur les connaissances scientifiques s'y afférant, sur les mesures propres à y mettre un terme ainsi que sur la durée de leur application. Le recours à des scientifiques indépendants est un vecteur intéressant d'obtention d'une expertise objective portant sur la situation sanitaire. L'expertise guide et éclaire l'autorité publique dans sa prise de décisions. Elle confère, par ailleurs, une certaine légitimité aux décisions politiques adoptées en période de crise¹⁰³. Ainsi, si une catastrophe sanitaire est déclarée sur la base d'affirmations purement scientifiques, d'un point de vue social, l'acceptation et l'adhésion aux mesures restrictives de liberté seront forcément plus aisées. Mais *in fine*, à quelle autorité revient-il de déclarer l'existence d'une catastrophe sanitaire ? Il est assez difficile d'apporter une réponse.

Ainsi, même si le déclenchement de l'EUS est conditionné à l'existence d'une « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population », l'encadrement aurait mérité d'être davantage précisé lorsque l'on connaît l'étendue des restrictions apportées à la liberté de circulation que sa survenue permet. Et comme l'état d'urgence sanitaire n'est pas l'État normal de droit, son existence se doit forcément d'être temporaire.

101 Article L.3131-1 du CSP.

102 Article L.3131-16 du CSP.

103 Louis NOUAILLE-DEGORCE, « L'expertise scientifique au défi de la crise sanitaire », *Les Papiers de recherche de l'ENA*, Coll. Administration et gestion publiques, 2020.

2) L'instauration souhaitable et prudente d'un dispositif d'exception temporaire

Comme toute chose exceptionnelle, l'état d'urgence sanitaire, régime d'exception n'a pas vocation à être appliqué durablement dans le temps, il n'a pas vocation à se prolonger au-delà de la catastrophe sanitaire, notamment en raison de la fragilisation de l'État de droit qu'il provoque. À l'origine, sous la plume du Gouvernement, le nouveau régime juridique d'EUS se voulait être un dispositif pérenne, inscrit dans la loi et intégré au sein du CSP afin d'assurer convenablement la gestion de catastrophes sanitaires futures.

Or, sous la houlette des parlementaires, l'EUS est initialement élaboré comme un régime temporaire dont l'application n'est possible dans un premier temps que jusqu'au 1^{er} avril 2021¹⁰⁴ puis son application est ensuite prorogée jusqu'au 31 décembre 2021¹⁰⁵. Cette réserve des députés et sénateurs est pertinente car il aurait été périlleux de pérenniser de manière définitive un dispositif adopté dans l'urgence et sans que toutes les garanties fondamentales et nécessaires aient pu être envisagées par la loi.

Ainsi, le choix a été fait de limiter dans le temps l'application de l'arsenal législatif à la seule durée de l'épidémie. Il reviendra au Parlement de décider de pérenniser ce dispositif légal ou, à l'inverse, de prévoir la caducité de ce dernier afin de procéder à l'élaboration future d'un dispositif légal d'exception davantage respectueux des principes fondamentaux de la démocratie dans des conditions plus propices. En l'état actuel, les dispositions régissant l'état d'urgence sanitaire devront disparaître de l'ordonnement juridique à la fin de l'année 2021.

Toutefois, intégrer les dispositions régissant ce dispositif juridique au sein du CSP traduit d'ores et déjà une certaine consécration et pérennisation de l'état d'urgence sanitaire dans le droit positif. À titre de comparaison, les règles relatives à l'état d'urgence de la loi de 1955 ne figurent que de manière indirecte au sein du Code de la défense¹⁰⁶ et du Code de la sécurité intérieure¹⁰⁷ qui n'opèrent qu'un simple renvoi vers ladite loi.

104Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

105Loi n°2020-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

106Article L.2131-1 du Code de la défense.

107Article L.213-1 du Code de la sécurité intérieure.

Par ailleurs, le 21 décembre 2020, un projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires a été présenté par le Premier ministre ayant pour objectif de permettre l'articulation des trois régimes relatifs à la gestion des crises sanitaires : celui des menaces sanitaires graves, celui de l'état d'urgence sanitaire ainsi que celui de la sortie de l'état d'urgence sanitaire. Seraient ainsi instaurés deux régimes distincts de gestion de crises sanitaires selon la gravité de ces dernières et la nature des mesures à prendre pour y faire face. S'ajouterait à l'état d'urgence sanitaire existant un état de crise sanitaire dont le régime permettrait de prévenir l'avènement d'une catastrophe sanitaire ou encore de mettre un terme à une catastrophe sanitaire qui aurait d'ores et déjà eu lieu. Or, ce texte, prévu en anticipation de la caducité du régime d'état d'urgence sanitaire, a été retiré de l'ordre du jour de l'Assemblée nationale. Il est en effet légitime de s'interroger sur les moyens légaux dont disposeront les autorités administratives pour continuer à assurer la gestion de la situation sanitaire si celle-ci s'avérait encore sensible à l'issue de l'année 2021.

Si la volonté du Gouvernement de prévoir en amont un dispositif pérenne dotant les pouvoirs publics de moyens adaptés pour répondre aux situations sanitaires exceptionnelles est légitime, la prudence des parlementaires est saine et rassurante. Inscire durablement dans le droit un dispositif strict créé en pleine crise, bien qu'il l'est en réalité été sur plusieurs mois, mérite une réelle vigilance. Surtout que comme le relève pertinemment Madame Véronique Champeil-Desplats, l'expérience démontre « *la confirmation de la propension plusieurs fois relevée des régimes d'exception à être pérennisés et à s'inscrire formellement puis matériellement dans la durée* »¹⁰⁸, dénonçant « *la capacité des démocraties contemporaines présentées comme des Etats de droit à s'accommoder des régimes d'exception dérogatoires du droit commun et restrictifs des droits et libertés, à les intégrer et à les agencer dans le fonctionnement ordinaire et régulier des pouvoirs publics* »¹⁰⁹.

Par ailleurs, cette question de la pérennité de l'arsenal législatif du dispositif de l'état d'urgence sanitaire doit s'articuler avec la question de la durée d'applicabilité de ce régime d'exception. Si lorsque l'état d'urgence sanitaire a été déclaré pour la première fois il l'a été pour

108 Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Aspects théoriques : ce que l'état d'urgence fait à l'État de droit », In. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2018, p. 48.

109 Idem.

une période de deux mois, dérogeant à ce qui est prévu dans la loi, cette dernière prévoit que l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré pour une durée d'un mois maximum. Si prorogation de l'EUS il devait y avoir, elle ne pourrait être autorisée que par la loi, après avis du Comité de scientifiques¹¹⁰. S'écartant du régime juridique de l'état d'urgence issu de la loi de 1955 initialement suivi par le Gouvernement, le Conseil d'État, dans sa fonction consultative¹¹¹, est à l'origine de la durée d'un mois à l'issue de laquelle l'intervention du Parlement est nécessaire pour proroger l'état d'urgence sanitaire. En effet, le Gouvernement proposait qu'à compter de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire ou de sa prorogation celui-ci était applicable douze jours uniquement, comme cela est le cas pour l'état d'urgence de 1955.

Seul habilité à proroger l'état d'urgence sanitaire, le Parlement est également tenu de fixer la durée définitive de ce régime d'exception¹¹². Cette habilitation du Parlement garantit un contrôle de ce dernier sur l'action du Gouvernement. Elle permet, en principe, de veiller à ce que le régime d'exception et les mesures qu'il rend possibles ne perdurent pas indéfiniment. Durant la crise sanitaire du Covid-19, le Parlement a d'ores et déjà adopté trois lois¹¹³ prorogeant l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national, une loi¹¹⁴ prorogeant sa mise en œuvre en Guyane et à Mayotte ainsi qu'une loi¹¹⁵ prorogeant sa mise en œuvre dans le seul département de la Guyane.

De plus, en cas de prorogation de l'état d'urgence sanitaire, un décret pris en Conseil des ministres peut permettre d'y mettre un terme avant l'expiration du délai fixé par la loi le prorogeant et ce après avis du Comité de scientifiques institué. La fin de la catastrophe sanitaire et/ou la consolidation du droit commun semblent être les deux hypothèses les plus à mêmes de mettre fin à l'état d'urgence sanitaire, qu'il s'agisse d'une fin anticipée ou non.

110 Article L.3131-13 du CSP.

111 CE, Avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.

112 Article L.3131-14 du CSP.

113 Loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; 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 ; Loi n°2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire.

114 Loi n°2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

115 Loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

Les deux fois où l'état d'urgence sanitaire est arrivé à son terme, une loi a été adoptée afin d'organiser la sortie progressive du régime d'exception. Dans les deux cas, un régime transitoire a été mis en œuvre permettant aux autorités administratives de continuer, notamment, à réglementer les déplacements des personnes et des véhicules dans la droite ligne de ce qui est permis sous le régime de l'état d'urgence sanitaire. Ceci, tout comme les expériences du passé, traduisent la difficulté constante qui marque la sortie des régimes d'exception.

Toutefois, du point de vue des mesures restrictives de libertés, conférer un caractère nécessairement temporaire aux régimes d'exception, dont l'état d'urgence sanitaire fait partie, souligne par la même que l'extension des pouvoirs octroyés aux autorités publiques est également temporaire et n'a pas vocation à durer dans le temps.

L'existence d'un contrôle des mesures adoptées par les autorités administratives apporte une garantie conséquente à l'exercice des libertés publiques.

B) La mise en œuvre de garanties juridictionnelles fondamentales : le contrôle des mesures restreignant la liberté d'aller et venir adoptées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

Lorsque le législateur, au titre de sa compétence dévolue par l'article 34 de la Constitution, fixe les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice de leurs droits et libertés, il est tenu de veiller à ne pas priver « *de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »¹¹⁶. Cette recherche transparaît dans les travaux parlementaires menés à l'occasion de la production du droit de l'état d'urgence sanitaire (2). Et parmi les garanties légales, un accès effectif au juge constitue une première garantie (1).

1) Un contrôle juridictionnel prévu

L'extension des pouvoirs de police administrative permise dans les régimes d'exception, dont l'état d'urgence sanitaire, entraîne par voie de conséquence une multiplication des mesures

116 Cons. const., Décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, JO du 30 juillet 1986, p.9393, Rec. p. 110.

de police administrative adoptées pour lutter contre la menace, en l'espèce, épidémique. Ainsi, le juge administratif apparaît comme le « *garant de la légalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire* »¹¹⁷. En plus de ce contrôle de légalité, il lui incombe également de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) formées par les justiciables. Soulignons, par ailleurs, qu'au regard de la difficulté pour les juridictions de se réunir au début de l'épidémie, la loi organique d'urgence du 30 mars 2020¹¹⁸ a suspendu les délais prévus par l'ordonnance du 7 novembre 1958¹¹⁹ encadrant la procédure de la QPC. La loi suspend, d'une part, le délai de 3 mois au terme duquel le Conseil d'État et la Cour de cassation sont tenus d'examiner les conditions de recevabilité d'une QPC, et d'autre part, le délai de 3 mois pendant lequel le Conseil constitutionnel est tenu de se prononcer sur la question, et ce, jusqu'au 30 juin 2020.

À cet égard, l'état d'urgence sanitaire ne fait pas figure d'exception. Le juge administratif est désigné, dès l'origine par la loi du 23 mars 2020 instaurant l'état d'urgence sanitaire, comme compétent pour connaître de la plupart des mesures prises en application du Chapitre Ier bis relatif à l'état d'urgence sanitaire du CSP. Son contrôle s'opère dans le cadre des procédures prévues aux articles L.521-1 et L.521-2 du Code de justice administrative (CJA), correspondant respectivement au référé suspension et au référé liberté¹²⁰.

Or, malgré cette première garantie juridictionnelle, des craintes ont rapidement été évoquées, notamment au sein de la doctrine, quant aux mesures individuelles de placement en quarantaine ou à l'isolement. Lesquelles peuvent s'apparenter à des mesures privatives de liberté. C'est ainsi que la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions a prévu un régime particulier pour les mesures de placement en quarantaine ou à l'isolement. Ces dernières ont été exclues du bloc de compétence du juge administratif au profit du juge des libertés et de la détention (JLD).

117 Antonin GELBLAT, Laurie MARGUET, « Etat d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 20 avril 2020.

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

119 Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

120 Article L.3131-18 du CSP.

En effet, au titre de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est tenue de garantir la protection de la liberté individuelle, dont relève la liberté d'aller et venir. Ainsi, la décision, par laquelle le représentant de l'État dans le département prononce la mise en quarantaine ou à l'isolement d'une personne, doit nécessairement mentionner « *les voies et délais de recours ainsi que les modalités de saisine du juge des libertés et de la détention* »¹²¹.

Dès lors, les mesures de placement en quarantaine ou à l'isolement « *peuvent à tout moment 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* »¹²². Aussi, le JLD peut également être saisi par le Procureur de la République territorialement compétent ou se saisir d'office à tout moment. Il devra alors statuer dans un délai de 72 heures par ordonnance motivée. De plus, le JLD est obligatoirement saisi par le représentant de l'État dans le département en cas de prolongation de la mesure de placement en quarantaine ou en isolement au-delà d'un délai de 14 jours si celle-ci interdit toute sortie de l'intéressé hors du lieu où la quarantaine ou l'isolement se déroule et dure plus de 12 heures par jour.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 11 mai 2020, a rappelé que « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* »¹²³. Si le Conseil considère qu'un recours effectif devant le JLD existe bel et bien s'agissant des mesures de placement en quarantaine ou en isolement « complets » interdisant toute sortie à l'intéressé, il déduit qu'« *aucune intervention systématique d'un juge judiciaire n'est prévue dans les autres hypothèses* »¹²⁴ de placement en quarantaine ou en isolement. Pour ces hypothèses, le Conseil formule une réserve d'interprétation précisant que les dispositions du II de l'article L.3131-17 du CSP « *ne sauraient, sans méconnaître les exigences de l'article 66 de la Constitution, permettre la prolongation des mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement imposant à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour sans l'autorisation du juge*

121 Alinéa 1^{er} du II de l'article L.3131-17 du CSP.

122 Alinéa 3 du II de l'article L.3131-17 du CSP.

123 Cons. const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020, texte n°2., paragr. 41.

124 Idem, paragr. 43.

judiciaire »¹²⁵. Le juge considère donc que dans ces conditions, les dispositions du CSP garantissent le droit à un recours juridictionnel effectif.

Ainsi, en veillant au respect du droit au recours et en prévoyant des voies de recours plus ou moins adéquates selon les régimes des mesures restrictives de liberté, l'arsenal législatif du régime d'état d'urgence sanitaire permet d'ores et déjà une protection juridictionnelle de la liberté d'aller et venir. Arsenal législatif qui prévoit en amont des garanties essentielles.

2) La recherche apparente d'un équilibre entre restriction de la liberté d'aller et venir et satisfaction de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi

Comme le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler au cours de l'état d'urgence sanitaire¹²⁶, « *les dispositions portant atteinte à la liberté individuelle doivent satisfaire à une triple exigence d'adéquation, de nécessité et de proportionnalité au sens strict* »¹²⁷. En effet, le principe de proportionnalité impose qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits et libertés fondamentaux de manière disproportionnée. Plus précisément il impose la recherche d'un équilibre entre les atteintes portées aux droits et libertés constitutionnellement garantis et les objectifs poursuivis par les mesures restrictives. En l'occurrence chaque mesure restreignant la liberté d'aller et venir, constitutionnellement garantie, doit être conciliée avec l'objectif de protection de la santé publique, objectif de valeur constitutionnelle. Le principe de proportionnalité s'affirme « *à la fois comme le garant des libertés individuelles et celui d'autres buts légitimes, comme la sauvegarde de l'intérêt général et, notamment, la protection de l'ordre public ou l'efficacité de l'action publique* »¹²⁸.

Cette recherche de conciliation et de proportionnalité apparaît clairement dans les travaux préparatoires de la loi du 23 mars 2020 ainsi que dans la loi en elle-même. En ce sens, la Commission des Lois du Sénat a notamment axé son travail sur le fait de « *s'assurer de la*

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Cons. const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020, texte n°2.

¹²⁷ Cons. const., Décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, cons. 13, JO du 26 février 2008, p. 3272, texte n°2, Rec. p. 89.

¹²⁸ Intervention de Jean-Marc SAUVE, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés », Institut Portalis, Aix-en-Provence, 17 mars 2017.

proportionnalité des mesures prises et de la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis »¹²⁹. Dans cette dynamique, et au regard de l'étendue des pouvoirs dont il dispose, le Ministre chargé de la Santé, lorsqu'il adopte des mesures fondées sur l'article L.3131-1 du CSP relatif aux menaces sanitaires donc hors de l'état d'urgence sanitaire, est tenu de veiller à ce qu'elles soient « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* »¹³⁰. Par ailleurs, il est précisé qu'il est mis fin à ces mesures sans délai « *lorsqu'elles ne sont plus nécessaires* »¹³¹.

Ces exigences de proportionnalité figurent également au sein des dispositions propres à l'état d'urgence sanitaire. Elles concernent les mesures adoptées par le Premier ministre prises sur le rapport du Ministre chargé de la Santé sur le fondement de l'article L.3131-15 du CSP, celles adoptées par le Ministre chargé de la Santé sur le fondement de l'article L.3131-16 du CSP et celles prises par le représentant de l'État territorialement compétent sur le fondement de l'article L.3131-17 du CSP. Ces dispositions restreignant la liberté d'aller et venir des citoyens, font toutes mention du caractère « nécessaire », « approprié » et « proportionné » des mesures.

Ainsi, et de manière générale, chaque mesure de police administrative se doit d'être nécessaire, appropriée et proportionnée¹³² au regard de l'objectif poursuivi par les mesures. Le caractère « nécessaire » implique que la mesure restrictive soit indispensable à la satisfaction de l'objectif poursuivi et qu'elle n'excède pas la réalisation de cet objectif. Le caractère « approprié » de la mesure signifie que celle-ci soit à même de permettre la réalisation de l'objectif poursuivi. Le caractère « proportionné » au sens strict implique une idée de proportion entre l'intensité de l'atteinte portée aux droits et libertés fondamentaux et le résultat recherché, toujours au regard de l'objectif poursuivi.

Exercé par le juge, le contrôle de proportionnalité implique donc d'examiner la satisfaction de ces trois éléments successifs. Comme le souligne pertinemment Madame la

129 Rapport n°381 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, enregistré le 19 mars 2020.

130 III de l'article L3131-1 du CSP.

131 Idem.

132 CE, Décision n°17413, 19 mai 1933, *Benjamin*.

Professeure Valérie Goesel-Le Bihan, ce contrôle est « *assurément en lui-même une technique de protection des libertés publiques quel que soit le contentieux considéré, constitutionnel ou administratif* »¹³³. Reste à confirmer, en pratique, son efficacité concrète s'agissant des mesures restreignant la liberté d'aller et venir dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

Appréhendé sous l'angle de sa fonction première, celle de discuter et de voter la loi, le Parlement a su compléter le travail du Gouvernement en encadrant davantage le régime de l'état d'urgence sanitaire et en appartenant des garanties à l'exercice de la liberté d'aller et venir. Mais s'est-il également saisi de son pouvoir d'évaluation des « politiques publiques » et de contrôle sur « l'action du Gouvernement » prévus par l'article 24 de la Constitution ?

II) L'impact restreint du contrôle parlementaire sur les mesures restreignant la liberté d'aller et venir

Si le Gouvernement, suivant l'avis du Conseil d'État, n'avait pas entendu préciser dans son projet de loi d'urgence l'existence d'un contrôle parlementaire sur la mise en œuvre de ladite loi, ce sont les parlementaires eux-mêmes qui ont œuvré en ce sens. La Commission des Lois du Sénat a souhaité, à raison, renforcé les pouvoirs de contrôle de l'Assemblée nationale et du Sénat sur l'application de la loi¹³⁴. Suivi par l'Assemblée nationale et la CMP, cet amendement a, à quelques différences près, été inscrit au sein de la loi et donc du CSP. L'article L.3131-13 du CSP prévoit que l'Assemblée nationale ainsi que le Sénat soient, d'une part, « *informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire* », et qu'ils puissent, d'autre part, « *requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle de l'évaluation de ces mesures* ».

Or, loin d'être si optimistes, certains auteurs constatent qu'en période de crise, et notamment lors de l'élaboration des états d'urgence, la fabrique législative ne constitue pas un moyen utilisé de manière effective par les acteurs pour contrôler l'action du Gouvernement.

133Valérie GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum*, n°7 ;

134Amendement COM-26 rectifié, Commission des Lois du Sénat.

Comme le note Stéphanie Hennette-Vauchez « à chaque fois il ne s'est agi [...] pour le Parlement que d'accompagner le mouvement initié par l'exécutif, sans résistance ou opposition visible »¹³⁵.

Néanmoins, un contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire a tout de même été institué **(A)**. Et il s'est matérialisé par le recours aux mécanismes classiques de contrôle parlementaire **(B)**.

A) L'instauration incertaine d'un contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire

Formellement rattaché à l'article 24 de la Constitution, le contrôle parlementaire permet au Parlement de contrôler le Gouvernement grâce à la mise en œuvre de moyens divers. À l'origine non prévu par le projet de loi, un tel contrôle a finalement été inscrit dans la loi. Toutefois, les modalités de son exercice auraient mérité d'être davantage précisées (1). Sans s'inscrire formellement au nombre des moyens de contrôle parlementaire, la saisine du Conseil constitutionnel permet un certain contrôle (2).

1) La consécration non consensuelle d'un contrôle parlementaire aux modalités floues

Lors de l'élaboration de la loi d'urgence instaurant le dispositif de l'état d'urgence sanitaire, l'instauration d'un contrôle parlementaire du régime d'exception n'a pas emporté l'adhésion de tous. En effet, saisi pour avis¹³⁶, le Conseil d'État proposait de « *supprimer la disposition imposant au Gouvernement la transmission d'informations relatives à la mise en œuvre de l'état d'urgence* » présente dans le projet de loi, considérant que cette dernière constituait « *une injonction du Parlement au Gouvernement et ne relève pas du domaine de la loi* ».

Tandis que de son côté, le Sénat œuvré en faveur d'un renforcement des pouvoirs de contrôle du Parlement afin de suivre l'application de la loi du 23 mars 2020 ainsi que les

135 Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « La fabrique législative de l'état d'urgence : lorsque, par la disposition des choses, le pouvoir n'arrête pas le pouvoir », In. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2018, p.86.
136CE, Avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.

conséquences sanitaires de l'épidémie. La Commission des Lois du Sénat souligne que le dispositif de contrôle prévu pour l'état d'urgence sanitaire s'inspire de celui mis en œuvre pour assurer le suivi de la loi « SILT » du 30 octobre 2017¹³⁷. L'article L.22-10-1 de Code de la sécurité intérieure issu de l'article 5 de la loi « SILT » dispose que l'Assemblée nationale et le Sénat « *sont informés sans délai des mesures prises ou mises en œuvre par les autorités administratives* » et qu'elles « *peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ».

Ainsi, dans la droite ligne de ce dispositif, la loi du 23 mars 2020, en son article L.3131-13 du CSP, prévoit que l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par les autorités administratives en application de ladite loi au titre de l'état d'urgence sanitaire et qu'ils peuvent demander toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures. Néanmoins, si le dispositif permettant le suivi de la loi « SILT » prévoit également que les autorités administratives transmettent à l'Assemblée nationale et au Sénat « *sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application* » des dispositions des Chapitres VI à IX du présent titre. Ce que ne prévoit malheureusement pas la loi instaurant l'état d'urgence sanitaire.

Par ailleurs, il peut être regrettable qu'un tel contrôle parlementaire soit institué sans que ses modalités d'exercice soient précisées. Surtout lorsqu'il apparaît que les contours mêmes du contrôle parlementaire ne font pas l'objet d'une véritable circonscription. En effet, comme le souligne Jean-Baptiste Jacob au sujet du contrôle parlementaire, « *il est difficile de préciser avec exactitude ce que recoupe ce type de contrôle* »¹³⁸. Ayant pour ambition d'adoucir les règles du parlementarisme rationalisé, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur la modernisation des institutions souhaitait renforcer le contrôle parlementaire. En ce sens, elle confère par exemple un fondement constitutionnel aux Commissions d'enquête (article 51-2 de la Constitution). Ce contrôle se matérialise également par la mise en œuvre de procédures d'information et par la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement.

137Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

138Jean-Baptiste JACOB, « À propos d'un inédit familial : le contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire », *Les Petites Affiches*, n°085, 2020, p.6.

Or, aucun moyen concret ne permettant l'exercice de ce contrôle n'est mentionné au sein de la loi du 23 mars 2020. Un amendement déposé devant la Commission des Lois de l'Assemblée nationale préconisait la création d'un comité parlementaire de suivi permanent composé de parlementaires dès le déclenchement de l'état d'urgence sanitaire. Cet amendement a été rejeté car considéré comme un risque d'alourdissement du dispositif. Monsieur le Professeur Jean-Philippe Derosier abonde en ce sens, soutenant que le Parlement se doit de disposer d'un « *organe spécifiquement constitué et composé de parlementaires* », appelé « Conseil national de l'état d'urgence », lui permettant d'« *assurer un contrôle permanent des mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence* »¹³⁹.

À défaut de disposer d'un tel comité, certains parlementaires proposaient que certains membres du Parlement siègent au sein du Comité de scientifiques. À cet égard, la loi d'urgence du 23 mars prévoit que le Président de l'Assemblée nationale ainsi que le Président du Sénat nomment deux personnalités qualifiées pour siéger au sein du Comité de scientifiques¹⁴⁰. Lequel est tenu de communiquer ses avis aux Présidents des deux chambres au titre de la loi du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire. Aussi, la loi du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire complète ses dispositions en précisant que le comité de scientifiques « *peut être consulté par les commissions parlementaires sur toute question concernant les sujets mentionnés à la quatrième phrase du premier alinéa du présent article* ».

L'absence de précisions légales quant aux modalités d'exercice du contrôle parlementaire en période d'état d'urgence sanitaire ainsi que l'absence de circonscription des mécanismes à mêmes de permettre l'exercice d'un tel contrôle interroge. Le contrôle *a priori* de constitutionnalité des lois ne permet-il pas une forme de contrôle de l'action du Gouvernement assurant la conformité de l'arsenal législatif sur la base duquel sont adoptées les mesures restreignant la liberté d'aller et venir ?

139Jean-Philippe DEROSIER, « Pour un état d'urgence constitutionnalisé », *La Constitution décodée*, 20 avril 2020.

140Article L.3131-19 du CSP.

2) La saisine du Conseil constitutionnel par les parlementaires : un moyen indirect de contrôler le dispositif de l'état d'urgence sanitaire

Au titre de l'alinéa 2 de l'article 61 de la Constitution, « *les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* ». Instituée par la révision constitutionnelle de 1974, la saisine du Conseil constitutionnel offerte aux parlementaires permet un contrôle *a priori* de constitutionnalité d'une loi. L'avantage d'un tel contrôle est d'éviter en amont que des dispositions inconstitutionnelles puissent produire leurs effets. L'inconstitutionnalité de telles dispositions est neutralisée avant même l'entrée en vigueur de la loi.

Largement mobilisé par l'opposition, cet outil constitue un moyen pour cette dernière de s'opposer à la majorité. Son intérêt s'illustre notamment dès lors que la loi adoptée par le Parlement résulte d'un projet de loi d'initiative gouvernementale. Mais encore faut-il que les parlementaires se saisissent de cet outil.

En effet, la doctrine a souligné l'absence regrettable de saisine du Conseil constitutionnel par les députés et sénateurs s'agissant de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19. Il aurait été judicieux de soumettre l'arsenal législatif qui fonde l'état d'urgence sanitaire, et par conséquent les mesures ayant vocation à être adoptées sur son fondement, au contrôle de constitutionnalité. À cet égard, Monsieur le Professeur Jean-Philippe Derosier soulignait l'importance d'un tel contrôle, *a fortiori* en période de crise. Période au cours de laquelle « *il paraît indispensable que soit saisi le Conseil constitutionnel, gardien ultime de la démocratie et des droits et libertés fondamentaux* »¹⁴¹.

Toutefois, à l'inverse, les parlementaires ont largement saisi le Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce *a priori* sur la conformité de certaines dispositions de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions (promulguée le 11 mai 2020). En effet, le Président du Sénat a exercé son pouvoir de saisine en demandant au Conseil de se prononcer

141 Jean-Philippe DEROSIER, « Que le Conseil constitutionnel soit saisi ! », *La Constitution décodée*, 21 mars 2020.

notamment sur la réglementation de la circulation, de l'accès à certains lieux établissements ainsi que sur les réquisitions, ainsi que sur les mesures de quarantaine et d'isolement. Députés et sénateurs ont quant à eux déféré l'ensemble de la loi dans sa version définitive votée par l'Assemblée nationale le 9 mai 2020. Toujours au regard des atteintes portées à la liberté d'aller et venir, les parlementaires s'accordent quant à l'inconstitutionnalité des mesures de mise en quarantaine et de placement et maintien à l'isolement prévues par la loi. Ils considèrent que ces dernières portent une « *atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir violant l'article 66 de la Constitution* »¹⁴² entraînant une insuffisance des « *garanties légales apportées aux exigences constitutionnelles* »¹⁴³.

Par ailleurs, 60 sénateurs ont également saisi le Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la constitutionnalité de la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire (promulguée le 9 juillet 2020), établissant un régime transitoire, qui autorise la restriction de circulation des personnes et des véhicules alors même que la loi permet l'adoption de telles mesures hors de l'état d'urgence sanitaire « *sans offrir de garanties suffisantes à l'admissibilité de son caractère exorbitant du droit commun* »¹⁴⁴. De même, députés et sénateurs ont entendu déférer au Conseil constitutionnel la loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire (promulguée le 14 novembre 2020). Aussi, 60 députés ont déféré la loi relative à la gestion de la sortie de crise au Conseil constitutionnel (promulguée le 31 mai 2021).

En outre, l'exercice, par les parlementaires, de leur pouvoir de saisine du Conseil constitutionnel peut constituer un moyen indirect de contrôler l'action du Gouvernement lorsque les lois votées émanent de projets de lois. Bien qu'*in fine* les dispositions législatives relatives à la restriction de la liberté de circulation aient globalement été déclarées conformes à la Constitution.

142 Saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés pour contrôler la constitutionnalité de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

143 Saisine du Conseil constitutionnel par 60 sénateurs pour contrôler la constitutionnalité de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

144 Saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés pour contrôler la constitutionnalité de la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

Toutefois, de manière générale, le contrôle parlementaire se matérialise plus communément par la mise en œuvre de divers outils d'information et d'investigation présents dans le droit commun.

B) Le recours aux mécanismes de contrôle parlementaire de droit commun

La loi du 23 mars 2020 prévoit que la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire implique que l'information et le contrôle du Parlement soient assurés pendant l'application de ce dispositif exceptionnel. Afin de satisfaire à ces objectifs, les assemblées parlementaires ont, d'une part, décidé de créer des missions d'information (1) et, d'autre part, de se doter de prérogatives d'enquête (2).

1) La création de missions d'information par les assemblées parlementaires

Les commissions permanentes des assemblées parlementaires sont chargées, sur les questions relevant de leur compétence, d'assurer l'information de l'assemblée au sein de laquelle elles ont été instituées afin de lui permettre d'exercer son contrôle sur l'action du Gouvernement. À cette fin, les commissions ont la faculté de constituer des missions d'information temporaires visant notamment à assurer le suivi des conditions d'application d'une législation. Dans le cadre des travaux de la mission, des auditions peuvent être organisées. Ces missions d'informations sont respectivement régies par l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale et l'article 21 du Règlement du Sénat.

A l'Assemblée nationale, la Conférence des présidents a créé, le 17 mars 2020, une mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19. La mission d'information a adopté un premier rapport en date du 3 juin 2020¹⁴⁵. Elle s'est, par la même occasion, dotée des prérogatives d'une commission d'enquête et a ainsi rendu un second rapport en conclusion de ses travaux d'enquête, le 2 décembre 2020.

¹⁴⁵Rapport d'information n°3053 fait au nom de la Mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19, présenté par M. Richard FERRAND, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 2020.

Dans la même dynamique, la Commission des Lois du Sénat, a constitué, le 25 mars 2020, une mission pluraliste de suivi ayant pour mission de contrôler les mesures mises en œuvre par le Gouvernement dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19. La mission a rendu trois rapports d'information : un premier rapport en date du 2 avril 2020 relatif aux 10 premiers jours d'état d'urgence visant à dresser les premiers constats¹⁴⁶, un deuxième rapport en date du 29 avril 2020 sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire¹⁴⁷ et un troisième et dernier rapport en date du 8 juillet 2020 visant à mieux organiser la Nation en temps de crise¹⁴⁸.

D'une manière générale, les rapports rendus par les missions d'information des deux assemblées traduisent globalement une validation des mesures adoptées par le Gouvernement dans le cadre de la lutte contre l'épidémie en période d'état d'urgence sanitaire. Ces dernières respecteraient assez fidèlement le cadre juridique fixé par la loi du 23 mars 2020. Au regard des mesures restreignant la liberté d'aller et venir, les données apportées par la mission de suivi du Sénat sont davantage critiques quant aux mesures adoptées par les autorités publiques. Elle alerte notamment sur les modalités de mise en œuvre du contrôle du confinement par les forces de l'ordre ainsi que sur le dispositif de traçage numérique permettant d'alerter les personnes ayant été en contact avec des malades.

Néanmoins, compte tenu des pouvoirs assez limités des missions d'information, la mobilisation de pouvoirs d'enquête a été envisagée par les assemblées parlementaires.

2) L'insuffisance de la mobilisation des pouvoirs d'enquête par les assemblées parlementaires

Suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les commissions d'enquête ont été inscrites à l'article 51-2 de la Constitution. Lequel dispose en son premier alinéa que « *pour*

146 Rapport d'information n°607 fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur les 10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats – Analyse des décrets et ordonnances (justice, intérieur, collectivités territoriales, fonction publique), enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juillet 2020.

147 Rapport d'information n°608 fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juillet 2020.

148 Rapport d'information n°609 fait au nom de la Commission des Lois du Sénat : Mieux organiser la Nation en temps de crise (justice, sécurité, collectivités et administration territoriale, élections) – Rapport final sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juillet 2020.

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 ». Ce sont des commissions temporaires dont les missions ne peuvent excéder une durée de six mois mais qui permettent, pendant ce délai, de mobiliser de larges pouvoirs d'investigation. Ainsi, les rapporteurs de ces commissions peuvent exiger l'obtention de « *tous les renseignements de nature à faciliter* »¹⁴⁹ leur mission. À l'exception de certains documents revêtant un caractère secret et relevant de la sécurité nationale, les rapporteurs « *sont habilités à se faire communiquer tous documents de service* », « *sous réserve du respect du principe de la séparation de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs* »¹⁵⁰. Par ailleurs, ces commissions sont habilitées à auditionner toute personne dont elles estiment l'audition utile.

En vue de contrôler les mesures mises en œuvre par les pouvoirs publics au cours de l'épidémie, la mission d'information instituée par la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale s'est dotée des prérogatives d'enquête en principe détenues par une commission d'enquête créée à cet effet. Elle rend son rapport le 2 décembre 2020¹⁵¹. Toutefois, au sein de la Chambre, l'octroi de telles prérogatives n'a pas fait l'unanimité en ce qu'un député de l'opposition, Monsieur André Chassaigne, souhaitait la création d'une véritable commission d'enquête au titre de son droit de tirage. Or, la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale a déclaré irrecevable cette demande de création d'une commission d'enquête. Irrecevabilité justifiée au regard du caractère identique de l'objet de la Mission d'information avec celui de la commission d'enquête que l'opposition souhaitait créer. Or, permettre, comme l'autorise l'article 143 du Règlement de l'Assemblée nationale, à un groupe de l'opposition de nommer l'un de ses membres président ou rapporteur de la commission d'enquête aurait pu constituer un contre-pouvoir intéressant. Bien qu'*in fine*, une telle commission d'enquête aurait majoritairement été composée de députés de la majorité¹⁵².

149Article 6 de l'Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

150Idem.

151Rapport d'information n°3633 fait au nom de la Mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19 (dotée des pouvoirs d'enquête), présenté par M. Julien BOROWCZYK et M. Eric CIOTTI, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 décembre 2020.

152Elina LEMAIRE, « Contrôle parlementaire de la crise sanitaire : interrogations autour de l'attribution des pouvoirs d'enquête à la mission d'information sur l'épidémie de Coronavirus à l'Assemblée

Par ailleurs, une Commission d'enquête pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire du Covid-19 et de sa gestion a été instituée par le Sénat le 2 juillet 2020. Le 8 décembre 2020, elle rend un rapport intitulé « *Santé publique : pour un nouveau départ – Leçons de l'épidémie de Covid-19* ». La Commission souligne que la gestion de la crise du Covid-19 témoigne d'un défaut de préparation, d'une constance jugée néfaste dans la stratégie et d'un défaut de communication adaptée.

Soulignons que lors de la mise en œuvre de l'état d'urgence sécuritaire en 2015, les Commissions des Lois des deux assemblées ont recouru aux prérogatives en principe attribuées aux commissions d'enquête.

Outre l'instauration d'un encadrement des moyens d'action offerts aux autorités administratives, ces dernières sont finalement dotées de prérogatives exorbitantes en matière de police.

Paragraphe 2 : L'extension considérable des pouvoirs de police administrative en matière sanitaire

Peu avant l'avènement de la Ve République, le pouvoir exécutif, et notamment le ministre de l'Intérieur, Monsieur Bourgès-Maunoury, présentent l'état d'urgence comme une version moins attentatoire aux libertés que l'état de siège en ce que le premier ne permet qu'un renforcement des pouvoirs de police au profit des autorités civiles et non militaires. Mais au départ cette notion « d'état d'urgence » n'est qu'une « *pure invention langagière qui ne veut rien dire de précis* »¹⁵³. L'instauration de l'état d'urgence sanitaire permet une application de mesures exceptionnelles restrictive des libertés en dehors de son application **(I)**. Extension des pouvoirs de police qui s'est couplée à l'émergence d'un droit répressif sanctionnant la méconnaissance des mesures de police **(II)**.

nationale », JP blog, *Jus Politicum*, *Revue internationale de droit constitutionnel*, 18 juin 2020.

153 Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes Perspectives, 2^e éd., p. 56.

I) La consécration de mesures restreignant la liberté d'aller et venir applicables dans et hors de l'état d'urgence sanitaire

Une dynamique de gradation a été mise en œuvre en vue d'adapter les pouvoirs de police à l'intensité de la menace pendant l'état d'urgence sanitaire **(A)**. Lorsque ces pouvoirs sont renforcés et continuent à s'appliquer en dehors de l'état d'urgence sanitaire, la prudence est de rigueur **(B)**.

A) L'élaboration de pouvoirs de police distincts selon l'intensité de la crise sanitaire

Les pouvoirs du Ministre chargé de la Santé ont été renforcés afin de pérenniser au sein du CSP des moyens pour faire à une menace sanitaire (1). Par ailleurs, les pouvoirs de police ont été également renforcés en cas de catastrophe sanitaire, de plus grande ampleur (2).

1) Le renforcement des pouvoirs police administrative en cas de menaces sanitaires

Lorsqu'il s'est agi pour le Gouvernement d'apporter des solutions afin de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 en vue d'assurer la protection de la santé publique, celui-ci a, par la même occasion, procédé à un renforcement de l'arsenal législatif dédié à la gestion des menaces sanitaires. C'est ainsi que l'intitulé du Chapitre 1er du livre premier de la troisième partie du CSP a été remplacé par la mention suivante : « Menaces sanitaires » lors de l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

L'article L.3131-1 qui ouvre ce Chapitre 1er, dans sa rédaction issue des lois du 9 août 2004¹⁵⁴ et du 5 mars 2007¹⁵⁵, habilite le Ministre chargé de la Santé à adopter des mesures réglementaires et individuelles en réaction à la survenue d'une menace sanitaire. Ce texte prévoit en substance qu' « *en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, 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*

¹⁵⁴Loi n°2004-806 relative à la politique de santé publique.

¹⁵⁵Loi n°2007-294 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur.

des menaces possibles sur la santé de la population ». Par ailleurs, il peut habiliter le préfet à prendre toutes les mesures d'application de ces dispositions, y compris des mesures individuelles. Cette disposition institue d'ores et déjà une police administrative spéciale mobilisable en période d'urgence sanitaire. Elle a été mobilisée à plusieurs reprises depuis son édicition, notamment en 2009 lors de l'épidémie de la grippe H1N1. Et en 2020, c'est sur ce fondement qu'ont été prescrites les premières mesures restreignant la liberté d'aller et venir.

La législation adoptée pendant la crise sanitaire du Covid-19 a permis de renforcer les pouvoirs de police sanitaire dont dispose le Ministre chargé de la Santé, et ce même en dehors du dispositif d'état d'urgence sanitaire. À cet égard, la loi du 23 mars 2020 complète l'article L.3131-1 du CSP en ajoutant 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* ».

Or, cette disposition modifiée par la loi du 23 mars 2020 amène rapidement à formuler deux constats. D'une part, la formulation large et vague de cette disposition ne permet pas de cerner avec précision le champ d'application ainsi que le régime des mesures pouvant être adoptées sur son fondement. D'autre part, ayant vocation à s'appliquer aux seules menaces sanitaires graves, ladite disposition trouve ses limites lorsqu'elle doit être appliquée à une crise ou plus précisément une catastrophe sanitaire avérée.

En effet, assez tôt, dès le mois de mars 2020, la Commission des Lois du Sénat alertait les pouvoirs publics « *sur la solidité du cadre légal [...] prévu par le Code de la Santé publique, qui n'encadre pas, à l'exception d'une exigence générale de proportionnalité, les conditions de mise en œuvre de mesures d'urgence par le Ministre de la Santé* »¹⁵⁶. Un peu plus tard, le Conseil d'État, abondant dans le même sens, considère que les mesures individuelles susceptibles d'être prises dans les conditions prévues à l'article L.3131-1 du CSP « *ne sont pas entourées d'un*

¹⁵⁶ Rapport n°381 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, enregistré le 19 mars 2020.

encadrement adapté »¹⁵⁷. Il appelait donc « *l'attention du Gouvernement sur la nécessité de revoir le dispositif* »¹⁵⁸ prévu par cet article.

C'est ainsi que lors de l'examen du projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, l'adoption d'un amendement COM-166 par la Commission des Lois du Sénat a permis de renforcer les garanties entourant les prérogatives attribuées au Ministre chargé de la Santé. Il prévoit d'assurer un niveau de garanties identique à celui entourant le prononcé des mesures de quarantaine et d'isolement prévues dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire s'agissant des mesures de quarantaine et d'isolement qui pourraient être prises hors de l'état d'urgence sanitaire¹⁵⁹. Dès lors, avec la loi du 11 mai 2020¹⁶⁰, l'article L.3131-1 du CSP prévoit que « *les mesures individuelles ayant pour objet la mise en quarantaine, le placement et le maintien en isolement de personnes affectées ou susceptibles d'être affectées sont prononcées dans les conditions prévues au II des articles L.3131-15 et L.3131-17.* ».

Poursuivant cet objectif de sécurisation du régime juridique applicable aux menaces sanitaires graves, la loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire¹⁶¹ encadre davantage ce régime, modifiant à nouveau l'article L.3131-1 du CSP. D'abord, elle précise les deux catégories de mesures susceptibles d'être prescrites par le Ministre chargé de la Santé. Ce dernier est habilité à prescrire « *1° Toute mesure réglementaire ou individuelle relative à l'organisation et au fonctionnement du système de santé* », ainsi que « *2° Des mesures de mise en quarantaine ou de placement et de maintien en isolement, dans les conditions prévues au II des articles L.3131-15 et L.3131-17* », reprenant s'agissant de ce deuxième type de mesures ce qui était déjà prévu par la loi du 11 mai 2021. De plus, elle soumet les mesures susceptibles d'être prises par le préfet à l'obligation de stricte proportionnalité et de nécessité.

157 CE, Avis n°400104 sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 1^{er} mai 2020.

158 Idem.

159 Rapport n°416 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, enregistré le 4 mai 2020.

160 Loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

161 Loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

Malgré la consolidation nécessaire et fondamentale du régime relatif aux menaces sanitaires graves, il apparaît clairement que ce régime n'a vocation à s'appliquer qu'en cas de menace d'épidémie et non pas en cas d'épidémie avérée.

De ces considérations ressort l'idée d'une gradation eu égard à la gravité de la situation sanitaire et par conséquent des moyens de police à mettre en œuvre. Dès lors, l'état d'urgence sanitaire « *aurait vocation à être mis en œuvre dans les cas d'une ampleur très importante tandis que les dispositions de l'article L.3131-1 du Code de la Santé Publique resteraient quant à elles applicables aux crises de moindre ampleur* »¹⁶². Raison pour laquelle en période de catastrophe sanitaire les autorités administratives disposent de pouvoirs plus conséquents.

2) La création d'une véritable police sanitaire opérationnelle en période de catastrophe sanitaire

Au niveau national, le Premier ministre¹⁶³ et au niveau local, le préfet¹⁶⁴ et le maire¹⁶⁵, sont les trois autorités publiques qui disposent de pouvoirs de police administrative générale. Recourir à ces pouvoirs de police constituait une option pour les pouvoirs publics. Option qui a toutefois rapidement été écartée. Le choix de l'élaboration du dispositif de l'état d'urgence sanitaire impliquait systématiquement de doter les autorités administratives de prérogatives d'une ampleur suffisante pour garantir la protection de la santé publique en cas de catastrophe sanitaire avérée.

Par le biais de la loi du 23 mars 2020, une police administrative spéciale a été instituée au profit du Premier ministre, du Ministre chargé de la Santé, ainsi que du préfet – dans les cas où il y aurait été habilité – uniquement opérationnelle « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* »¹⁶⁶.

Les articles L.3131-15, L.3131-16 et L.3131-17 du CSP constituent les dispositions qui fondent légalement les prérogatives de police sanitaire du Premier ministre, du Ministre chargé

162 Étude d'impact : Projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.

163 CE, 8 août 1919, *Labonne*, Rec. Lebon.

164 Article L.2215-1 du CGCT.

165 Articles L.2212-1 et L.2212-2 du CGCT.

166 Article L.3131-12 du CSP.

de la Santé et du préfet. Dans le cadre de la lutte contre l'épidémie de Covid-19, ces autorités ont été dotées de pouvoirs importants leur octroyant la faculté de restreindre considérablement la liberté de circulation des citoyens.

Initialement, le projet de loi déposé par le Gouvernement autorisait le Premier ministre à prendre toutes « *mesures générales limitant la liberté d'aller et venir* » ainsi que le ministre de la santé à prescrire « *toutes les autres mesures générales et les mesures individuelles visant à lutter contre la catastrophe* » sanitaire. Sans préciser la nature ainsi que les conditions de mise en œuvre desdites mesures, le pouvoir exécutif se voyait confier de larges prérogatives de police administrative. Par conséquent, la Commission des lois du Sénat chargée d'examiner le projet de loi dénonçait l'existence d'un « *flou certain s'agissant des mesures susceptibles d'être prescrites par les autorités publiques* »¹⁶⁷. Cette habilitation du pouvoir réglementaire qui pourrait s'avérer trop extensive n'est pas gage de sécurité juridique et crée des incertitudes au regard du caractère imprévisible et potentiellement disproportionné des mesures restrictives de libertés qui pourraient être adoptées.

Assurant son rôle de conciliateur, le Sénat, par l'intermédiaire de sa Commission des lois, a souhaité apporter davantage de garanties à l'exercice des libertés, notamment à la liberté d'aller et venir. Modifiant le projet de loi déposé par le Gouvernement, le Sénat a adopté un amendement du rapporteur de la Commission visant à énumérer les mesures restrictives de libertés susceptibles d'être prises par le Premier ministre et le ministre de la santé dans le cadre du régime d'état d'urgence sanitaire. En ce sens, il limite le champ des mesures susceptibles de restreindre la liberté d'aller et venir grâce à des précisions apportées pour chaque type de mesures applicables. Par ailleurs, il intègre dans la loi des garanties supplémentaires lorsqu'il annonce que les limitations posées à la liberté d'aller et venir par le pouvoir réglementaire doivent tenir compte des contraintes professionnelles, familiales et de santé.

Tandis que de son côté l'Assemblée nationale, au sein de laquelle n'existait pas de consensus, considérait cette énumération comme étant trop précise et limitant de manière trop drastique les pouvoirs du Gouvernement. Ainsi, à l'initiative de ce dernier, une nouvelle

¹⁶⁷Rapport n°381 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, enregistré le 19 mars 2020.

catégorie supplémentaire de mesures susceptibles d'être prises par le pouvoir réglementaire avait été adoptée par les députés. Visant directement la liberté d'aller et venir, elle octroyait la faculté pour le Premier ministre d'adopter, par décret réglementaire, « *en tant que de besoin [...] toute autre mesure générale nécessaire limitant la liberté d'aller et venir [...] dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire (...)* ». L'argument invoqué par l'Assemblée nationale résidait principalement dans le caractère évolutif et imprévisible de la situation sanitaire qui justifiait le bénéfice, pour le Gouvernement, d'une marge de manœuvre supplémentaire pour la gestion de la crise.

Sujet de discorde au sein de la Commission Mixte Paritaire, députés et sénateurs s'accordent néanmoins sur l'importance des discussions dédiées à garantir la protection des libertés publiques collectives, au titre desquelles figure la liberté d'aller et venir. D'une part, conférer une habilitation si générale au Premier ministre, sans l'assortir de limite et procédure adéquates s'y afférant, se serait quasiment apparenté à un octroi des pleins pouvoirs similaires à ceux prévus au bénéfice du Président de la République dans l'article 16 de la Constitution. D'autre part, la mention expresse de la liberté d'aller et venir aurait créé un doublon avec les autres mesures énumérées¹⁶⁸ par le Sénat susceptibles d'être adoptées par le pouvoir réglementaire et restreignant d'ores et déjà l'exercice de la liberté d'aller et venir.

Ainsi, au titre de l'article L.3131-15 du CSP et au regard de la restriction de la liberté de circulation en période d'état d'urgence sanitaire, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du Ministre chargé de la Santé, réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage ; interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé ; ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine des personnes susceptibles d'être affectées ; ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement, à leur domicile ou tout autre lieu d'hébergement adapté, des personnes affectées aux seules fins de garantir la santé publique. Par ailleurs, sur la base de l'article L.3131-16 du CSP, le Ministre chargé de la Santé est

168 Mesures contenues dans le 1°, 2°, 3° et 4° de l'article L.3131-15 du CSP introduit par la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

autorisé à prescrire toute mesure individuelle nécessaire à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre sur le fondement de l'article L.3131-15 du CSP.

Toutefois, le Ministre chargé de la Santé dispose par ailleurs du pouvoir de prescrire, par arrêté motivé, toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé, en dehors des mesures qui peuvent être adoptées par le Premier ministre au titre de l'article L.3131-15 du CSP.

De plus, dans le cadre des mesures prévues aux articles L.3131-15 et L.3131-16 du CSP, le préfet peut être habilité par le Premier ministre ou le Ministre chargé de la Santé, au titre de l'article L.3131-17 du CSP, à prendre toutes les mesures générales ou individuelles d'application desdites dispositions.

Et c'est précisément sur la base de ces dispositions législatives que la mise en œuvre, par le pouvoir réglementaire, de confinements et couvre-feu a été possible sous l'état d'urgence sanitaire. Or, des mesures restreignant la liberté d'aller et venir ont pu être prescrites en dehors de ce dispositif d'exception.

B) La survivance de pouvoirs de police sanitaire importants après la sortie de l'état d'urgence sanitaire

La sortie du régime de l'état d'urgence sanitaire n'en porte que le nom car les autorités disposent toujours de pouvoirs de police conséquents (1). Critiquable, cette situation est d'autant plus inquiétante que la fin d'une telle situation ne semble pas être prochainement envisagée (2).

1) L'instauration d'un régime transitoire ou le maintien déguisé de l'état d'urgence sanitaire

En 2020, la sortie de l'état d'urgence sanitaire est prévue à compter du 11 juillet de la même année. Or, compte tenu de l'instabilité de la situation sanitaire soulignée par le Comité de scientifiques, le Gouvernement souhaitait mettre en place un régime transitoire de sortie de crise ayant vocation à s'appliquer durant quatre mois. L'objectif du Gouvernement est de

permettre au pouvoir réglementaire de continuer à édicter des mesures réglementaires exceptionnelles, prévues sous le régime de l'état d'urgence sanitaire, en vue de maintenir le contrôle de l'épidémie.

En outre, le Premier ministre serait ainsi toujours habilité à recourir à trois types de mesures rendues prévues par l'article L.3131-15 du CSP. Il pourrait ainsi réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage ; ordonner la fermeture provisoire et réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité ; limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature. Par ailleurs, le Ministre chargé de la Santé serait habilité à adopter toute mesure individuelle et les préfets seraient habilités à prescrire toute mesure générale ou individuelle d'application de ces dispositions.

Considéré comme un régime de sortie de crise adapté et proportionné par la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, le Sénat, plus réticent, a exprimé le souhait de restreindre les prérogatives du Gouvernement au strict nécessaire considérant le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence comme étant « *ni justifié, ni solide sur le plan constitutionnel, au regard des atteintes fortes susceptibles d'être portées aux libertés publiques et individuelles* »¹⁶⁹.

En effet, maintenir bon nombre de prérogatives exorbitantes de police pouvant être exclusivement prescrites en période d'état d'urgence sanitaire alors même que la sortie de ce régime d'exception est prononcée traduit un manque de cohérence et d'intelligibilité du droit. Quel intérêt y aurait-il à sortir légalement d'un régime d'exception pour continuer, dans le même temps, à adopter des mesures identiques, notamment sur le plan des restrictions apportées aux libertés publiques ?

169Rapport n°540 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, enregistré le 22 juin 2020.

Ne parvenant à s'accorder sur un texte commun, les Commissions des Lois des assemblées ont été tenues de réexaminer le texte organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire en nouvelle lecture. Malgré tout, le profond désaccord entre les deux chambres a persisté à l'issue de cette nouvelle lecture. Le Sénat regrette notamment, à juste titre, l'attribution de prérogatives trop larges conférées aux autorités publiques au cours de la période de sortie de crise. Par ailleurs, il dénonce la difficulté qu'il y a à opérer une réelle distinction entre le régime d'état d'urgence sanitaire issu de la loi du 23 mars 2020 et le dispositif transitoire souhaité par le projet de loi du Gouvernement du 10 juin 2020 et que par conséquent la gradation pour passer de l'un à l'autre est insuffisante.

Or, quand bien même « *la gestion de l'épidémie de Covid-19 ne saurait reposer durablement sur des mesures de police administrative* »¹⁷⁰, la loi instituant un régime « transitoire » de sortie – en trompe l'œil – de l'état d'urgence sanitaire a finalement été adoptée par l'Assemblée nationale et promulguée le 9 juillet 2020¹⁷¹. Une sortie véritable de cet état d'exception paraît donc incertaine.

2) L'absence de prévisibilité quant à une véritable sortie du régime d'exception : la banalisation de l'exception

Après avoir été mis en application une seconde fois sur l'ensemble du territoire national, l'état d'urgence sanitaire, dispositif pourtant présenté comme provisoire, peine à s'éteindre. En 2020, le régime transitoire avait vocation à s'appliquer jusqu'au 30 octobre 2020. Or, l'état d'urgence sanitaire est déclaré une nouvelle fois le 17 octobre 2020¹⁷² et prorogé jusqu'au 16 février 2021. En parallèle, la loi du 14 novembre 2020 a repoussé l'application du régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 1^{er} avril 2021. Puis la loi du 15 février 2021¹⁷³ l'a prorogé à nouveau jusqu'au 1^{er} juin 2021.

170 Rapport n°582 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, enregistré le 1^{er} juillet 2020.

171 Loi n°2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

172 Décret n°20202-1257 du 14 octobre 2020.

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

La loi du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire¹⁷⁴ est venue instaurer un régime transitoire du 2 juin au 30 septembre 2021, similaire à celui prévu par la loi du 9 juillet 2020¹⁷⁵. Celui-ci a, d'une part, permis de constituer une base légale aux mesures de couvre-feu. En effet, en principe le couvre-feu et le confinement sont des mesures uniquement prescriptibles en période d'état d'urgence sanitaire. Or, de manière dérogatoire, la loi autorise la prorogation du couvre-feu jusqu'au 30 juin 2021 (article 2 de la loi). D'autre part, la loi autorise toujours le Premier ministre à réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules ainsi que l'accès aux moyens de transports, réglementer les rassemblements de personnes, les réunions et activités sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public, etc. (article 1^{er} de la loi). Par ailleurs, la loi conditionne également l'accès à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels à la présentation d'un passe sanitaire. Ce dernier pouvant être établi soit par la présentation du résultat d'un examen de dépistage virologique négatif au Covid-19, soit par un justificatif du statut vaccinal concernant le Covid-19, soit par la production d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par le Covid-19.

Or, saisi de la constitutionnalité des dispositions de la loi du 9 juillet 2020 restreignant la liberté d'aller et venir pendant la période durant laquelle est institué le régime transitoire, le Conseil constitutionnel considère que les mesures prescrites en application du 1^o du paragraphe I de l'article 1^{er} de la loi sont conformes à la Constitution. Selon le Conseil, elles poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. Par ailleurs, il juge que la durée d'application des mesures prévues par ladite loi n'est pas déraisonnable. Il souligne en outre que ces mesures n'ont vocation à être prescrites qu'en cas de stricte nécessité et essentiellement dans les zones où le virus circule activement, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé¹⁷⁶. Il a confirmé ce dispositif à l'occasion de la mise en œuvre du régime transitoire instauré le 2 juin 2021¹⁷⁷.

174Loi n°2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

175Loi n°2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

176Cons. const., Décision n°2020-803 DC du 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, JORF n°0169 du 10 juillet 2020, texte n°2.

177Cons. const., Décision n°2020-819 DC du 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, JORF n°0125 du 1^{er} juin 2021, texte n°2.

Comme le souligne la Commission des Lois du Sénat, « *en réalité, sans le dire, le Parlement est donc invité à reconduire [...] l'autorisation donnée au Gouvernement d'exercer la quasi-totalité des pouvoirs énumérés par la loi du 23 mars 2020 relative à l'état d'urgence sanitaire* »¹⁷⁸.

L'adoption de toutes ces lois prorogeant l'état d'urgence sanitaire et instaurant des régimes transitoires qui ne sont en réalité qu'un état d'urgence sanitaire « allégé » ne permet pas d'envisager et d'apercevoir une véritable sortie de cette situation exceptionnelle. Plus encore, elle traduit une sorte de brouillage entre ce qui relève du droit commun, d'une part, et ce qui relève de l'exception, d'autre part. En effet, ce recours fréquent aux mesures et régimes de nature exceptionnelle au détriment du droit commun entraîne une banalisation de l'exception, une accoutumance à ce qui n'est pas considéré comme « normal ». Or, sans prétendre que l'exception est incompatible avec l'État de droit, il est toutefois certain que « *l'état d'urgence n'est pas l'état normal de l'État de droit* »¹⁷⁹.

Des illustrations de ce phénomène de « *brouillage et [d']imbrications entre exception et droit commun* »¹⁸⁰ étaient d'ores et déjà visibles lors de l'état d'urgence sécuritaire qui a entraîné « *l'intégration mutadis mutandis dans la législation ordinaire de mesures qui étaient auparavant conditionnées par la déclaration du régime d'exception que constitue l'état d'urgence* »¹⁸¹. L'adoption de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, dite loi « SILT » permet au préfet et au Ministre de l'Intérieur d'instaurer des périmètres de protection, d'ordonner la fermeture administrative de lieux de culte, d'édicter des mesures de surveillance, etc. sans que la mise en œuvre de telles mesures ne soit conditionné au déclenchement de l'état d'urgence ou à la survenance d'un événement exceptionnel.

178 Rapport n°596 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des Lois du Sénat 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, enregistré le 17 mai 2021.

179 Vincent GREGOIRE, « L'état d'urgence n'est pas l'état normal de l'État de droit », *Sens-Dessous*, n°19, 2017/1, p. 63-74.

180 Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Aspects théoriques : ce que l'état d'urgence fait à l'État de droit », In. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2018, p. 33.

181 Idem.

En parallèle, un régime plus complet sanctionnant les violations des interdictions a été institué.

II) La création d'un régime répressif propre aux violations des mesures d'ordre sanitaire

La répression des violations des restrictions de circulation prévues dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire est régie par le dispositif de l'article L.3136-1 du CSP **(A)**. Les agents chargés des contrôles ont évolué au fur et à mesure de la crise **(B)**.

A) La consécration d'un dispositif sanctionnant la violation des mesures restreignant la liberté d'aller et venir

L'instauration d'un dispositif réprimant la méconnaissance des mesures de police (1) a été mis en œuvre avec l'idée de dissuader les citoyens de se déplacer hors de leur domicile sans raison valable. Dans cette optique, une gradation des sanctions a été prévue (2).

1) La mise en œuvre d'un régime répressif nouveau en matière sanitaire

En matière sanitaire, quasiment aucune sanction n'était prévue en cas de non respect d'une mesure adoptée par le pouvoir réglementaire. Le seul dispositif répressif existant qui aurait pu permettre aux autorités de sanctionner la violation des mesures édictées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire figure à l'article R.610-5 du Code pénal qui dispose que « *la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la 1^{re} classe* ». Ces dernières équivalent à une amende forfaitaire d'un montant de 38 euros. Ce sont les premières sanctions qui ont été évoquées par les pouvoirs publics avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire en cas de violation des mesures adoptées par le pouvoir réglementaire.

Or, une fois le dispositif de l'état d'urgence inscrit au sein du CSP, les mesures restreignant la liberté de circulation pouvant être prescrites par les autorités publiques ont rapidement dû être assorties de règles sanctionnant leur violation. En effet, comme le souligne David Riccardi, « *pour être efficace, une règle bien pensée doit être assortie d'une sanction*

adaptée »¹⁸². Ainsi, le Gouvernement a fait le choix de recourir au droit pénal, et par conséquent à la police judiciaire, en édictant une série d'infractions de non-respect des interdictions ou obligations prononcées pendant et en dehors de l'état d'urgence sanitaire.

La loi du 23 mars 2020 a modifié l'article L.3136-1 du Chapitre VI intitulé « Dispositions pénales » du CSP. Dès lors, est punie la violation des interdictions ou obligations édictées en application de l'article L.3131-1 du CSP qui ne relève pas du Chapitre Ier bis relatif à l'état d'urgence sanitaire mais qui se trouve au sein du Chapitre Ier relatif aux menaces sanitaires. De même, est sanctionnée la violation des interdictions ou obligations édictées en application des articles L.3131-15 à L.3131-17 du CSP qui concernent essentiellement la réglementation et l'interdiction des déplacements des personnes et des véhicules ainsi que la mise en quarantaine et le placement et maintien en isolement.

Il apparaît par ailleurs, dans la loi, que les sanctions attachées à la méconnaissance de ces interdictions ou obligations de circulation diffèrent selon le type de mesures dont la violation est constatée. De plus, suivant une optique de dissuasion, les sanctions pénales peuvent être aggravées en cas de récidive.

2) L'adoption d'un mécanisme inédit de gradation des sanctions pénales

S'agissant des mesures restreignant la liberté de circulation, l'article L.3136-1 du CSP opère une distinction parmi les mesures pouvant être prises en application des articles L.3131-15 à L.3131-17 du CSP du point de vue de leur violation et des sanctions s'y afférant. En effet, d'une part, la méconnaissance des interdictions ou obligations édictées sur le fondement des articles L.3131-1, et L.3131-15 à L.3131-17 du CSP est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Il s'agit d'une amende forfaitaire de 135 euros pouvant être minorée ou majorée. Tandis que d'autre part, la violation des mesures de mise en quarantaine et des mesures de placement et de maintien en isolement édictées sur le fondement des mêmes articles L.3131-1 et L.3131-15 du CSP est sanctionnée par une amende

¹⁸²David RICCARDI, « L'adaptation du droit répressif à l'épidémie de Covid-19 : histoire et enjeux d'une quête redoutable », Colloque virtuel : Droit et coronavirus. Le droit face aux circonstances exceptionnelles, RDLF 2020, Chron. N°35.

prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Il s'agit de la catégorie la plus grave des contraventions entraînant une sanction financière plus lourde.

Par ailleurs, au titre de l'article L.3136-1 du CSP, si les violations susmentionnées « *sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général* ». Ainsi, la loi du 23 mars crée un délit pouvant entraîner une peine privative de liberté.

Le principe même de la gradation des sanctions est intéressant car il permet de dissuader, de manière plus ou moins pédagogique, la violation des mesures visant à lutter contre l'épidémie. Toutefois, le prononcé d'une peine d'emprisonnement interroge notamment quant au respect du principe de nécessité et de proportionnalité des peines. À cet égard, le Conseil constitutionnel a été saisi de la constitutionnalité du délit de violations réitérées du confinement. Tout comme Monsieur David Riccardi, les requérants ont axé leur raisonnement sur la méconnaissance, par le texte, des principes de légalité et proportionnalité des délits et des peines prévu par l'article 8 de la DDHC ainsi que sur la méconnaissance du principe de la présomption d'innocence, des exigences de prévisibilité, de précision e de clarté de la loi pénale ainsi que du principe *non bis in idem*¹⁸³. Le Conseil constitutionnel a jugé le délit conforme à la Constitution.

La difficulté réside toujours dans la recherche d'un équilibre entre efficacité généralement rendue possible par le biais de la sévérité et la volonté de responsabiliser les citoyens en faisant preuve d'une certaine indulgence avant de véritablement sanctionner. Cet équilibre dans la sanction, recherché par le législateur et les pouvoirs publics, l'est aussi par la police, chargée de constater les violations et de prononcer les sanctions.

183Carole-Anne VAZ-FERNANDEZ, « Constitutionnalité du délit de violations réitérées du confinement – Conseil constitutionnel 26 juin 2020 », *AJ pénal* 2020, p. 355.

B) L'encadrement des autorités habilitées à sanctionner la violation des mesures restreignant la liberté d'aller et venir

En vue d'assurer des contrôles effectifs sur l'ensemble du territoire, outre les autorités de police judiciaire, de nouveaux agents ont été habilités à sanctionner le non respect des interdictions et obligations (1). D'abord élargie, cette catégorie a ensuite été restreinte, sans doute pour garantir une certaine coordination au sein des opérations de contrôle (2).

1) L'élargissement de la catégorie des agents susceptibles de constater les contraventions

La loi reconnaît une compétence générale à certaines catégories de personnes afin qu'elles puissent constater par procès-verbaux les contraventions. Parmi elles, les officiers de police judiciaire, les maires ou adjoints, les commissaires de police, les gendarmes, les agents de la grande voirie, etc. sont habilités à édicter de tels actes. Plus précisément, au titre des articles 17 et 20 du Code de procédure pénale habilitent les officiers de police judiciaire et les agents de police judiciaire à constater les infractions par procès-verbal. Le premier dispose que « *les officiers de police judiciaire exercent les pouvoirs définis à l'article 14* » parmi lesquels figure celui de « *constater les infractions à la loi pénale* ». Et le second énonce que « *les agents de police judiciaire ont pour mission [...] de constater les crimes, délits ou contraventions et d'en dresser procès-verbal* ».

Dès lors, afin de constater les violations des mesures réglementant la liberté de circulation, les autorités habilitées à procéder à ces constatations ont dû être envisagées par le législateur. Lors de l'adoption de la loi du 23 mars 2020, la catégorie des agents autorisés à sanctionner la violation des mesures prises en application de l'état d'urgence sanitaire a été étendue. Ont été ainsi dotés de pouvoirs de contravention, au titre de l'article L.3136-1 du CSP, les policiers municipaux, les gardes-champêtres, les agents de la Ville de Paris chargés d'un service de police, les contrôleurs de la préfecture de police et les agents de surveillance de Paris mentionnés au sein du Code de la sécurité intérieure. Cette compétence leur est octroyée sous réserve que les contraventions ne nécessitent pas d'actes d'enquête de leur part.

Conscient de l'ampleur des contrôles que sont amenés à réaliser ces agents, le Gouvernement a souhaité une extension de la catégorie des agents susceptibles de constater les contraventions. Les agents de police judiciaire adjoints, les personnels habilités à procéder à des enquêtes en matière de concurrence ainsi que les agents des transports sont, depuis la loi du 11 mai 2020, également compétents pour constater par procès-verbal la violation de certaines dispositions prises sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire.

Or, confier le pouvoir de dresser des procès-verbaux implique une certaine responsabilité et ne doit pas être octroyé sans garantie réelle.

2) La volonté de restreindre la catégorie des agents susceptibles de constater les contraventions

En effet, afin d'assurer l'effectivité du respect, par les citoyens, des mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire ainsi que le contrôle de ces dernières, l'extension des agents susceptibles de procéder à un tel contrôle s'est avéré nécessaire aux yeux du Gouvernement. Or, conférer de tels pouvoirs de police à des agents qui, initialement, n'en possèdent pas n'est pas sans effet. Le sénateur, Monsieur Pierre Laurent, affirme à cet égard que *« les pouvoirs de police doivent rester du domaine des forces de police, la confusion ne pouvant que nuire à la réussite du déconfinement »*¹⁸⁴.

Une première limitation des pouvoirs de police conférés aux agents réside dans le fait que l'élargissement de la catégorie des agents habilités à constater par procès-verbal la violation des dispositions prises sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire est uniquement ouverte pour la sanction des contraventions. Seuls les officiers et agents de police judiciaire sont compétents pour sanctionner le délit de non-respect réitéré du confinement.

Par ailleurs, la Commission des Lois du Sénat a souhaité restreindre le champ de cette extension aux seuls personnels en charge des contrôles dans les transports publics et aux agents déjà habilités à procéder à des enquêtes dans le domaine de la concurrence. Afin de faciliter la réalisation des contrôles, la Commission des Lois n'a pas jugé souhaitable d'élargir ce pouvoir de constater des infractions aux agents de la police et de la gendarmerie nationale qui disposent

¹⁸⁴Compte-rendu intégral des débats – Séance publique du 4 mai 2020, Sénat.

d'une qualification judiciaire moindre. Toujours dans cet objectif, l'élargissement des pouvoirs des agents de la filiale Gares & Connexions de la SNCF a été supprimée car ces derniers ne sont pas autorisés à relever l'identité des personnes. Ce qui rendrait dès lors difficile l'établissement d'un procès-verbal.

Au demeurant, ces restrictions constituent également un moyen de prévenir les potentiels abus qui pourraient survenir lors de l'exercice de leurs pouvoirs de police par les agents nouvellement habilités à cet effet.

Conclusion du Chapitre 1

La crise sanitaire a mis en exergue les failles présentes au sein de nos sociétés contemporaines. Elle a montré que ces dernières n'étaient pas armées pour organiser convenablement la gestion d'une situation qualifiée de « catastrophe sanitaire », eu égard à son ampleur.

Prises à la hâte, les premières décisions adoptées par les autorités publiques en vue de limiter la propagation de l'épidémie n'ont pas été considérées comme suffisantes. Par ailleurs, en raison de l'imprévisibilité et de l'évolution rapide de la situation sanitaire, l'intelligibilité du droit positif s'est vue fortement impactée par l'adoption d'une multitude d'actes juridiques sur de très courtes périodes.

L'intervention du Parlement dans la production du droit – d'autant plus quand il s'agit d'un droit de crise – est nécessaire au bon fonctionnement de nos démocraties et de l'État de droit. Des garanties relatives à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire : de son déclenchement, à son application concrète ainsi qu'à sa sortie ont été prévues, notamment à l'initiative du Sénat. Ce constat milite en faveur d'une meilleure protection accordée à l'exercice des libertés. Ce qui est vrai. En effet, les garanties susmentionnées couplées à l'institution d'un contrôle parlementaire et juridictionnel du dispositif d'exception et des mesures prises sur son fondement protègent, dans une certaine mesure, les libertés. Or, dans leur principe même, les régimes d'exception entravent l'exercice de ces dernières, quand bien même des garanties auraient été instituées pour amoindrir ces entraves.

Chapitre 2 : La mobilisation des juges : une garantie insuffisante pour la protection de la liberté d'aller et venir en période de crise sanitaire

A juste titre souvent considérée comme la liberté dont le respect permet l'exercice de toutes les autres, la liberté d'aller et venir est pourtant celle qui est le plus malmenée en période exceptionnelle. Les circonstances particulières de la crise sanitaire n'ont pas permis de mettre de côté ce constat, elles l'ont même accentué (**Section 1**). Toutefois, l'objectif de protection de la santé publique a constitué un objectif difficilement conciliable avec l'exercice de la liberté d'aller et venir, dans un contexte où les déplacements et contacts sont sources de propagation de l'épidémie et de risques d'atteinte à l'objectif même de protection de la santé (**Section 2**).

Section 1 : La liberté d'aller et venir : victime première des périodes exceptionnelles

La protection accordée à la liberté d'aller et venir dépend grandement de son fondement ainsi que de son contenu. En effet, de par sa largesse, la notion de liberté d'aller et venir ne permet pas réellement d'en dresser précisément les contours. Ce qui peut engendrer une atteinte renforcée à l'exercice de celle-ci (**Paragraphe 1**). Pour autant, les juges, notamment administratif et constitutionnel, sont tenus d'en garantir l'effectivité (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La consécration de la liberté d'aller et venir par les juges : une liberté guidée par l'ordre public

Liberté de valeur constitutionnelle, consacrée par les Sages, le flou qui entoure ses contours entraîne la compétence des deux ordres juridictionnels chargés de garantir son respect **(I)** face aux atteintes qui pourraient y être portées sous couvert de protection de l'ordre public **(II)**.

I) Une liberté de valeur constitutionnelle protégée par le juge administratif et le juge judiciaire

La liberté d'aller et venir a dans un premier temps été rattachée à la liberté individuelle. Suite à une évolution de la jurisprudence, elle a commencé par faire l'objet d'un processus

d'autonomisation **(A)**. La frontière ténue entre liberté d'aller et venir et liberté individuelle est encore d'actualité, rendant la détermination du juge compétent difficile **(B)**.

A) L'évolution du fondement constitutionnel de la liberté d'aller et venir

Liberté qui conditionne l'exercice de toutes les autres, la liberté d'aller et venir dispose d'une valeur constitutionnelle (1). Or, le fondement constitutionnel de cette liberté a évolué au fil des jurisprudences (2).

1) La reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la liberté d'aller et venir

En France, les droits et libertés fondamentaux ne sont pas expressément consacrés par la Constitution de 1958. Ainsi, quand bien même le texte constitutionnel fait référence à l'existence de « libertés publiques » à l'article 34, la liberté d'aller et venir ne figure pas clairement au sein de la Constitution. Dès lors, afin de garantir constitutionnellement l'existence de cette liberté, le Conseil constitutionnel a dû la consacrer au travers de l'une de ses décisions.

Ainsi, dans sa décision *Ponts à péage* du 12 juillet 1979, le Conseil constitutionnel affirme que la liberté d'aller et venir constitue « *un principe fondamental de notre droit constitutionnel* » et qu'il s'agit d'un « *principe de valeur constitutionnelle* »¹⁸⁵. Le respect de ce principe s'impose par conséquent aux législateurs comme aux autres organes de l'État.

La liberté d'aller et venir c'est la liberté de mouvement sur le territoire national. Dans sa dimension interne, la liberté d'aller et venir est circonscrite à l'espace territorial d'un Etat. L'exercice de cette liberté implique donc une liberté de circulation sur le territoire terrestre, maritime et aérien. Dans sa dimension externe, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser le contenu de la liberté d'aller et venir. Il considère par exemple que « *la liberté d'aller et venir n'est pas limitée au territoire national mais comporte également le droit de le quitter* »¹⁸⁶. Toutefois, elle n'ouvre pas un droit général et absolu d'accès sur le territoire français.

185Cons. Const., Décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, JO du 13 juillet 1979, Recueil p. 31.

186Cons. const., Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, JO du 18 août 1993, p. 11722,

Au niveau européen, cette liberté détient également une place centrale dans la législation. Cette dernière définit également les contours de la liberté de circulation. L'article 2 du Protocole n°4 de la CEDH consacré prévoit, dans ses deux premiers alinéas, que « *quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence* » et que « *toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien* ».

Cependant, bien qu'il ait entendu conférer une valeur constitutionnelle à la liberté d'aller et venir, le Conseil constitutionnel ne précise pas sur quel fondement constitutionnel elle repose. Par la suite, il entreprendra une distinction entre la liberté d'aller et venir et la liberté individuelle.

2) Le processus inachevé d'autonomisation de la liberté d'aller et venir

A l'origine, la liberté d'aller et venir est systématiquement rattachée, par les juges (constitutionnel, administratif et judiciaire), à la liberté individuelle. Cette dernière se traduit par le droit dont dispose chaque individu d'agir comme il l'entend sans se voir menacer par des mesures privative de liberté, sous réserve des situations prévues par la loi. Elle a été érigée, par le Conseil constitutionnel, au rang des Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République (PFRLR)¹⁸⁷.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel rattache dans un premier temps la liberté individuelle à l'article 66 de la Constitution. Lequel mentionne qu'au titre de la liberté individuelle, « *nul ne peut être arbitrairement détenu* ». Et c'est d'abord comme une composante de la liberté individuelle que sera envisagée la liberté d'aller et venir¹⁸⁸. Dans cette décision, le Conseil impose au législateur de veiller au respect « *des libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* », parmi lesquels figurent la liberté individuelle et la sûreté, et « *notamment la*

Recueil p. 224.

187 Cons. const., Décision n°76-75 DC, 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*.

188 Cons. const., Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, JO du 18 août 1993, p. 11722, Recueil p. 224

liberté d'aller et venir ». Ainsi, le Conseil constitutionnel retint au départ une conception extensive de l'article 66 de la Constitution ainsi que de la notion de liberté individuelle.

Or, le Conseil constitutionnel a ensuite procédé à une autonomisation de la liberté d'aller et venir par rapport à la liberté individuelle et à l'article 66 de la Constitution. Cette évolution du fondement constitutionnel de la liberté d'aller et venir provient du Tribunal des conflits et que « *ce droit est reconnu par la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789* »¹⁸⁹. Le Conseil d'État entreprit par la suite un raisonnement similaire un an plus tard¹⁹⁰ qui sera suivi par le Conseil constitutionnel.

Dès 1999, les Sages dissocient également la liberté d'aller et venir de la liberté individuelle. Il affirme comme toujours la conciliation qu'est tenu d'opérer le législateur entre les objectifs de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties « *au nombre desquelles figurent notamment la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir* »¹⁹¹. Le commentaire de la décision exprime encore plus clairement cette dissociation lorsqu'il considère dans le cas de l'espèce que « *la procédure en cause ne porte pas atteinte à la liberté d'aller et venir ; la liberté individuelle n'est pas davantage mise en cause* »¹⁹².

Ce revirement de jurisprudence, calqué sur les raisonnements poursuivis par le Tribunal des conflits et le Conseil d'État, est confirmé et réellement assumé par le Conseil constitutionnel dans une décision de 2003. Il affirme d'une part, que la liberté d'aller et venir est protégée par les articles 2 et 4 de la DDHC de 1789, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, et d'autre part, que la liberté individuelle est garantie par l'article 66 de la Constitution qui prévoit que « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* »¹⁹³.

Cette distinction amène à s'interroger sur le critère qui permet de considérer qu'une mesure porte atteinte à l'une ou l'autre des libertés.

189 Tribunal des conflits, Décision n°02434, *Eucat*, 9 juin 1986.

190 CE, Ass., Décision n°55895, *Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation c/ Peltier*, 8 avril 1987, Lebon 1987, p. 128.

191 Cons. const., Décision n°99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, 16 juin 1999.

192 Commentaire de la décision n°99-411 DC du 16 juin 1999, *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n°7.

193 Cons. const., Décision n°2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, 13 mars 2003.

B) Le critère de l'intensité de l'atteinte portée à la liberté : le fondement de principe de la compétence juridictionnelle

À cet égard, l'intensité de la contrainte apportée par la mesure constitue un moyen de départir si la liberté individuelle ou la liberté d'aller et venir est entravée (1). Malgré un processus d'autonomisation opérée par les juges entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir, ces dernières sont encore étroitement liées, entraînant ainsi un partage de compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif pour connaître des atteintes portées à ces libertés (2).

1) L'émergence d'un critère de distinction essentiel à géométrie variable

S'il apparaît que la liberté d'aller et venir n'est plus une composante de la liberté individuelle au regard des interprétations jurisprudentielles, un critère est apparu nécessaire afin de délimiter nettement la frontière entre ces deux notions. Celui-ci aurait pour fonction première de départager les cas dans lesquels une mesure porte atteinte à l'une ou l'autre des deux libertés.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel considère le degré ou l'intensité de la contrainte comme un élément déterminant de distinction entre les deux libertés. Cette appréhension de la distinction abordée sous le prisme de la gradation consiste à établir le constat selon lequel il existerait des mesures qui priveraient l'individu de toute liberté et des mesures qui n'auraient que pour effet de restreindre cette liberté¹⁹⁴.

C'est cette conception qui a été développée par le juge européen qui distingue la privation et la restriction de liberté. La CEDH a eu l'occasion d'affirmer qu' « *entre privation et restriction de liberté, il n'y a pourtant qu'une différence de degré ou d'intensité, non pas de nature ou d'essence* »¹⁹⁵. Suivant ce raisonnement, le juge européen considère que de « *simples restrictions à la liberté de circuler [...] obéissent à l'article 2 du Protocole n°4* » et affirme par

194 Cons. const., Décision n°92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, 25 février 1992.

195 CEDH, Requête n°7367/76, *Guzzardi c/ Italie*, 6 novembre 1980.

conséquent que « *le paragraphe 1 de l'article 5 vise la liberté physique de la personne [...] et ne concerne pas les simples restrictions à la liberté de circuler* »¹⁹⁶. De ces considérations, il ressort que la Cour européenne aborde la privation de liberté au regard de l'article 5 paragraphe 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme d'une part, et les simples entraves à la liberté de circuler qui relèvent de l'article 2 du Protocole additionnel n°4, d'autre part.

Ainsi, aux termes de l'interprétation donnée par la Cour européenne et le Conseil constitutionnel, plus l'atteinte portée à la liberté sera forte plus il y aura de risques qu'elle soit considérée comme privative et non seulement restrictive. Si ce critère est intéressant, peu d'éléments objectifs permettent de placer un seuil à partir duquel une mesure serait considérée comme privative ou seulement restrictive de liberté. La mise en œuvre du dispositif d'état d'urgence sécuritaire en 2015 a été l'occasion, pour le Conseil constitutionnel, de préciser où placer le curseur entre mesure privative et mesure restrictive de liberté.

Cette distinction est importante en ce qu'elle conditionne en principe la compétence du juge judiciaire ou du juge administratif.

2) Le dualisme juridictionnel induit par la distinction opérée entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir

Si le critère de l'intensité de l'atteinte portée à la liberté est le critère le plus mobilisé par le juge Conseil constitutionnel lorsqu'il est question de déterminer la compétence juridictionnelle, ce critère est en réalité limité. En effet, en l'absence d'élément déterminé relatif à l'intensité de l'atteinte qui puisse réellement différencier une simple restriction de liberté d'une privation de liberté, il est difficile de prévoir si l'atteinte vise la liberté individuelle ou la liberté d'aller et venir. Ce qui entraîne par voie de conséquence un raisonnement cyclique duquel il est peu aisé de sortir.

Le juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, est compétent, au titre de l'article 66 de la Constitution, pour assurer le respect de cette liberté. Or, pour qu'une atteinte soit

¹⁹⁶CEDH, Requête n°7367/76, *Guzzardi c/ Italie*, 6 novembre 1980 ; CEDH, Requête n°19675/06, *Villa c/ Italie*, 20 avril 2010.

véritablement portée à cette liberté individuelle il faut qu'elle soit d'une gravité telle qu'elle prive la personne de toute liberté. Ou à l'inverse si la liberté individuelle est celle qui est visée par une entrave, cette dernière s'apparente nécessairement à une privation de liberté ? On le comprend bien, Ainsi, c'est la loi qui va en général fixer ce qui relève d'une privation de liberté au titre de l'article 66 de la Constitution. À titre d'illustration, les mesures de vérifications et de relevés d'identité ou de placement en détention provisoire constituent des mesures placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Mais *quid* lorsque ce sont des mesures de police administrative qui affectent les libertés ?

Dans ce cas, lorsqu'une atteinte à la liberté d'aller et venir est portée par des mesures ou des opérations de police en vue de prévenir des atteintes à l'ordre public, le juge administratif détient une compétence de principe pour connaître du contentieux qui s'y affère¹⁹⁷.

Dès lors, le critère relatif aux autorités à l'origine des mesures restrictives ou privatives de liberté peut paraître intéressant de prime abord mais il montre en réalité rapidement ses limites. En effet, l'on pourrait penser que si les premières sont prescrites par des autorités administratives, elles relèvent par conséquent du juge administratif. Et si les secondes sont prescrites par des autorités judiciaires, elles relèvent du juge judiciaire.

Or, ce critère n'est pas plus satisfaisant, en ce sens que des mesures de police administrative ont d'ores et déjà été considérées comme relevant du contrôle de l'autorité judiciaire et non du juge administratif. *Quid* lorsqu'une mesure porte atteinte à la fois à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle ? Ceci traduit donc un partage de compétences entre les juges administratif et judiciaire à l'égard en matière d'atteintes portées à la liberté d'aller et venir et à la liberté individuelle.

Cette difficulté de définir clairement le partage de compétences entre ces deux juridictions trouve une illustration s'agissant du changement assez fréquent dans la détermination du juge compétent pour contrôler tel ou tel type de mesure restrictif ou privatif de liberté. Le contentieux de l'hospitalisation d'office sans consentement en est un exemple. En effet, le juge administratif était autrefois compétent pour contrôler la légalité des arrêtés

¹⁹⁷Cons. const., Décision n°2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*, 23 juillet 2015.

préfectoraux prévoyant une hospitalisation d'office des personnes nécessitant des soins psychiatriques. Il était également compétent pour ordonner la suspension desdits arrêtés. Le juge judiciaire était, quant à lui, compétent pour apprécier la nécessité du placement. Toutefois, aujourd'hui, seul le juge judiciaire est compétent pour connaître d'une mesure imposant une hospitalisation d'office. Le Conseil constitutionnel ayant reconnu qu'une telle mesure s'apparentait à une privation de liberté nécessitant l'intervention de l'autorité judiciaire dans les plus brefs délais¹⁹⁸.

Au demeurant, la liberté d'aller et venir n'est pas absolue et c'est même la première touchée lorsque des événements menaçant de troubler l'ordre public surviennent.

II) La reconnaissance d'une liberté fondamentale soumise aux exigences de l'ordre public

Si cette liberté, comme beaucoup d'autres, n'est pas absolue, ses restrictions trouvent leur fondement dans des considérations liées à la sauvegarde de l'ordre public **(A)**. Le juge administratif est ainsi tenu de concilier l'exercice de cette liberté avec les exigences de l'ordre public **(B)**.

A) L'objectif de sauvegarde de l'ordre public légitimant les restrictions à la liberté d'aller et venir en période exceptionnelle

Les exigences tenant à l'ordre public sont les seules réellement à même de justifier que des restrictions soient apportées à l'exercice de la liberté d'aller et venir (1). En cas de menaces à l'ordre public survenant en période troublée, le respect de cette liberté est davantage affaibli qu'en période normale (2).

1) La restriction de la liberté d'aller et venir justifiée par la sauvegarde de l'ordre public

Pour le Conseil d'État, la liberté d'aller et venir ne dispose pas d'un caractère général et absolu. Des restrictions peuvent entraver l'exercice de cette liberté « *pour des motifs tirés en*

198 Cons. const., Décision n°2010-71 QPC, Mlle Danielle S. [Hospitalisation sans consentement], 26 novembre 2010, JO du 27 novembre 2010, p. 21119, texte n°42, Recueil p. 343.

particulier de l'ordre public »¹⁹⁹. La finalité de la police administrative est précisément d'assurer le maintien de l'ordre public en apportant des limites à l'exercice des libertés. L'ordre public « *consiste à justifier des restrictions aux droits et libertés afin d'assurer les conditions sociales de leur exercice* »²⁰⁰.

La sauvegarde de l'ordre public constitue un objectif de valeur constitutionnelle²⁰¹. Le Conseil constitutionnel précise cet objectif de valeur constitutionnelle en le rattachant à l'article 34 de la Constitution qui impose au législateur d'opérer une conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir²⁰².

À partir de cet article 34 de la Constitution, le Conseil précise les composantes de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. D'une certaine manière, les exigences que recouvre la notion d'ordre public sont traduites par des concepts qui varient au gré des décisions du Conseil Constitutionnel. La catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle (OVC) s'inscrit dans cette dynamique. Ces objectifs s'imposent au législateur lorsque celui-ci assure la mise en œuvre des droits et libertés de valeur constitutionnelle. En effet, lors de la détermination, par le législateur, des limites imposées aux droits et libertés, il existe des contraintes constitutionnelles qui pèsent sur ce dernier.

Or, la notion d'ordre public est en elle-même mouvante. Il s'agit d'une « notion à contenu variable », selon les termes de Chaïm Perelman, en ce que ce qu'il recouvre suit l'évolution des réalités sociales. L'article L.2212-2 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT) évoque, de manière non limitative, les composantes de l'ordre public. Lesquelles sont la sûreté et la sécurité publique (la sécurité des personnes et des biens²⁰³ ainsi que la prévention des atteintes à l'intégrité physique des personnes²⁰⁴), la tranquillité publique, le bon ordre, et la salubrité publique qui englobe l'hygiène et la santé publiques.

199CE, Ord. Réf. n°294649, *Moon*, 29 juin 2006.

200Pauline GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, Collection des Thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2014, p. 9.

201Cons. const., Décision n°82-141 DC, Loi sur la communication audiovisuelle, 27 juillet 1982, JO du 27 juillet 1982, p. 2422, Recueil p. 48.

202Cons. const., Décision n°94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, 18 janvier 1995, JO du 21 janvier 1995, p. 1154, Recueil p. 170.

203Idem.

Pendant l'état d'urgence sanitaire, la protection de la santé publique a légitimé les restrictions apportées à la liberté d'aller et venir. L'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 garantit expressément la protection de la santé. Le droit de la protection de la santé est un droit-créance, c'est-à-dire un devoir à la charge de l'État. L'État se doit de mettre en œuvre les moyens lui permettant d'assurer la protection de la santé. En ce sens, le droit à la protection de la santé est envisagé comme un objectif de valeur constitutionnelle (OVC) par le Conseil Constitutionnel lorsque celui-ci affirme « *qu'il incombe au législateur comme à l'autorité réglementaire, selon leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par le onzième alinéa du Préambule, leurs modalités concrètes d'application ; qu'il leur appartient en particulier de fixer des règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule (...)* »²⁰⁵.

Les circonstances exceptionnelles, au sens classique, justifient de plus fortes restrictions à l'exercice de la liberté d'aller et venir sans que cela ne soit forcément considéré comme inconstitutionnel ou illégal.

2) Le respect affaibli de la liberté d'aller et venir en période de circonstances exceptionnelles

Les périodes troublées nécessitent de recourir à des mesures exceptionnelles. Dès lors, si en période normale, « *la liberté est la règle et la mesure de police l'exception* » selon les conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille²⁰⁶, ce paradigme semble s'inverser lorsque des événements extraordinaires menacent la sauvegarde de l'ordre public.

Dans ces conditions, la prise en compte du fait, dans certaines circonstances de temps et de lieu, justifie le fait pour l'Administration de s'affranchir des exigences de légalité. Théorisée par le Conseil d'État, les circonstances exceptionnelles ont permis que soit admise la légalité d'un décret du Président de la République suspendant l'application d'une loi prescrivant la

²⁰⁴ Cons. const., Décision n°99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, 16 juin 1999, JO du 19 juin 1999, p. 9018, Recueil p. 75.

²⁰⁵ Cons. Const., Décision n°89-269 DC, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé* ; Cons. Const., Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ; Cons. Const., Décision n°93-330 DC, 29 décembre 1993, *Loi de finances pour 1994*.

²⁰⁶ CE, *Baldy*, 10 août 1917, Rec. Lebon, p. 638.

communication à tout fonctionnaire de son dossier avant que ne soit prise une mesure disciplinaire à son encontre « *à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait les pouvoirs publics* »²⁰⁷. Ainsi, dans des circonstances exceptionnelles, comme en période de guerre, la puissance publique dispose de pouvoirs exceptionnellement étendus pour pouvoir assurer la continuité des services publics.

Ces circonstances constituent un motif autorisant les autorités publiques à s'affranchir du respect de principes fondamentaux, tels que les droits et libertés. La liberté d'aller et venir fut parmi les premières à être entravée en application de cette théorie des circonstances exceptionnelles. Dans son arrêt du 28 février 1919, le Conseil d'État admet la régularité d'une mesure de police limitant la liberté d'aller et venir. Ce faisant, il affirme qu' « *il appartient au juge, sous le contrôle duquel s'exercent ces pouvoirs de police, de tenir compte, dans son appréciation, des nécessités provenant de l'état de guerre, selon les circonstances de temps et de lieu, la catégorie des individus visés et la nature des périls qu'il importe de prévenir* »²⁰⁸.

Et c'est précisément sur le fondement de cette théorie qu'ont été fondées les premières mesures restreignant la liberté d'aller et venir au début de la crise sanitaire du Covid-19²⁰⁹. Or, le juge administratif exerce un contrôle des mesures prises dans le cadre de cette théorie. Si ce contrôle est d'une intensité moins importante en période de crise, une mesure de police porte toujours atteinte à une liberté garantie. C'est pour cela que pour être légale, le juge vérifie l'existence d'une menace à l'ordre public justifiant l'adoption de la mesure et opère un contrôle de proportionnalité de cette dernière.

B) Le juge administratif, gardien en apparence de la liberté d'aller et venir

Selon le Conseil d'État, la liberté d'aller et venir est une liberté fondamentale²¹⁰. Dès lors, lorsqu'il a à connaître de mesures de police la restreignant cette liberté, le juge est tenu d'opérer

207CE, Heyriès, 28 juin 1918, Rec. Lebon.

208CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 208

209Décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, modifié par le décret n°2020-279 du 19 mars 2020 et abrogé par 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.

210CE, Ordonnance de référé, *Deperthes*, 9 janvier 2001.

un contrôle de proportionnalité visant à garantir au mieux son exercice (1). Néanmoins, les interrogations entourant la dualité de fonctions exercées par le juge administratif plaident en défaveur d'un juge gardien des libertés.

1) La légalité des mesures de police conditionnée au respect du principe de proportionnalité

Considéré aujourd'hui comme le garant du respect du droit et des libertés publiques, le juge administratif veille au respect de la liberté d'aller et venir qui constitue « *la condition incontournable de l'exercice des autres libertés individuelles* »²¹¹. Or, historiquement, le juge administratif n'était pas considéré comme le gardien de la liberté d'aller et venir. Cette dernière relevant anciennement de la liberté individuelle relevait de la compétence du juge judiciaire.

Ainsi, l'office du juge administratif implique qu'il veille à la légalité des mesures de police administrative impactant la liberté d'aller et venir. Pour que de telles mesures soient légales, elles doivent concilier la prévention de troubles à l'ordre public avec une réduction moindre des libertés publiques.

Dès lors, de manière générale, le juge opère un contrôle de proportionnalité des mesures restrictives. Chaque mesure de police administrative se doit d'être nécessaire, appropriée et proportionnée²¹² au regard de l'objectif poursuivi par les mesures. Le caractère « nécessaire » implique que la mesure restrictive soit indispensable à la satisfaction de l'objectif poursuivi et qu'elle n'excède pas la réalisation de cet objectif. Le caractère « approprié » de la mesure signifie que celle-ci soit à même de permettre la réalisation de l'objectif poursuivi. Le caractère « proportionné » au sens strict implique une idée de proportion entre l'intensité de l'atteinte portée aux droits et libertés fondamentaux et le résultat recherché, toujours au regard de l'objectif poursuivi.

Ce contrôle de proportionnalité, originaire du droit allemand, tel que présenté ci-dessus est évoqué sous le vocable de « triple test de proportionnalité » dans la jurisprudence du Conseil

²¹¹Louis FAVOREU, *Droits des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2016, p. 240.

²¹²CE, Décision n°17413, *Benjamin*, 19 mai 1933.

constitutionnel. Puis ces trois exigences présentées sous cette formulation, composantes du contrôle, ont été reprises par le Conseil d'État.

Toutefois, cet office de protecteur des libertés du juge administratif est parfois remis en cause.

2) L'office limité du juge administratif gardien des libertés ?

Gardien de la protection des libertés avec le juge judiciaire, le juge administratif fait parfois l'objet de critiques quant à son rôle, pourtant toujours affirmé, de garant effectif des libertés. Jean-Marc Sauvé, ancien vice-président du Conseil d'État soulignait que « *si l'existence de notre système dual de protection des libertés n'est donc pas en cause, il nous faut en revanche évaluer en permanence son efficacité, remédier à ses lacunes et dysfonctionnements, perfectionner ou réinventer des formes de contrôle et des garanties adaptées à l'apparition de risques inédits d'atteinte aux droits des personnes et à l'ordre public* »²¹³.

Sa proximité avec l'Administration ne permet pas de faire taire les critiques qui le visent et considèrent un manque d'impartialité et d'indépendance de la part du juge administratif. Pour autant, le Conseil Constitutionnel est venu consacrer certains grands principes tels que l'indépendance du juge administratif en la qualifiant de Principe fondamental reconnu par les lois de la République²¹⁴ ou encore l'impartialité. Il affirme que les principes d'indépendance et d'impartialité sont « *indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles* » et qu'ils découlent de la garantie des droits protégée par l'article 16 de la DDHC de 1789²¹⁵. Les juridictions administratives disposent également d'une autonomie de gestion du fait de l'indépendance fonctionnelle qui leur est conférée. Il s'agit d'une indépendance du juge administratif vis-à-vis de l'Administration, vis-à-vis du juge judiciaire, mais aussi vis-à-vis du législateur.

213 Intervention de Jean-Marc SAUVE lors du colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à l'Université d'Auvergne le 16 juin 2016.

214 Cons. Const., 22 juill. 1980, n°80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*

215 Cons. Const., 28 déc. 2006, n°2006-545 DC, loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social

Or, comme le souligne à juste titre le Professeur Joël Andriantsimbazovina, « *il est vrai que, en dépit de tous les efforts pour limiter les apparences négatives de la proximité du juge administratif avec le pouvoir exécutif et malgré les éléments statistiques concernant l'étanchéité au moins apparente de la fonction contentieuse et de la fonction administrative du Conseil d'Etat, la fonction de conseiller du gouvernement assurée par le Conseil d'Etat peut continuer d'entretenir le doute sur sa véritable prédisposition à protéger les libertés contre l'Etat* »²¹⁶.

Malgré ces inquiétudes, le juge administratif et le juge constitutionnel ont fortement été sollicités pendant l'état d'urgence sanitaire en vue de garantir les libertés.

Paragraphe 2 : Les juges administratif et constitutionnel, acteurs fondamentaux de l'état d'urgence sanitaire

En plus de sa fonction juridictionnelle, le Conseil d'État dispose originellement d'une fonction consultative au profit du Gouvernement. Ce qui l'amène dès lors à influencer sur la procédure législative lorsqu'il est saisi de projets de loi. Tel a été le cas pendant la crise sanitaire **(I)**. Il est par ailleurs, en tant que juge administratif, chargé de vérifier la légalité des mesures adoptées à l'occasion de cette crise. Tandis que le Conseil constitutionnel intervient pour consolider l'État de droit et veiller à ce que des dispositions législatives n'entrent pas en vigueur, ou, si elles sont déjà entrées, n'y demeurent pas **(II)**.

I) La participation du Conseil d'État au processus législatif de création du régime de l'état d'urgence sanitaire

En donnant son avis sur les projets de loi présentés par le Gouvernement préalablement à l'instauration de l'état d'urgence sanitaire et tout au long de la crise sanitaire, le Conseil d'État a largement été mobilisé en 2020 et cette année **(A)**. De ces consultations, l'on constate que le Conseil d'État joue un rôle nuancé. Il renforce parfois les garanties du dispositif de l'état d'urgence sanitaire et les affaiblit d'autres fois **(B)**.

²¹⁶Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La protection des libertés, fondement de la compétence du juge administratif ? », Publié en avant-première de : X. Bioy, E. Debaets, J. Schmitz (dir.), Répartition des compétences juridictionnelles et protection des libertés, Institut Varennes, Coll. « Colloques et essais », 2020, Revue générale du droit.

A) La mobilisation importante du Conseil d'État dans sa fonction de conseiller du Gouvernement durant la crise sanitaire

La fonction consultative du Conseil d'État est ancienne et précède même sa fonction juridictionnelle (1). Lors de cet office consultatif, le conseiller de l'État abonde généralement dans le sens du Gouvernement (2).

1) La fonction consultative, une compétence historique du Conseil d'État

La Constitution de 1958 consacre le Conseil d'État comme un conseiller du Gouvernement. D'une part, il y a l'article 39 qui prévoit que « *les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État* ». D'autre part, il y a l'article 38 qui prévoit que « *les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État* ».

En effet, le Conseil d'État a eu initialement pour rôle de conseiller et d'assister le roi dans l'administration et le gouvernement de l'État, mais il était également compétent pour trancher les litiges mettant en cause l'administration. Ce n'est qu'à partir de 1889 que la théorie du ministre-juge prend fin.

Au demeurant, le Conseil d'État exerce aujourd'hui une dualité de missions : d'une part, il dispose d'une fonction consultative et d'autre part, d'une fonction juridictionnelle. Dualité qui a pu faire l'objet de certaines critiques, au regard de l'indépendance et de l'impartialité de cette institution, et plus largement au regard de la séparation des pouvoirs. Le juge européen considère que « *le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution* » s'agissant du Conseil d'État du Luxembourg²¹⁷.

Néanmoins, en France, l'ordonnance du 31 juillet 1945 a rendu obligatoire la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi. Ainsi, le Conseil d'État doit être saisi sur tous les projets de texte relevant du domaine de la loi qui sont élaborés à l'initiative du Gouvernement, c'est-à-

217CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*.

dire les projets de loi, mais également les projets d'ordonnance, et ce, avant leur délibération en Conseil des ministres.

Cette consultation du Conseil d'État par le Gouvernement – lorsque ce dernier est à l'origine de projets de textes – lui permet de participer activement à l'élaboration des normes juridiques et actes administratifs. Lors de son contrôle, le Conseil d'État est tenu de vérifier divers éléments. Outre la vérification de la qualité rédactionnelle de la norme, le Conseil d'État axe également son examen sur la régularité juridique, notamment au regard des normes supra-législatives, des projets sur lesquels il doit donner son avis. Par ailleurs, si le Conseil d'État se borne à ne pas se prononcer sur les choix politiques des auteurs des projets de loi, il est habilité à vérifier l'opportunité administrative de ces derniers. À cet égard, la plus haute juridiction administrative « *s'assure, d'une part, que le texte proposé et, spécialement, d'un projet de loi est utile et nécessaire au regard des objectifs poursuivis et il contrôle son insertion dans l'environnement juridique existant* »²¹⁸.

Une fois son examen terminé, les conseillers d'État rendent un avis à l'attention du Gouvernement dans lequel ils transcrivent leurs observations et proposent les modifications qu'ils estiment nécessaires. L'impact du pouvoir de conseiller le Gouvernement dont dispose le Conseil d'État est d'autant plus important que le Gouvernement suit en général ces avis, malgré le caractère non contraignant de ces derniers.

Dès lors, comme le souligne l'article L.112-1 du CJA, « *le Conseil d'État participe à la confection des lois et ordonnances* ». Il est donc un « *acteur du processus décisionnel au plus haut niveau* »²¹⁹. Pendant l'état d'urgence sanitaire, cette participation a joué en faveur du Gouvernement.

218 Intervention de Jean-Marc SAUVÉ au Séminaire des membres d'honneur de l'Académie des sciences et techniques comptables et financières le 25 janvier 2017.

219 Florence CHALTIEL TERRAL, *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, LGDJ, 2017, p. 124.

2) Les projets de loi relatifs à l'état d'urgence sanitaire globalement validés par les avis du Conseil d'État

Conseiller des pouvoirs publics, le Conseil d'État a eu à examiner plusieurs projets de loi durant la crise sanitaire du Covid-19 pour lutter contre l'épidémie. En effet, sur une période allant de mars 2020 à juin 2021, pas moins de dix avis relatifs à l'état d'urgence sanitaire ont été rendus publics par le Gouvernement afin de permettre une plus grande transparence de l'action publique. Or, entre le 12 mars et le 30 juin 2020, le Conseil d'État a eu à connaître 232 projets de textes législatifs en lien avec la crise sanitaire, soit environ 25 % de plus qu'en période normale²²⁰.

Ainsi, le Conseil d'État a participé à la production législative de l'état d'urgence sanitaire. En outre, il a eu à se prononcer sur l'institution même du dispositif d'exception qu'est l'état d'urgence sanitaire, ainsi que sur l'enrichissement de son régime et même sur la sortie de ce régime d'exception.

D'abord, il ressort de l'étude de ces divers avis que le Conseil d'État valide généralement l'étude d'impact réalisée par le Gouvernement. Suivant systématiquement une formulation quasiment identique, le Conseil d'État considère que « *l'étude d'impact du projet répond globalement, dans les circonstances de la crise sanitaire et de l'urgence dans laquelle elle a été réalisée, aux exigences de l'article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution* »²²¹. Il a pu également faire référence aux « *évolutions de l'épidémie et de leur relative imprévisibilité* »²²² afin de déclarer l'étude d'impact réalisée par le Gouvernement conforme aux exigences.

Ensuite, sur le fond, le Conseil d'État soutient et avalise globalement les projets de loi qui lui sont transmis par le Gouvernement. Le Conseil d'État souscrit notamment au choix des

220 Bruno LASSERRE, « Le Conseil d'État face à la crise sanitaire du Covid-19 », Journées juridiques et administratives franco-croates, 17 septembre 2020.

221 CE, Avis sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 1^{er} mai 2020 ; CE, Avis n°400322 sur un projet de loi organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire, 9 juin 2020 ; CE, Avis n°401419 sur un projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, 20 octobre 2020.

222 CE, Avis n°401114 sur un projet de loi prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence sanitaire, 14 septembre 2020.

pouvoirs publics de donner un cadre juridique spécifique aux mesures de police administratives nécessaires pour faire face à une catastrophe sanitaire. Il considère utile la création d'un nouveau cadre juridique d'exception. De même qu'il estime que les modalités de déclenchement et de prorogation de l'état d'urgence sanitaire sont « *adaptées aux situations envisagées, elles-mêmes définies avec une précision suffisante, et à la mise en œuvre de pouvoirs exceptionnels* »²²³.

Par ailleurs, lorsqu'il est saisi pour avis sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, son raisonnement est assez similaire. Au regard des données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire, de l'imprévisibilité et de l'instabilité de cette dernière, il estime par exemple que « *la durée fixée à deux mois, de la prorogation et l'application de l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national, sont adaptées et proportionnées à la situation présente* »²²⁴ au sujet de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire à partir du mois de mai 2020.

Concernant la sortie de crise sanitaire, le Conseil d'État « *estime que le régime de sortie de crise défini par le projet du Gouvernement procède à une conciliation conforme à la Constitution des exigences en présence* »²²⁵ et considère le terme prévu pour l'application de ce cadre juridique « *adéquat au vu des données disponibles sur la situation sanitaire et son évolution prévisible* »²²⁶.

Dès lors, si en théorie, le Conseil d'État s'abstient d'émettre des jugements sur le choix politiques ayant entraîné l'élaboration d'un projet de loi, en pratique il est difficile de réellement départir ce qui relève de l'examen pur et simple de la qualité ou de la régularité juridique du projet de ce qui s'en écarte. En effet, le contrôle de l'opportunité administrative implique forcément un droit de regard du Conseil d'État sur les projets de loi dont il est saisi. Et dans une certaine réciprocité, les avis de la plus haute juridiction administrative souscrivent aux projets de loi du Gouvernement relatifs à l'état d'urgence sanitaire, et inversement, le Gouvernement prend globalement en compte les observations émises par son conseiller.

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

224 CE, Avis sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 1^{er} mai 2020.

225 CE, Avis n°402632 sur un projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire, 21 avril 2021.
226 Idem.

Néanmoins, si le Conseil d'État, dans ses avis, souscrit globalement aux projets de loi présentés par le Gouvernement, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'apporte pas sa contribution à ces projets et par conséquent aux lois qui en découlent.

B) Les apports nuancés des avis du Conseil d'État sur le régime de l'état d'urgence sanitaire

Le Conseil d'État a pu à certains égards renforcer les garanties entourant l'exercice des libertés (1), comme il a également pu renforcer le dispositif de l'état d'urgence sanitaire à leur détriment (2).

1) Le renforcement du régime juridique des mesures susceptibles d'être adoptées dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

Lorsqu'il examine les projets de loi, le Conseil d'État procède à un contrôle de la régularité juridique des textes ayant vocation à intégrer l'ordonnancement juridique. Ce faisant, il vérifie notamment la pertinence des mesures envisagées par lesdits projets au regard de l'objectif poursuivi, la conformité de ces derniers aux normes supra-législatives (engagements internationaux, droit européen, Constitution).

La crise sanitaire n'a pas empêché la plus haute juridiction administrative de veiller à ce que la législation de crise soit régulière, notamment au regard des garanties fondamentales qu'exige l'exercice des droits et libertés que la Constitution garantit, au titre desquels figure la liberté d'aller et venir. Selon les termes du Conseil d'État, celui-ci « *veille à s'assurer, dans le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, que les dispositions du projet opèrent une conciliation qui ne soit pas déséquilibrée entre le risque pour la santé de la population causé par la catastrophe sanitaire et le respect des droits et libertés reconnus par la Constitution, notamment la liberté d'aller et venir [...] »²²⁷.*

Ainsi, si la loi du 23 mars 2020 autorise l'adoption de mesures restreignant voire interdisant la circulation des personnes et des véhicules, interdisant la sortie des personnes hors

²²⁷CE, Avis sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 1^{er} mai 2020.

de leur domicile, ordonnant la mise en quarantaine ou à l'isolement de personnes affectées ou susceptibles de l'être, etc., « *ces mesures doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* », ²²⁸ selon les termes du Conseil d'État.

Par ailleurs, outre ces exigences de proportionnalité, le Conseil d'État va encore plus loin dans son rôle de conseiller du Gouvernement, en ce qu'il propose des améliorations concrètes ayant vocation à renforcer les garanties entourant les mesures applicables pendant l'état d'urgence sanitaire.

À ce titre, lorsqu'il s'est prononcé sur les mesures de mise en quarantaine et de placement à l'isolement, le Conseil d'État a offert une sorte de guide de route aux pouvoirs publics afin qu'ils puissent revoir leur copie en tenant compte des propositions qu'il a réalisées. Des garanties supplémentaires ont ainsi été recommandées par le Conseil d'État s'agissant des régimes de la quarantaine et de la mise à l'isolement. Le Gouvernement a dès lors estimé utile, au vu de ces observations, de préciser les caractéristiques de ces régimes de quarantaine et de mise à l'isolement ainsi que les conditions dans lesquelles ces mesures peuvent être prescrites par le Premier ministre.

Par exemple, c'est à l'initiative du Conseil d'État que la loi du 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, a ajouté, au sein du Code de la Santé Publique, que le décret qui prescrit des mesures de mise en quarantaine ou à l'isolement est tenu de préciser les conditions dans lesquelles sont assurées la poursuite de la vie familiale ainsi que la prise en compte de la situation des mineurs ²²⁹. Ces précisions figurent aujourd'hui à l'article L.3131-15 du CSP.

C'est également grâce au conseiller du Gouvernement que le placement et le maintien en isolement prescrit par le représentant de l'État dans le département sont conditionnés à la

228CE, Avis n°400322 sur un projet de loi organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire, 9 juin 2020.

229CE, Avis sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 1^{er} mai 2020.

constatation médicale de l'infection de la personne concernée, c'est-à-dire à la présentation d'un certificat médical.

Ces préconisations sont un moyen de limiter les atteintes portées aux droits et libertés fondamentaux, et plus particulièrement à la liberté de circulation, qui est l'une des plus affaiblies par le régime de l'état d'urgence sanitaire. Elles renforcent, par ailleurs, la légitimité des projets de loi présentés par le Gouvernement et facilitent le travail législatif du Parlement.

En outre, lorsqu'il formule ses observations au Gouvernement, le Conseil d'État sait faire preuve de prudence et d'humilité. Dans son avis²³⁰ en date du 11 janvier 2021, les conseillers d'État se prononcent sur le maintien en vigueur du régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire issu de la loi du 9 juillet 2020 jusqu'au 31 décembre 2021. À cette occasion, la plus haute juridiction fait part de la difficulté à laquelle elle est confrontée lorsqu'il s'agit d'estimer le bien-fondé d'une prolongation aussi longue qui « *conduirait à maintenir en vigueur pendant presque une année supplémentaire à compter de la date du présent avis, et sept mois après le terme fixé, en l'état du projet de loi, pour l'état d'urgence sanitaire, un cadre juridique habilitant le Premier ministre à prendre des mesures de police sanitaire exceptionnelles affectant les droits et libertés constitutionnellement garantis* »²³¹. Ce faisant, elle alerte le Gouvernement sur les potentiels risques d'inconstitutionnalité pesant sur ledit projet de loi et apporte, indirectement, un degré de protection supplémentaire pour les libertés publiques.

Toutefois, s'il apparaît que le Conseil d'État, dans une certaine mesure, a participé au renforcement du régime de l'état d'urgence sanitaire, il a pu se montrer davantage restrictif que le Gouvernement sur certains aspects.

2) Le durcissement du régime de l'état d'urgence sanitaire par le Conseil d'État lors de l'exercice de son pouvoir consultatif

De manière à nuancer le développement précédent, le Conseil d'État a réalisé, à certains égards, des préconisations qui semblent durcir le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire

²³⁰CE, Avis n°401919 sur le projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et reportant la caducité des régimes institués pour faire face à la crise sanitaire, 11 janvier 2021.

²³¹Idem.

et effacer certaines garanties que le Gouvernement avait pris soin de faire figurer dans ses projets de loi.

Dans le premier projet de loi sur lequel il a eu à se prononcer, relatif à l'institution du dispositif de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil d'État a semblé légèrement écarter le contrôle du Parlement sur la mise en application du nouveau dispositif d'exception. D'une part, alors que le Gouvernement prévoyait un délai de douze jours avant l'intervention du Parlement, calqué sur le délai prévu par la loi du 3 avril 1955, le Conseil d'État lui a conseillé de ne prévoir l'intervention du Parlement qu'après l'écoulement d'un délai d'un mois. D'autre part, il propose également au Gouvernement de supprimer la disposition qui impose à ce dernier la transmission d'informations relatives à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire compte tenu du fait que celle-ci constituerait une injonction du Parlement au Gouvernement et ne relève pas du domaine de la loi²³².

S'agissant des mesures pouvant être prises en application du dispositif de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil d'État semble aller vers des mesures restreignant davantage les libertés publiques. Au regard des restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, le Conseil d'État a accentué l'interdiction, déjà proposée par le Gouvernement, de sortir hors de son domicile dans la zone géographique que les mesures réglementaires déterminent²³³.

Par ailleurs, en cas de violation des mesures générales prescrites par l'autorité administrative, le Conseil d'État propose aux pouvoirs publics l'ajout d'une disposition selon laquelle l'autorité administrative peut assurer leur exécution d'office quand bien même des sanctions pénales réprimant ladite violation auraient déjà été prononcées²³⁴.

Dans sa fonction juridictionnelle, le Conseil d'État, et plus largement le juge administratif a été mobilisé durant l'état d'urgence sanitaire. Tout comme les Sages de la rue de Montpensier.

232CE, Avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.

233Idem.

234Idem.

II) Les juges administratif et constitutionnel : juges de l'état d'urgence sanitaire

Le juge administratif a largement été mobilisé pendant l'état d'urgence sanitaire et le sont d'ailleurs toujours **(A)**, tout comme le Conseil constitutionnel. Il apparaît que dans de telles périodes de crises, la complémentarité de leur office est une garantie pour les droits et libertés **(B)**.

A) La compétence juridictionnelle fondamentale du juge administratif durant la crise sanitaire du Covid-19

La compétence du juge administratif a expressément été prévue par le CSP en vue de connaître des mesures restreignant la liberté d'aller et venir (1). Pour ce faire, la voie des procédures de référés a été privilégiée en raison de l'urgence (2).

1) Le juge administratif, juge ordinaire des mesures prescrites en application de l'état d'urgence sanitaire

En application du dispositif de l'état d'urgence sanitaire, bon nombre de mesures prescrites par l'autorité publique relèvent du domaine de la police administrative dont la finalité est le maintien de l'ordre public²³⁵. Finalité qui permet de la distinguer de la police judiciaire qui a vocation à s'appliquer lorsqu'il est question d'agir en vue de réprimer une infraction pénale déterminée. Ainsi, le contentieux de la police administrative relève historiquement de la compétence du juge administratif.

Quand bien même la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence ne prévoit pas la compétence du juge administratif afin qu'il se prononce sur les mesures de police prises en application de ce dispositif d'exception, ce contentieux a naturellement été confié au juge administratif. Ce dernier a notamment eu à connaître des recours formés contre des mesures d'assignation à résidence ou des perquisitions administratives.

²³⁵CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 208.

S'agissant de la situation sanitaire actuelle, la loi du 23 mars 2020 prévoit expressément la compétence du juge administratif pour connaître des recours formés à l'encontre des mesures prises en application du Chapitre Ier bis relatif à l'état d'urgence sanitaire du Code de la Santé Publique²³⁶. L'essentiel de ces mesures est prescrit en application des articles L.3131-15 à L.3131-17 du CSP par le Premier ministre, le Ministre chargé de la Santé ainsi que le représentant de l'État territorialement compétent.

Ces derniers sont ainsi habilités à adopter des mesures réglementaires en vue d'endiguer l'épidémie. De manière générale, dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles, le Conseil d'État est compétent, en premier et dernier ressort, pour connaître des recours dirigés contre la plupart des actes réglementaires de portée nationale. Il est également juge de cassation et juge d'appel des décisions rendues par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel.

Toutefois, si initialement le juge administratif avait été envisagé comme le seul à même de juger les mesures de police adoptées pendant l'état d'urgence sanitaire, il a ensuite dû partager cette compétence avec l'autorité judiciaire s'agissant du régime de la quarantaine et de l'isolement. En effet, la loi du 11 mai 2020 complétant les dispositions de l'état d'urgence sanitaire est venue confier au juge des libertés et de la détention (JLD) le contentieux des mesures individuelles ayant pour objet la mise en quarantaine et les mesures de placement et maintien en isolement en raison de la nature privative de liberté de telles mesures.

Pour autant, le contentieux des mesures adoptées en application de l'état d'urgence sanitaire relève quasiment exclusivement de la compétence du juge administratif au titre de l'article L.3131-18 du CSP qui précise que les recours présentés devant lui seront « *instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L.521-1 et L.521-2 du Code de justice administrative* ».

236Article L.3131-18 du CSP.

2) Le recours aux procédures d'urgence : une voie de recours largement mobilisée en période exceptionnelle

En 2020, la section du contentieux a enregistré 1409 requêtes relatives aux mesures adoptées pendant la crise sanitaire. Par ailleurs, le Conseil d'État a été saisi de 1 243 demandes en référé, dont 1 005 ont été réalisées en premier ressort et 238 en appel. À cet égard, le Conseil d'État évoque « *une augmentation historique du nombre total des référés* », lesquels ont fait l'objet d'une augmentation de 200 % en premier ressort. Environ 70 % des référés, soit 864 saisines, se rattachaient à la situation sanitaire et aux mesures prises afin de faire face à la propagation de l'épidémie de Covid-19.

La loi du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives, a profondément modifié le traitement de l'urgence devant le juge administratif. Parmi les référés prévus par la loi de 2000, le référé-suspension, le référé-liberté et le référé-conservatoire sont tous trois axés sur le critère de l'urgence. Assez logiquement, le référé liberté, prévu à l'article L.521-2 du Code de Justice Administrative (CJA) a été le plus massivement mobilisé par les justiciables pendant la crise sanitaire. Le recours à ce type de référé est possible, lorsqu'en plus de l'urgence, l'on estime qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public porte une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Le référé-suspension a également été assez mobilisé en période d'état d'urgence sanitaire. Celui-ci permet au juge d'ordonner la suspension de l'exécution de toute décision administrative « *lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

Le recours au référé-liberté permet une intervention du juge administratif dans un bref délai. Il permet, en effet, une intervention juridictionnelle dans un délai de 48 heures. Surtout lorsque l'on sait que le délai moyen de jugement des affaires ordinaires est d'environ 1 an et 8 mois pour les tribunaux administratifs, 1 an et 3 mois pour les Cours administratives d'appel et d'à peu près 1 an s'agissant du Conseil d'État. Par ailleurs, il présente l'avantage de ne pas avoir obligatoirement à être assorti d'un recours au fond. Toutefois, un tel recours est toujours possible, quand bien même l'article L.3131-18 du CSP ne le prévoit pas expressément. Concevable en théorie, « *ce recours, exercé seul, n'est en réalité pas adapté à une protection*

effective des libertés en période d'état d'urgence sanitaire ou de sortie d'état d'urgence sanitaire »²³⁷.

Au demeurant, le juge administratif intervient également amont lors du contrôle de constitutionnalité lorsqu'il assure sa mission de filtrage des QPC. Il participe ainsi au contrôle de constitutionnalité. Lequel assure par la même que l'arsenal législatif n'entraîne pas par la suite l'adoption de mesures entachées d'illégalité.

B) La complémentarité des contrôles administratif et constitutionnel : une garantie nécessaire en période exceptionnelle

Le contrôle de constitutionnalité doublé au contrôle de légalité assurent en principe une meilleure conciliation entre les exigences tenant à l'ordre public, ici la santé publique, et l'exercice de la liberté d'aller et venir. Le contrôle de constitutionnalité est néanmoins primordial en ce que les mesures adoptées sur un dispositif inconstitutionnel ne garantiraient pas le respect de l'État de droit (1). En l'absence d'un contrôle avant la promulgation de la loi, la QPC apparaît comme un moyen, impliquant la participation du juge administratif qui en assure le filtrage, dont les justiciables sont encouragés à se saisir (2).

1) La légalité des mesures de police, fonction de la constitutionnalité du dispositif de l'état d'urgence sanitaire

Au titre de l'alinéa 2 de l'article 61 de la Constitution, « *les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs* ». Pour autant, le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion, de se prononcer *a priori*, sur la constitutionnalité de la loi instaurant l'état d'urgence sanitaire.

L'absence de saisine du Conseil constitutionnel s'agissant de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 est regrettable car il aurait été judicieux de

²³⁷Nil SYMCHOWICZ, « Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police. Regard critique sur l'office du juge administratif », AJDA n°35/2020, 26 octobre 2020.

s'assurer que l'arsenal législatif qui fonde l'état d'urgence sanitaire, et par conséquent les mesures ayant vocation à être adoptées sur son fondement, soient conformes à la Constitution. En effet, comme l'exprime clairement Jean-François de Montgolfier, à propos de l'état d'urgence sécuritaire, « *la dissociation de la déclaration de l'état d'urgence et des mesures applicables sous le régime de l'état d'urgence conduit à séparer arbitrairement la cause et la conséquence et à amputer une partie du contrôle* »²³⁸.

Si la cause et la conséquence sont en principe indissociables, ceci implique que le contrôle de légalité opéré par le juge administratif sur les mesures prises en application du dispositif de l'état d'urgence sanitaire pourrait, indirectement porter atteinte à la Constitution. Et par ailleurs, le contrôle que le juge administratif exerce sur la mise en œuvre de ces mesures ne peut en rien se substituer à un contrôle de constitutionnalité. Afin de relativiser ce constat, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel a été saisi *a priori* de plusieurs lois relatives à l'état d'urgence sanitaire. Lois qu'il a d'ailleurs largement validées. D'ailleurs, peut-être que Conseil admet-il implicitement la conformité de l'état d'urgence sanitaire à la Constitution lorsqu'il indique que « *la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire* »²³⁹.

Cependant, rien ne s'oppose à ce que le Conseil constitutionnel soit saisi de la conformité de la loi instaurant le dispositif de l'état d'urgence sanitaire *a posteriori*.

2) Le recours à la QPC : un outil à privilégier

Entre 2015 et 2017, sur le fondement de la loi du 3 avril 1955, l'état d'urgence a été déclaré le 14 novembre 2015 prorogé par la loi du 20 novembre 2015, puis à plusieurs reprises ensuite jusqu'au 1^{er} novembre 2017. Or, aucune de ces lois n'a été soumise au contrôle de constitutionnalité avant leur promulgation. Néanmoins, à l'inverse, le Conseil constitutionnel a été saisi, *a posteriori*, à plusieurs reprises par la voie de la QPC des lois relatives à l'état d'urgence sécuritaire. Ce contrôle a ainsi permis aux Sages de clarifier le cadre constitutionnel de

238 Jean-François de MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°54, *La Constitution et le temps*, 2017.

239 Cons. Const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020, paragr. 17.

l'état d'urgence sécuritaire, surtout au regard des régimes de perquisitions administratives et d'assignations à résidence.

Ainsi, sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, les dispositions relatives à l'état d'urgence sanitaire n'ayant pas encore été contrôlées par le Conseil constitutionnel pourront l'être. Le justiciable est donc encouragé à se saisir de cette voie offerte.

Or, en 2020, un constat regrettable réside dans la diminution de 22 % du niveau des QPC. Il faut espérer que le filtrage opéré par les juridictions ordinaires et suprêmes ne soit pas trop sévère, ce qui aurait pour conséquence d'empêcher un contrôle fortement bénéfique au maintien de l'État de droit. Une illustration de ce risque a malheureusement été décrite dès lors que le Conseil d'État a décidé de ne pas renvoyer une QPC, pourtant fortement intéressante au regard de la liberté d'aller et venir, au Conseil constitutionnel²⁴⁰. L'auteur de la QPC estime alors que « *les juridictions suprêmes – spécialement le Conseil d'État – peuvent transformer en bouchon leur rôle de filtre de la QPC [...]* »²⁴¹.

Néanmoins, il convient de ne pas passer sous silence la difficulté à laquelle sont confrontés les juges administratif et constitutionnel lorsqu'ils doivent concilier l'exercice des droits et libertés avec un objectif aussi important que celui de la protection de la santé.

Section 2 : Les juges administratif et constitutionnel face à une conciliation difficile entre protection de la liberté d'aller et venir et protection de la santé publique

Cette conciliation difficile tient à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé qui ne permet pas une large marge de manœuvre au profit des juges. Lesquels ont montré à certains égards un contrôle plus ou moins poussé (**Paragraphe 1**). Malgré que le constat final est davantage celui d'un contrôle limité (**Paragraphe 2**).

240CE, Décision n°440149, *Cassia et ADELICO*, 22 juillet 2020.

241Paul CASSIA, « La question prioritaire de constitutionnalité, bijou ou camelote démocratique? », *Le Blog de Paul Cassia*, 26 novembre 2020.

Paragraphe 1 : La mise en œuvre nuancée du contrôle de l'état d'urgence sanitaire

Les pouvoirs publics ont tout de même prévu des règles permettant aux juges de réaliser leur office dans des conditions compatibles avec le contexte sanitaire **(I)**. De ce fait, ils ont pu faire preuve de pragmatisme **(II)**.

I) L'adaptation de l'office du juge à la spécificité de la crise sanitaire

Cette nécessité d'adaptation a recouvert aussi bien les délais **(A)** que les modalités mêmes d'organisation et du fonctionnement de la juridiction administrative **(B)**.

A) Une adaptation procédurale des délais enserrant la transmission et l'examen des QPC

La loi du 30 mars 2020, afin de faciliter l'office du juge, a permis une suspension des délais relatifs à la transmission et l'examen des QPC (1). L'adoption de la loi organique, pourtant inconstitutionnelle sur le plan procédural a été validée par le Conseil constitutionnel (2).

1) Un desserrement des délais prévu par la loi organique du 30 mars 2020

Compte tenu de la difficulté pour les juridictions de se réunir au début de l'épidémie, la loi organique d'urgence du 30 mars 2020²⁴² a suspendu les délais prévus par l'ordonnance du 7 novembre 1958²⁴³ encadrant la procédure de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC). La loi suspend, d'une part, le délai de 3 mois au terme duquel le Conseil d'État et la Cour de cassation sont tenus d'examiner les conditions de recevabilité d'une QPC, et d'autre part, le délai de 3 mois pendant lequel le Conseil constitutionnel est tenu de se prononcer sur la question, et ce, jusqu'au 30 juin 2020.

Dans l'esprit du législateur, au moment de l'adoption de la loi, cette suspension des délais est justifiée par la complexité pour les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel de statuer pendant la période du confinement. Or, si les juridictions suprêmes n'étaient pas en

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

243 Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

mesure de transmettre les QPC au cours du délai ordinaire de 3 mois, ces dernières auraient été transmises de plein droit Conseil constitutionnel. Le risque éventuel aurait été celui d'une submersion du Conseil constitutionnel. Or, le Professeur Samy Benzina, juge que « *le Conseil est très loin d'être dans une situation d'engorgement qui commanderait d'empêcher un afflux massif de QPC* »²⁴⁴.

Par ailleurs, une petite partie de la doctrine s'interroge quant au bien-fondé de cette mesure. Elle considère notamment que cette adaptation des délais avait été prévue par le Gouvernement en vue « *de soustraire la loi d'urgence à tout contrôle de constitutionnalité en vertu de l'idée selon laquelle il ne fallait, sous aucun motif, fût-ce le respect des droits et libertés constitutionnels, empêcher l'exécutif d'agir* »²⁴⁵. Cependant, il est davantage probable qu'il s'agisse d'un simple aménagement procédural ayant vocation à faciliter la tâche des juridictions suprêmes, et essentiellement du Conseil d'État, qui allaient, pour sûr, être largement submergées par un flot de requêtes faisant valoir l'illégalité des mesures de police prescrites par les autorités administratives.

Si l'adoption d'une telle loi a suscité quelques interrogations, il en est de même s'agissant du contrôle de constitutionnalité opéré sur cette disposition législative.

2) Une adaptation inconstitutionnelle validée par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel a été saisi par le Premier ministre de la conformité de la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, conformément au premier alinéa de l'article 61 et au cinquième alinéa de l'article 46 de la Constitution. Lequel prévoit que « *les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution* ».

La décision surprend en ce que le Conseil affirme 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*

244Samy BENZINA, « La curieuse suspension des délais d'examen des questions prioritaires de constitutionnalité », *Blog Jus Politicum*, 3 avril 2020.

245Antonin GELBLAT, Laurie MARGUET, « Etat d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 20 avril 2020.

violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution »²⁴⁶. En effet, l'article 46 alinéa 2 de la Constitution prévoit que « si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition de loi ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt ». Or, en l'espèce, la loi organique avait été examinée et adoptée par le Sénat le lendemain de son dépôt en méconnaissance de l'article 46 alinéa 2, privant le Parlement de mener à bien sa mission. Ainsi, le Conseil constitutionnel valide une inconstitutionnalité manifeste au regard des circonstances particulières de la crise sanitaire.

Cette adaptation a été complétée par diverses ordonnances adoptées par le Premier ministre.

B) L'adaptation organisationnelle de la juridiction administrative

L'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif a eu pour objectif d'assurer une continuité du service de la justice. Afin de tenir compte des circonstances particulières de l'épidémie de Covid-19 (1), certaines règles applicables devant les juridictions administratives ont donc fait l'objet d'adaptation (2).

1) Des conditions de fonctionnement inhabituelles

En vue de contenir la propagation de l'épidémie de Covid-19, la ministre de la justice a annoncé, le 15 mars 2020, la fermeture des juridictions à l'exception des contentieux essentiels. Il a été précisé que « les services d'accueil du public seront donc fermés ainsi que les maisons de justice et du droit et les points d'accès au droit » et « que les agents de ces services ne recevront plus de public ».

Dans ces conditions, les juridictions administratives ont ainsi été impactées par ces mesures. Les audiences prévues ont été annulées et reportées, à l'exception de certains

²⁴⁶Cons. const., Décision n°2020-799 DC, *Loi organique pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, 26 mars 2020, JORF n°0078 du 31 mars 2020, texte n°5.

contentieux urgents. A la veille du confinement, le plan de continuité d'activité (PCA) a été activé afin de permettre le maintien des activités essentielles de la justice administrative tout en prenant garde à assurer la protection de la santé publique. Ainsi, pendant le premier confinement, les référés ont quasiment été maintenus au sein de l'ensemble de la juridiction administrative.

Par ailleurs, cette dernière a su maintenir son activité relative à l'enregistrement des recours durant toute l'année 2020 par l'intermédiaire des services numériques sur Télérecours. Le renforcement du télétravail et la digitalisation des outils de travail a permis une continuité de l'activité juridictionnelle au sein de la juridiction administrative. Ceci a notamment permis aux juges de la section du contentieux de traiter un grand nombre de requêtes, en priorité celles qui présentaient un caractère urgent. Des ordonnances ont également permis aux juges administratifs d'adapter leurs méthodes de travail.

2) L'aménagement des règles de fonctionnement de la justice administrative

L'ordonnance n°2020-305 du 25 mars 2020 modifiée par l'ordonnance n°2020-405 du 8 avril 2020 portant diverses adaptations des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif est intervenue afin de permettre divers aménagements relatifs au fonctionnement de la justice administrative. Ainsi, la composition des formations de jugement a été aménagée, de même que les fonctions exercées par les juges ou encore les procédures. À cet égard, il est prévu que la communication des pièces aux parties peut être faite par tout moyen, notamment par voie numérique. Par ailleurs, le recours à la télécommunication a été rendu possible pour permettre aux audiences de se tenir à distance. Le juge des référés a été habilité à statuer sans audience.

Certains ont dénoncé une atteinte grave et manifestement illégale portée aux droits de la défense. Le juge considère que la garantie des droits de la défense est assurée en ce que les audiences pouvaient se tenir en « *utilisant un moyen de communication audiovisuelle permettant de s'assurer de l'identité des parties et garantissant la qualité de la transmission et de la confidentialité des échanges entre les parties et leurs avocats* » et qu'il pouvait « *en cas d'impossibilité technique ou matérielle de recourir à un tel moyen [...] entendre les parties et*

leurs avocats par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique »²⁴⁷. Or, le Conseil constitutionnel a, quant à lui, jugé que l'ordonnance du 25 mars 2020 n'encadrerait pas le recours à un moyen de télécommunication audiovisuelle et a donc considéré qu'elle portait une atteinte aux droits de la défense qui ne pouvait pas être justifiée par le contexte sanitaire²⁴⁸.

Tous ces aménagements ont tout de même permis au juge de pratiquer un contrôle nuancé sur les mesures restrictives de liberté.

II) L'encadrement parcimonieux des mesures de police administrative

Juge constitutionnel et administratif s'attachent tous deux, du moins en théorie, à procéder au triple test propre au contrôle de proportionnalité **(A)**. Bien que n'apparaissant pas toujours dans leurs décisions, ce contrôle a permis au juge des référés d'exercer un examen similaire à celui qu'il réalisé en période normale **(B)**.

A) La légalité de la mesure conditionnée à son caractère proportionné

Dans ces décisions rendues en période d'état d'urgence sanitaire, le Conseil rappelle pédagogiquement l'exigence de mettre en œuvre ce contrôle de proportionnalité (1). Le respect de ce dernier a plus ou moins été perceptible dans les décisions du juge administratif (2).

1) Le rappel de cette exigence dans la jurisprudence constitutionnelle relative à l'état d'urgence sanitaire

La triple exigence de proportionnalité développée et appliquée par les juges constitutionnel et administratif transparaît au sein des décisions du Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi des diverses lois relatives à l'état d'urgence sanitaire. Ainsi, dans sa décision du 11 mai 2020, le Conseil rappelle que les mesures de police « *doivent être strictement*

²⁴⁷CE, Décision n°439903, *Adaptation du fonctionnement des juridictions administratives*, 10 avril 2020.

²⁴⁸Cons. const., Décision n°2020-872 QPC, *M. Krzysztof B. [Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire]*, 15 janvier 2021, JO 16 janvier 2021, texte n°70.

proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu » et qu' « il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires »²⁴⁹.

Lorsqu'il exerce son contrôle de constitutionnalité, le Conseil applique également ce contrôle de proportionnalité. Il a ainsi considéré que les atteintes portées à l'exercice de la liberté de communication des pensées et des opinions ainsi qu'au droit d'expression collective des idées et des opinions « *doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »²⁵⁰.

Le Conseil précise également que « *le juge est chargé de s'assurer que ces mesures sont adaptées, nécessaires et proportionnées* »²⁵¹.

2) La rare mise en œuvre du contrôle par le juge administratif

Si le juge administratif procède en principe à un contrôle de proportionnalité répondant aux exigences de nécessité, adéquation et proportionnalité au sens strict, ce contrôle a rarement été observable dans les ordonnances rendues par le juge administratif, en particulier par le Conseil d'État. Toutefois, dans certaines de ses décisions, le Conseil d'État a pu veiller à une conciliation entre l'intérêt public et la garantie des droits et libertés. Saisi par une requête lui demandant la suspension de l'exécution du décret du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence car celui-ci ne comporte pas le droit pour toute personne de se déplacer sur toute l'étendue du territoire national pour modifier provisoirement sa résidence, pour constater les besoins d'entretien ou de sécurité d'une de ses résidences et pour procéder ou faire procéder aux mesures d'entretien et de mise en sécurité nécessaires, le juge évoque « *la conciliation entre les droits et libertés et l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé* »²⁵². Le juge met donc bien en balance les intérêts propres du requérant avec ceux tenant à l'intérêt public.

249 Cons. Const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020,

250 Cons. const., Décision n°2020-803 DC du 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, JORF n°0169 du 10 juillet 2020, texte n°2.

251 Cons. Const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020,

252 CE, Ord. Réf. N°440640, 20 mai 2020, Inédit au recueil Lebon.

Il opère un contrôle similaire lorsqu'il évoque clairement les éléments du test de proportionnalité, sans toutefois clairement parler de conciliation, dans une ordonnance du 4 avril 2020, lors de laquelle il dit clairement que les mesures prescrites ne sont pas manifestement contraires au principe énoncé à l'article L.3131-15 du CSP qui exige de ces dernières qu'elles soient proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances²⁵³.

B) Le pragmatisme du juge administratif en période d'état d'urgence sanitaire

Soumis à l'obligation de motiver ses décisions, le juge administratif a satisfait à cette exigence de manière plutôt nuancée (1). Or, malgré cela, il a tout de même suspendu certaines mesures restreignant la liberté (2).

1) Des décisions plus ou moins motivées

La motivation des décisions du juge des référés varie selon les ordonnances qu'il a rendues. Toutefois, elle fait souvent mention de la prévalence de l'intérêt public et de la saturation des structures hospitalières afin de justifier le rejet des requêtes dont il est saisi. Or, dans certaines décisions, le juge des référés, bien que pris par le temps, a souhaité détailler davantage les raisons pour lesquelles il ne considérait pas opportun de statuer sur la demande et décidait de rejeter la requête par ordonnance de tri.

Ainsi, dans une ordonnance de référé rendue le 4 avril 2020, le juge examine tous les moyens invoqués par les requérants qui demandaient la suspension de l'exécution 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. Ce décret posait une interdiction de tout déplacement des personnes hors de leur domicile, à l'exception de certains déplacements limitativement énumérés. Le juge précise que *« l'interdiction de sortir de son domicile, ainsi que les exceptions dont elle est assortie, prévues à l'article 3 du décret du 23 mars 2020, qui sont définies en des termes suffisamment clairs et précis, ne sont pas manifestement contraires au principe, énoncé à l'article L.3131-15 du CSP, selon lequel les mesures prescrites*

253CE, Ord. Réf., n°439888, 4 avril 2020, Inédit au recueil Lebon.

doivent être proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances. Elles ne sont pas davantage contraires, en tout état de cause, aux principes de proportionnalité et de nécessité des délits et de peines »²⁵⁴. Ce n'est qu'à la suite de ce raisonnement que le juge des référés conclut que bien que le décret puisse limiter la liberté d'aller et venir, « le Premier ministre, en les adoptant, n'a pas porté d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, eu égard aux circonstances qui ont donné lieu à la déclaration de l'état d'urgence sanitaire [...] ». Bien qu'en réalité, la plupart des décisions font l'objet de motivation lapidaire et donnent rarement gain de cause aux justiciables.

2) Le prononcé de décisions favorables à la liberté d'aller et venir

Le juge administratif a parfois su faire preuve de pragmatisme en rendant des décisions rééquilibrant légèrement la balance en faveur d'une meilleure garantie pour l'exercice de la liberté d'aller et venir. Ainsi, il a été saisi d'une requête en référé suspension lui demandant d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision du pouvoir réglementaire de demander aux consuls de ne pas enregistrer ou instruire les demandes de visas longs séjour de réunification familiale.

Après une motivation considérablement fournie, le Conseil d'État suspend la décision de geler la délivrance des visas considérant que « *l'administration, à qui il serait loisible d'étaler dans le temps la délivrance des visas qui n'ont pas été accordés ces derniers mois, n'apporte pas d'élément permettant de regarder le flux en cause, minime au regard de la population du pays, comme étant de nature à contribuer de manière significative à une augmentation du risque de brassage et à un risque de contamination exponentielle aux alentours des aéroports internationaux, notamment en région Ile de France, y compris dans le contexte actuel de maintien d'une forte tension sur le système hospitalier* »²⁵⁵. Dès lors, le juge reconnaît qu'un doute sérieux existait quant à la légalité de cette mesure. Laquelle portait une atteinte grave au droit à la vie familiale normale des intéressés ainsi qu'à l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

254CE, Ord. Réf., n°439888, 4 avril 2020, Inédit au recueil Lebon.

255 CE, Ord. réf., n°447878 et n°447893, CIMADE et a., 21 janvier 2021.

Ce faisant, le juge tente, en apparence, de concilier des intérêts antagonistes, mais les modalités de réalisation de son contrôle semble traduire globalement une certaine réticence de sa part à censurer les actes émanant des autorités publiques.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre d'un contrôle fragile et limité en période d'état d'urgence sanitaire

Les contrôles respectivement opérés par le juge constitutionnel et le juge administratif donnent l'impression qu'ils ne retiennent pas une conception identique de la notion de liberté d'aller et venir. La conception du juge administratif jouant en défaveur de l'exercice de cette liberté **(I)**. Par ailleurs, les modalités mêmes du contrôle permis par le recours au référé ne permet qu'un contrôle limité des mesures restrictives ou privatives de liberté **(II)**.

I) Les interdictions de sortie révélatrices de la frontière incertaine entre mesure privative et restrictive de liberté

Le Conseil constitutionnel, en validant – sous une seule réserve d'interprétation – les régimes de mise en quarantaine et en isolement réaffirme qu'une mesure privative de liberté existe dès lors que la durée de la mesure dépasse une plage horaire de 12 heures par jour, nécessitant l'intervention à bref délai de l'autorité judiciaire **(A)**. Alors qu'en refusant de transmettre une QPC, le Conseil d'État considère que la mesure de confinement, qui dépasse 12 heures par jour, n'est pas une mesure privative de liberté et n'emporte donc par conséquent pas la compétence du juge judiciaire **(B)**.

A) La quasi-conformité à la Constitution des régimes de mise en quarantaine et en isolement

Le Conseil, suivant sa jurisprudence constante relative aux assignations à résidence, assimile une interdiction de sortie à une mesure privative de liberté impliquant l'intervention du juge judiciaire à bref délai (1). Or, la réserve d'interprétation qu'il prononce paraît un peu faible dès lors que les interdictions partielles de sortie, qui peuvent potentiellement dépasser 12 heures par jour, nécessitent également une intervention du juge judiciaire à bref délai (2).

1) L'assimilation d'une interdiction de sortie de plus de douze heures par jour à une mesure privative de liberté

Saisi a priori pour se prononcer sur la conformité de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, le Conseil constitutionnel a eu à connaître des dispositions législatives encadrant davantage les régimes de mesures de quarantaine et d'isolement sanitaires. Attentatoires par principe à la liberté d'aller et venir, certains députés soutenaient que les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien à l'isolement méconnaissaient également la liberté individuelle impliquant une effectivité renforcée du droit au recours devant le JLD.

Ce faisant, le Conseil constitutionnel considère que dès lors que l'autorité administrative peut interdire à un individu « *toute sortie* » ou qu'elle lui impose « *de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour* », les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement prises à son égard « *constituent une privation de liberté* »²⁵⁶. De telles mesures doivent alors être regardées comme portant une atteinte à la liberté individuelle relevant de l'article 66 de la Constitution. Dans ces conditions, le Conseil veille au respect de la triple exigence d'adaptation, de nécessité et de proportionnalité des atteintes portées à l'exercice de la liberté individuelle. À cet effet, il juge que l'atteinte respecte l'exigence de proportionnalité au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé poursuivi par le législateur, en ce que les dispositions de la loi du 11 mai 2020 cherchent à « *assurer la mise à l'écart du reste de la population des personnes qui en font l'objet en les soumettant à un isolement, le cas échéant, complet de façon à prévenir la propagation de la maladie à l'origine de la catastrophe sanitaire* »²⁵⁷.

Par ailleurs, si le Conseil considère qu'un recours effectif devant le JLD existe bel et bien s'agissant des mesures de placement en quarantaine ou en isolement « complets » interdisant toute sortie à l'intéressé, *quid* d'une mesure qui n'interdit pas à l'intéressé toute sortie ?

256 Cons. Const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020.

257 Idem, paragr. 34.

2) Le doute pesant sur la nature d'une interdiction de sortie partielle

Suivant une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel juge que « *si la décision sur la privation de liberté peut être prononcée par une autorité administrative, c'est à la condition qu'un juge judiciaire puisse contrôler ensuite cette privation de liberté dans un délai qui varie selon la nature de la mesure* »²⁵⁸.

Or, si le Conseil considère qu'un recours effectif devant le JLD existe bel et bien s'agissant des mesures de placement en quarantaine ou en isolement « complets » interdisant toute sortie à l'intéressé, il déduit qu'« *aucune intervention systématique d'un juge judiciaire n'est prévue dans les autres hypothèses* »²⁵⁹ de placement en quarantaine ou en isolement. Pour ces hypothèses où une interdiction complète de sortie n'est pas visée par la mesure prise par l'autorité administrative, le Conseil formule une réserve d'interprétation précisant que les dispositions du II de l'article L.3131-17 du CSP « *ne sauraient, sans méconnaître les exigences de l'article 66 de la Constitution, permettre la prolongation des mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement imposant à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour sans l'autorisation du juge judiciaire* »²⁶⁰.

Cette réserve d'interprétation interroge quant à la nature des autres mesures de mise en quarantaine ou en isolement qui n'entraînent, *a priori*, qu'une interdiction de sortie partielle. Avec cette réserve, les Sages exigent que l'autorisation d'une telle interdiction soit conditionnée à l'intervention du juge judiciaire si elle dépasse une durée de douze heures par jour. Si cette plage horaire semble délimiter la frontière entre atteinte à la liberté individuelle ou à la liberté d'aller et venir, le Conseil d'État ne semble pas suivre le même raisonnement.

258 Cons. const., Décision n°92-307 DC, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, 25 février 1992, cons. 13.

259 Idem, paragr. 43.

260 Idem.

B) Le confinement : une simple mesure restrictive de liberté selon le Conseil d'État

Si une assignation à résidence de plus de 12 heures entraîne l'intervention du juge judiciaire à bref délai, le Conseil d'État considère que le confinement n'est pas assimilable à une telle mesure privative de liberté (1), et fait reposer son analyse sur des éléments curieux (2).

1) Le refus d'assimilation du confinement à une privation de liberté

Saisi d'une QPC visant à faire contrôler la conformité du décret du 23 mars 2020 du Premier Ministre l'habilitant à déclarer un confinement généralisé, le Conseil d'État n'a pas souhaité renvoyer la question au Conseil constitutionnel, considérant qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux. Ce refus de renvoyer la question est regrettable en ce que, par nature, le confinement généralisé de la population constitue une atteinte à l'exercice de la liberté d'aller et venir d'une ampleur considérable. D'autant que l'assignation à domicile n'est pas, comme c'est le cas pour certaines mesures de mise en quarantaine ou en isolement, enserrée dans un délai précis.

Or, au regard du confinement vécu pendant la crise sanitaire prévu en l'absence d'une durée fixe entourant la mesure affectant la liberté de circulation, il serait plus probable qu'une telle mesure soit assimilée à une privation de liberté plutôt qu'à une simple restriction. Surtout si l'on se base sur la durée de douze heures maximale par jour au-delà de laquelle une mesure restrictive de liberté se transforme en mesure privative. À cet égard, le Conseil constitutionnel semble admettre qu'une autorité administrative puisse adopter une mesure restreignant la liberté d'aller et venir, qui par sa durée ou ses modalités, limitera la liberté individuelle mais seulement à la condition que l'autorité judiciaire soit automatiquement saisie dans un délai bref.

Or, en l'absence de précédent et de jurisprudence constitutionnelle fiable concernant un confinement général de la population, lequel apparaît comme une mesure inédite dans nos démocraties contemporaines, empêche de saisir pleinement la portée de la décision du Conseil d'État, qui a d'ailleurs avancé des arguments surprenants pour refuser de renvoyer la QPC.

2) Un raisonnement surprenant : le caractère général et réglementaire de l'acte permettant la mise en œuvre du confinement

Le Conseil d'État, afin de justifier le refus de renvoyer la QPC affirme que « *les dispositions contestées donnent ainsi au Premier ministre, lorsque la situation l'exige et que les conditions posées sont remplies, la possibilité non d'interdire, par une mesure individuelle, à une personne déterminée de sortir de son domicile, mais de prendre un acte réglementaire à caractère général ayant pour objet de viser un ensemble des personnes se trouvant dans une circonscription territoriale dans laquelle l'état d'urgence sanitaire est déclaré, et qui n'a d'autre but, conformément à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, que protéger la santé de l'ensemble de la population en prévenant la propagation incontrôlée d'une épidémie* »²⁶¹. Et c'est étrangement à partir de ce caractère général et impersonnel de la mesure de confinement que le Conseil d'État déduit qu'elle « *n'est pas au nombre de celles que l'article 66 de la Constitution réserve à la compétence de l'autorité judiciaire* », au regard de sa nature et de son objet. Comme le souligne l'auteur de la requête, l'article 66 de la Constitution n'est pas limité aux mesures individuelles privatives de la liberté d'aller et venir.

Ainsi, face à cette incertitude quant à la réelle nature de la mesure de confinement, « *il aurait été sain, pour les droits, les libertés et la démocratie, que le doute soit définitivement levé par le Conseil constitutionnel, seul organe en mesure d'apprécier la constitutionnalité des lois, alors qu'il s'agit sans doute de la mesure générale la plus liberticide de toute notre histoire* »²⁶².

II) L'effectivité limitée du recours aux procédures de référé devant le juge administratif

Si les procédures de référé semblent constituer des voies de recours particulièrement adéquates en période d'état d'urgence sanitaire, les conditions inhérentes à la mise en œuvre de ces procédures ainsi que la conception de ces dernières retenue par les juges des référés en limitent grandement l'effectivité. Ces conditions tiennent, d'une part, à l'exigence d'une situation nécessitant une intervention urgente de la part du juge **(A)**, et d'autre part, à l'exigence d'une

²⁶¹CE, Décision n°440149, *Cassia et ADELICO*, 22 juillet 2020.

²⁶² Jean-Philippe DEROSIER ; Emmanuel CARTIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020), », Titre VII [En ligne], n°5, *La sécurité juridique*, octobre 2020.

illégalité manifeste de la mesure de police, entraînant un contrôle limité en période d'état d'urgence sanitaire **(B)**.

A) La satisfaction difficile de la condition d'urgence

L'urgence est une condition propre aux référés qui est souvent difficile à caractériser (1). Il aurait été souhaitable que le juge administratif affirme que la réunion présumée de cette condition (2).

1) L'exigence de l'urgence : caractéristique des procédures de référé-liberté et référé-suspension

Les procédures de référé, référé-liberté et référé-suspension, mobilisées pendant la crise sanitaire du Covid-19 constituent en principe des moyens efficaces lorsqu'une situation d'urgence est caractérisée et nécessite des mesures rapides. Elles permettent au juge des référés d'ordonner, dans un bref délai, des mesures provisoires visant à préserver les droits et libertés.

L'appréciation de la condition d'urgence opérée par le juge des référés est réalisée de manière globale et concrète. Pour ce faire, il est amené à procéder à une balance des intérêts en cause. Or, la confrontation des intérêts particuliers du requérant à l'intérêt général, notamment lorsqu'il est question de protection de la santé publique, penche davantage en défaveur du justiciable. Lequel ne peut donc que difficilement exercer son droit à un recours juridictionnel effectif dans ces conditions.

À cet égard, dès le début de l'épidémie, le juge des référés a rappelé cette mise en balance des intérêts considérant qu'elle pouvait être neutraliser la caractérisation de l'urgence dont se prévaut le requérant. Empruntant une formulation de principe dans plusieurs ordonnances de tri, le juge des référés affirme que « *la circonstance qu'une atteinte à une liberté fondamentale, portée par une mesure administrative, serait avérée n'est pas de nature à caractériser l'existence d'une situation d'urgence justifiant l'intervention du juge des référés dans le très bref délai prévu par les dispositions de l'article L.521-2 du Code de justice administrative. Il appartient au juge des référés d'apprécier, au vu des éléments que lui soumet le requérant comme de l'ensemble des circonstances de l'espèce, si la condition d'urgence particulière requise*

par l'article L.521-2 est satisfaite, en prenant en compte la situation du requérant et les intérêts qu'il entend défendre mais aussi l'intérêt public qui s'attache à l'exécution des mesures prises par l'administration »²⁶³.

Et en l'absence de caractérisation de l'urgence, le juge rejettera la requête par le biais d'une ordonnance rendue sans audience. Ce qui aurait milité en faveur d'une présomption de la condition d'urgence, à l'image de ce qui a été envisagé lors de l'état d'urgence terroriste.

2) L'absence regrettable d'une satisfaction présumée de la condition d'urgence

Lors de l'application de l'état d'urgence sécuritaire en 2015, le Conseil d'État a fait le choix de présumer l'urgence afin de faciliter aux justiciables la saisine du juge administratif. Dans un arrêt en date du 11 décembre 2015, le Conseil d'État affirme « *qu'eu égard à son objet et à ses effets, notamment aux restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne, prise par l'autorité administrative en application de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, porte, en principe et par elle-même, sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières, une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne, de nature à créer une situation d'urgence [...] »²⁶⁴. Dès lors, le Conseil d'État a jugé que par principe, la condition d'urgence doit être considérée comme remplie lorsqu'une mesure d'assignation à résidence est contestée, sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières.*

Au regard des mesures permises en application de l'état d'urgence sanitaire restreignant ou privant l'exercice de la liberté d'aller et venir, il aurait été souhaitable que le Conseil d'État suive ce même raisonnement et applique cette présomption d'urgence dans le cadre des demandes en référé. Ce recours aurait été d'autant plus pertinent que les mesures de couvre-feu, de confinement, de mise en quarantaine et en isolement s'assimilent parfaitement avec la logique de l'assignation à résidence largement mobilisée durant l'état d'urgence sécuritaire.

263CE, Ord. Réf. N°439694, 24 mars 2020 ; CE, Ord. Réf. N°439839, 31 mars 2020 ; CE, Ord. Réf. N°445914, 20 novembre 2020.

264CE, Section, n°395009, *M. Domenjoud*, 11 décembre 2015, Rec. p. 437.

Par ailleurs, en période d'état d'urgence sanitaire, où « *la condition d'urgence est un 'état' qui résulte de la législation en vigueur* », la condition de l'urgence est réputée comme acquise « *en application de la législation qui institue ce régime d'exception pendant une durée déterminée* »²⁶⁵. Or, le juge des référés ne semble pas tenir compte de cette considération pourtant cruciale qui aurait permis un accès au prétoire plus large pour les justiciables.

Ainsi, cette conception traditionnelle de la procédure du référé retenue par les juges pendant la crise sanitaire « *a conduit le plus souvent au rejet des requêtes pour défaut d'urgence* »²⁶⁶. Ceci traduit donc une application stricte de la part du juge des référés des conditions prévues aux articles L.521-1 et L.521-2 du CJA.

B) L'inadaptation du contrôle mis en œuvre par le juge des référés

De manière générale et classique, le caractère manifeste de l'illégalité est difficile à démontrer lors d'un recours en référé (1). L'absence d'adaptation de cette voie de recours par le juge tend à démontrer que l'objectif de protection de la santé tend toujours à primer sur les libertés (2).

1) L'illégalité évidente de la mesure de police : un critère inhérent à la procédure de référé

Le contrôle de mesures de police par le biais du recours en référé est soumis à une condition tenant à l'évidence de l'illégalité. D'une part, en référé-suspension, cette illégalité se matérialise par la caractérisation d'un doute sérieux. Tandis que d'autre part, en référé-liberté, l'illégalité de la mesure de police est conditionnée à l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté.

Or, le caractère manifeste de l'illégalité n'est pas aisé à démontrer. À cet égard, le juge des référés a par exemple considéré que le maintien de la fermeture au public des cinémas,

265 Jean-François de MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°54, *La Constitution et le temps*, 2017. Maître des requêtes au Conseil d'État, Jean-François de Montgolfier souligne la complexité qui existe à « *cerner la notion d'urgence en droit, notamment en droit public* ».

266 Nil SYMCHOWICZ, « Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police. Regard critique sur l'office du juge administratif », AJDA n°35/2020, 26 octobre 2020.

théâtres et salles de spectacles portait une atteinte grave à certaines libertés fondamentales, au titre desquelles figurent notamment la liberté d'expression, la liberté de création artistique ainsi que la liberté d'accès aux œuvres culturelles, la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie.

Toutefois, outre cette reconnaissance de gravité, le juge considère que l'atteinte portée à ces libertés fondamentales n'est pas manifestement illégale. Son raisonnement est le suivant :
« l'interdiction générale et absolue d'ouverture au public des cinémas, théâtres et salles de spectacles ne peut être regardée comme une mesure nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de préservation de la santé publique qu'en présence d'un contexte sanitaire marqué par un niveau particulièrement élevé de diffusion du virus au sein de la population susceptible de compromettre à court terme la prise en charge, notamment hospitalière, des personnes contaminées et des patients atteints d'autres affections »²⁶⁷.

Mais alors est-ce la protection de la santé publique, et derrière elle l'idée d'assurer la sécurité collective, qui justifient fondamentalement un contrôle si léger des mesures d'exception ?

2) L'objectif de protection de la santé : un horizon indépassable ?

Cet affaiblissement du contrôle de proportionnalité opéré par le juge amène à s'interroger sur le rapport des sociétés contemporaines avec la sécurité collective. Ces dernières années, cette dernière semble primer sur les droits et libertés prévus par l'État de droit. Or, comme le souligne pertinemment Madame Véronique Champeil-Desplats, des discours des pouvoirs publics ressort un attrait profond pour les questions sécuritaires. Par conséquent,
« l'État de droit s'en trouve progressivement réduit à une conception que l'on peut qualifier de formelle en ce qu'elle revient à affirmer que, dans le cadre de l'état d'urgence, ce concept signifie finalement que l'action de l'État est soumise au droit sans plus de considération du contenu de celui-ci. Bien plus, si considération du contenu il y a, c'est pour affirmer la primauté d'exigences sécuritaires »²⁶⁸.

267CE, Ord. Réf. N°449692, 26 février 2021.

268Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Aspects théoriques : ce que l'état d'urgence fait à l'État de droit », In. Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire

En effet, bien que des restrictions aux libertés soient envisageables et nécessaires pour protéger la santé de tout un chacun au sein de la société, des restrictions trop sévères déplace la portée de cet objectif. En effet, des moyens doivent être pensés en vue de garantir la sécurité de tous, mais il ne peut pas s'agir d'un objectif qui justifie la recherche d'un risque zéro, qui placerait la sécurité au dessus des droits et libertés.

Varenne, Colloques & Essais, 2018, p. 43.

Conclusion du Chapitre 2

Le traçage difficile des frontières de la notion de liberté d'aller et venir implique des variations, d'une part, s'agissant des garanties qui doivent y être apportées, lesquelles varient en fonction de l'intensité de l'atteinte portée à l'exercice de la liberté. D'autre part, ce flou se répercute sur la protection juridictionnelle dont elle se doit de bénéficier. Protection qui peut être amoindrie dès lors que l'intensité de l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir est susceptible de la transformer en liberté individuelle à partir d'un certain seuil. Ces considérations affectent la compétence du juge, lequel n'est par conséquent pas clairement défini compte tenu du caractère incertain de la distinction entre liberté d'aller et venir et liberté individuelle. Cette difficulté transparaît lors des contrôles opérés sur le dispositif de l'état d'urgence sanitaire ainsi que sur les mesures qu'il permet d'adopter.

Les juges constitutionnel et administratif ont été les plus mobilisés pendant la crise sanitaire. Les saisines du Conseil constitutionnel des lois relatives à l'état d'urgence sanitaire éclairent quant à la constitutionnalité de ce régime d'exception, bien que la disposition législative qui le fonde n'ait pas été contrôlée. Complémenté par le contrôle de légalité du juge administratif, les garanties de l'exercice de la liberté d'aller et venir sont en théorie renforcées. Or, la pratique fait état d'un constat moins enthousiasmant. Constat qui s'explique sûrement par l'objectif de protection de la santé publique, lequel ne devrait toutefois pas porter des atteintes injustifiées et illimitées aux libertés dans un souci de primauté de la sécurité collective.

Conclusion générale

In fine, la difficulté est double : d'une part, lorsqu'un événement inédit ou du moins exceptionnel survient à un moment donné, la lutte contre la menace se fait dans l'urgence. Des mécanismes juridiques institutionnels se mettent rapidement en place, faisant abstraction des règles et procédures du droit positif qui assurent la sécurité juridique et la stabilité de l'État de droit. D'autre part, quand bien même l'épidémie de Covid-19 ne soit pas la première à laquelle les autorités et institutions ont été tenues de faire face, celle-ci est considérée comme tout à fait exceptionnelle, extraordinaire, justifiant le recours à des moyens, notamment de police, davantage conséquents. La protection de la santé publique semble réellement être envisagée comme un horizon infranchissable.

Si la fabrique législative de l'état d'urgence sanitaire a encadré ce dispositif d'exception, le recours à un tel mécanisme, d'autant plus lorsqu'il est fréquent, fragilise l'État de droit, la démocratie, l'exercice de nos droits et libertés les plus fondamentaux. Constitutionnaliser un tel dispositif, comme cela avait été proposé s'agissant de l'état d'urgence sécuritaire, et qui est également souhaité pour son homologue sanitaire, permettrait de ne pas pouvoir recourir aussi facilement à ce régime d'exception.

Bibliographie

I. Ouvrages

1) Manuels

- Xavier BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, 6^e éd., 2020, 1020 p.
- Francis HAMON, Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 41^e éd., 2020, 900 p.
- Jacques ROBERT, Jean DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 8^e éd., 2009, 908 p.

2) Ouvrages collaboratifs, monographies

- Olivier BEAUD, Cécile GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence : une étude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, Systèmes Perspectives, 2^e éd., 200 p.
- Katarzyna BLAY-GRABARCZYK, Laure MILANO (dir.), *Le nouveau cadre législatif de la lutte contre le terrorisme à l'épreuve des droits fondamentaux*, Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2017, 210 p.
- Manuela BRILLAT, Antonin FORLEN, Célia HOFFSTETTER, Nicolas KILGUS (dir.), *Le droit face à l'urgence*, Mare et Martin, Droit & Science politique, 2016, 235 p.
- Paul CASSIA, *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016, 252 p.
- Florence CHALTIEL TERRAL, *Le Conseil d'État, acteur et censeur de l'action publique*, LGDJ, 2017, 296 p.
- Marie-Odile DIEMER, Xavier LATOUR, Pauline TÜRK, Christian VALLAR (dir.), *Le juge et la sécurité nationale*, Mare et Martin, Droit de la sécurité & de la défense, 2019, 274 p.
- Pauline GERVIER (dir.), *La sortie de l'état d'urgence*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020, 164 p.
- Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut universitaire Varenne, Colloques & Essais, 2018, 388 p.
- Xavier MAGNON, Richard GHEVONTIAN, Marthe STEFANINI (dir.), *Pouvoir exécutif et Parlement : de nouveaux équilibres ?*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – P.U.A.M., Révision constitutionnelle, 2012, 560 p.

- Pascal MBONGO (dir.), *L'état d'urgence, la prérogative et l'État de droit*, Paris, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 2017, 416 p.
- Hélène PAULIAT, Eric NEGRON, Laurent BERTHIER, *Justice et Etat de droit. Regards sur l'état d'urgence en France et à l'étranger*, PULIM, 2017
- François PILLET, *Le Sénat, gardien des libertés*, Mare et Martin, Ecrits parlementaires, 2017, 262 p.
- Jacques DE LA PORTE DES VAUX, Yoann GONTHIER LE GUEN, Vadim JEANNE, Charles PRELOT (dir.), *Droit et crise(s)*, Mare et Martin, 2021, 240 p.
- Thierry RENOUX (dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, La Documentation française, 2011, 396 p.
- Karine ROUDIER, Albane GESLIN, David-André CAMOUS , *L'état d'urgence*, Paris, Dalloz, 2016, 262 p.
- François ROUSSEAU, Karine FOUCHER (dir.), *Les réponses du droit aux crises sanitaires*, L'Harmattan, 2016, 300 p.

II. Thèses et mémoires

- Pauline GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ, Collection des Thèses, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2014, 540 p.
- Cédric ROULHAC, *L'opposabilité des droits et libertés*, Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, 2018, 712 p.

III. Revue

- Les Cahiers de l'AFAAIDC, *Les droits fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ?*, Politeia, Revue semestrielle de Droit constitutionnel comparé, n°30, 2016

IV. Articles, interventions

- Audrey BACHERT-PERETTI, Xavier MAGNON, Thierry RENOUX, Ariane VIDAL-NAQUET, Annabelle PENA, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n°124, 2020, pp. 905-953
- Didier BIGO, Laurent BONELLI, « Ni Etat de droit, ni Etat d'exception. L'état d'urgence comme dispositif spécifique ? », *Cultures & Conflits*, n°112, 2018, pp.7-14

- Xavier BIOY, « Pouvoir réglementaire et confinement en état d'urgence sanitaire », Dalloz, *AJDA*, 2020, p.2444
- Paul CASSIA, « La question prioritaire de constitutionnalité, bijou ou camelote démocratique? », *Le Blog de Paul Cassia*, 26 novembre 2020.
- Florence CHALTIEL, « À propos de l'état d'urgence sanitaire, textes et contextes », *Les Petites Affiches*, n°180-181, 2020, p.16
- Jean-Philippe DEROSIER ; Emmanuel CARTIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques (janvier 2020 à juin 2020), », Titre VII [En ligne], n°5, *La sécurité juridique*, octobre 2020.
- Fabrice DI VIZIO, « Vers une judiciarisation de la crise sanitaire du coronavirus », *Les Petites Affiches*, n°116, 2020, p.3
- Benoît DUBREUIL, « Etat d'exception, Homo sacer de Giorgio Agamben, Paris, Éditions du Seuil, 2003, 153 p. », *Politique et Sociétés*, volume 23, n°1, 2004, p. 199-203
- Nicolas Ferran, « Combattre la surpopulation carcérale et l'indignité des conditions de détention. Dans les coulisses d'une « guérilla contentieuse ». », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 février 2021, consulté le 03 mars 2021
- Jacques FIALAIRE, « La validité des règles de confinement prises dans le cadre de la campagne de lutte contre la propagation du coronavirus », *Les Petites Affiches*, n°086, 2020, p.12
- Antonin GELBLAT, Laurie MARGUET, « Etat d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'Homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 20 avril 2020
- Valérie GOESEL-LE BIHAN, « Conseil constitutionnel et état d'urgence : état des lieux », Dalloz, *AJDA*, 2017, p.2033
- Valérie GOESEL-LE BIHAN, « La décision n°2020-808 DC et le contrôle de l'objectif poursuivi par le législateur », Dalloz, *AJDA*, 2020, p.2293
- Vincent GREGOIRE, « L'état d'urgence n'est pas l'état normal de l'État de droit », *Sens-Dessous*, n°19, 2017/1, p. 63-74
- Benard HILLEMAND, « La police sanitaire maritime française au XIXème siècle », *Histoire des sciences médicales – Tome XLVI – n°2 - 2012*

- Jean-Baptiste JACOB, « À propos d'un inédit familial : le contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire », *Les Petites Affiches*, n°085, 2020, p.6
- François JULIEN-LAFERRIERE, « L'état d'urgence : un danger potentiel pour les libertés », *Les Petites Affiches*, n°145, 2016, p. 12
- Bruno LASSERRE, « Le Conseil d'État au temps du coronavirus », *Les Petites Affiches*, n°096, 2020, p.3
- Gaëlle MARRAUD DES GROTTES, « Prolongation de l'état d'urgence sanitaire : ce que contient finalement la loi », Wolters Kluwer France, 2020
- Rodolphe MESA, « Les restrictions à la liberté d'aller et venir, et les infractions liées à l'état d'urgence sanitaire et au Covid-19 », *Gazette du Palais*, n°14, 2020, p.23
- Thomas MESZAROS, « La *Revue stratégique* et les *Livres blancs* : la notion de crise », *Revue Défense Nationale*, 2018/1 (N° 806), p. 27
- Jean-François de MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n°54, *La Constitution et le temps*, 2017.
- Audrey MOREL SENATORE, « Le cadre juridique des pouvoirs de crise : du cadre général à l'état d'urgence sanitaire due au Covid-19 », *La veille de l'ENSOSP*, n°2020-11, PNRS.
- Louis NOUAILLE-DEGORCE, « L'expertise scientifique au défi de la crise sanitaire », *Les Papiers de recherche de l'ENA*, Coll. Administration et gestion publiques, 2020.
- Ludovic PAILLER, « StopCovid : la santé publique au prix de nos libertés ? Brèves observations sur l'application de traçage numérique », *Recueil Dalloz*, 2020, p.935
- Xavier PIN, « Chronique de jurisprudence de Droit pénal général », Dalloz, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°2, 2020, pp.289-302
- Arnold RAINER, « Méthodologie et mécanismes institutionnels des états d'urgence et d'exception », In : *Annuaire International de justice constitutionnelle*, 24-2008, 2009. Constitution et famille(s) – Urgence, exception et Constitution, pp. 417-428
- Olivier RENAUDIE, « La police sanitaire : un outil au service de la lutte contre le Coronavirus », *Civitas Europa*, 2020/2 (N° 45), p. 43-55
- François SAINT-BONNET, « L'État d'exception. Présentation de l'ouvrage *L'État d'exception* », Paris, PUF (Léviathan), *Revue juridique de l'Ouest*, 2001, pp.233-247

- Nil SYMCHOWICZ, « Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police. Regard critique sur l'office du juge administratif », AJDA n°35/2020, 26 octobre 2020.
- Maïlys TETU, « La catégorie juridique des droits et libertés », RDLF 2021, Thèse n°01
- Patrick ZYLBERMAN, « Crises sanitaires, crises politiques », *Les Tribunes de la santé*, 2012/1, n°34, p. 35-50

V. Dictionnaires, encyclopédies

- Rémy CABRILLAC(dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, LexisNexis, 10^e éd., 2019
- Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 13^e éd., 2020

VI. Rapports, avis

- Rapport n°380 (2019-2020) de M. Alain MILON, fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, enregistré le 19 mars 2020.
- Rapport n°381 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, enregistré le 19 mars 2020.
- Rapport n°416 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale du Sénat sur le projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, enregistré le 4 mai 2020.
- Rapport d'information n°3053 fait au nom de la Mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19, présenté par M. Richard FERRAND, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juin 2020.
- Rapport n°540 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, enregistré le 22 juin 2020.

- Rapport n°582 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, enregistré le 1^{er} juillet 2020.
- Rapport d'information n°607 fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur les 10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats – Analyse des décrets et ordonnances (justice, intérieur, collectivités territoriales, fonction publique), enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juillet 2020.
- Rapport d'information n°608 fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juillet 2020.
- Rapport d'information n°609 fait au nom de la Commission des Lois du Sénat : Mieux organiser la Nation en temps de crise (justice, sécurité, collectivités et administration territoriale, élections) – Rapport final sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juillet 2020.
- Rapport d'information n°607 fait au nom de la Commission des Lois du Sénat sur les 10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats – Analyse des décrets et ordonnances (justice, intérieur, collectivités territoriales, fonction publique), enregistré à la Présidence du Sénat le 8 juillet 2020.
- Rapport d'information n°3633 fait au nom de la Mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19 (dotée des pouvoirs d'enquête), présenté par M. Julien BOROWCZYK et M. Eric CIOTTI, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 décembre 2020.
- Rapport n°199 (2020-2021), « Santé publique : pour un nouveau départ – Leçons de l'épidémie de Covid-19 » de Mme Catherine DEROCHE, M. Bernard JOMIER et Mme Sylvie VERMEILLET, fait au nom de la CE Évaluation des politiques publiques face aux pandémies, déposé le 8 décembre 2020.
- Rapport n°596 (2019-2020) de M. Philippe BAS, fait au nom de la Commission des Lois du Sénat 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, enregistré le 17 mai 2021.

VII. Colloques, conférences, séminaires

- Colloque virtuel des 30 et 31 mars 2020 – « Droit et coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles », organisé par Serge SLAMA, Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ

- Colloque virtuel du 19 novembre 2020 - « Les droits et libertés à l'épreuve de la COVID », organisé par l'Université d'Angers dans le cadre du projet *Pandemia* porté par le Centre Jean Bodin

- Cycle annuel de conférences 2021-2021 du Conseil d'État : « Les états d'urgence »

- Conférence inaugurale : 14 octobre 2020 – « Les états d'urgence : pour quoi faire ? »
- 2ème conférence : 9 décembre 2020 – « Les états d'urgence : quelles leçons de l'histoire ? »
- 3ème conférence : 3 mars 2021 – « Les états d'urgence : comment les pouvoirs publics s'y adaptent-ils ? »

- Séminaire alternatif virtuel : « Les états d'urgence : le rôle du Conseil d'État dans la protection des libertés », organisé par Serge SLAMA, Stéphanie HENNETTE VAUCHEZ, Paul CASSIA, Olga MAMOUDY

- 1ère séance : 14 octobre 2020 - « États d'urgence et Conseil d'État : contre-pouvoir ou co-producteur ? »
- 2ème séance : 9 décembre 2020 – « Le Conseil d'État et les libertés : remise en perspective historique »
- 3ème séance : 3 mars 2021 – « Le Conseil d'État et les libertés aujourd'hui : exemples choisis »

VIII. Index des avis et jurisprudences :

➤ **Conseil Constitutionnel**

- Cons. Const., Décision n°79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, JO du 13 juillet 1979, Recueil p. 31.
- Cons. Const., Décision n°80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, JO du 22 janvier 1981, p. 308, Recueil p. 15.

- Cons. const., Décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, JO du 26 janvier 1985, p. 1137, Rec. p. 43.
- Cons. const., Décision n°86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, JO du 30 juillet 1986, p.9393, Rec. p. 110.
- Cons. const., Décision n°92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, JO du 12 mars 1992, P. 3003, Recueil p. 48.
- Cons. const., Décision n°93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, JO du 18 août 1993, p. 11722, Recueil p. 224
- Cons. const., Décision n°94-352 DC, 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, JO du 21 janvier 1995, p. 1154, Recueil p. 170.
- Cons. const., Décision n°99-411 DC, *Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs*, 16 juin 1999, JO du 19 juin 1999, p. 9018, Recueil p. 75.
- Cons. Const., Décision n°2001-455 DC, 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, JO du 18 janvier 2002, p. 1053, Recueil p. 49.
- Cons. Const., Décision n°2015-527 QPC, 22 décembre 2015, *Assignment à résidence dans le cadre de l'état d'urgence*, JORF n°0299 du 26 décembre 2015, p. 24084, texte n°210.
- Cons. Const., Décision n°2017-624 QPC, 16 mars 2017, *M. Sofiyan I.*, JORF n°0065 du 17 mars, texte n°67.
- Cons. const., Décision n°2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, JORF n°0078 du 31 mars 2020, texte n°5.
- Cons. const., Décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n°0116 du 12 mai 2020.
- Cons. const., Décision n°2020-803 DC du 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, JORF n°0169 du 10 juillet 2020, texte n°2.
- Cons. const., Décision n°2020-808 DC du 13 novembre 2020, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*, JORF n°0277 du 15 novembre 2020, texte n°2.

- Cons. const., Décision n°2020-819 DC du 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, JORF n°0125 du 1^{er} juin 2021, texte n°2.

➤ **CEDH**

- CEDH, Requête n°7367/76, *Guzzardi c/ Italie*, 6 novembre 1980.
- CEDH, Requête n°14570/89, *Procola c. Luxembourg*, 28 septembre 1995.
- CEDH, Requête n°19675/06, *Villa c/ Italie*, 20 avril 2010.
- CEDH, Requête n°49933/20, *Terhes c. Roumanie*, 20 mai 2021.

➤ **Conseil d'État**

- CE, *Baldy*, 10 août 1917, Rec. Lebon, p. 638.
- CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651
- CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 208
- CE, Ass., 16 avril 1948, *Laugier*, Rec. 161 ; S.1948.36, concl. Letourneur
- CE, 23 octobre 1959, *Doublet*
- CE, Ass., 20 décembre 1995, *Mme Vedel, M. Jannot*
- CE, Ord. Réf., 9 janvier 2001, *Deperthes*
- CE, Section, n°395009, *M. Domenjoud*, 11 décembre 2015, Rec. p. 437.
- CE, Ord. Réf. N°439694, 24 mars 2020
- CE, Ord. Réf. N°439839, 31 mars 2020
- CE, Ord. Réf. N°445914, 20 novembre 2020
- CE, Ord. Réf. N°449692, 26 février 2021
- CE, Avis n°399873 sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, 18 mars 2020.
- CE, Avis n°400104 sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 1^{er} mai 2020.
- CE, Avis n°400322 sur un projet de loi organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire, 9 juin 2020.

- CE, Avis n°401419 sur un projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, 20 octobre 2020.
- CE, Avis n°401114 sur un projet de loi prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence sanitaire, 14 septembre 2020.
- CE, Avis n°401919 sur le projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et reportant la caducité des régimes institués pour faire face à la crise sanitaire, 11 janvier 2021.
- CE, Avis n°402632 sur un projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire, 21 avril 2021.