

Paris, le 13 juillet 2020

Observations sur la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire

La loi n° 2020-856 *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire* a été publiée au Journal Officiel le 10 juillet 2020.

Si les débats parlementaires ont été plus critiques sur la question des équilibres - ou des déséquilibres - entre respect des libertés individuelles et nécessité de gestion de l'épidémie de covid-19, entre « droits-créances » et « droits-libertés », il est néanmoins criant que « la légalité de crise » continue à briller de mille feux.

En effet, l'état d'urgence sanitaire est bel et bien prolongé contrairement aux apparences.

Cette loi transpire le dédain à l'égard de la séparation des pouvoirs. D'un côté, les autorités publiques conservent des pouvoirs exorbitants, et notamment ceux de réglementer la circulation des personnes, les conditions d'ouverture des établissements recevant du public ou encore les manifestations et rassemblements sur la voie publique, suspendant ainsi encore davantage des libertés fondamentales. De l'autre, les contre-pouvoirs continuent à être en voie de disgrâce, pour une durée sans cesse plus longue (jusqu'au 30 octobre 2020), à supposer que la promesse de temporalité limitée soit tenue, ce dont il est permis de douter sérieusement au vu du processus législatif à l'œuvre depuis le mois de mars 2020 et des normalisations en cours.

Le Syndicat de la magistrature reste convaincu, et a tenté de convaincre, que cette pandémie, si elle a percuté notre démocratie, ne doit pas abîmer notre État de droit. Ce choc sanitaire ne doit pas s'accompagner d'une défaillance politique, d'une frilosité institutionnelle, cédant à l'outillage d'exception et plaçant l'État dans une posture de légitime-défense conduisant à ce que nécessité fasse loi.

C'est ainsi que l'adoption de cette loi - que l'on peut déjà qualifier d'historique ou d'inédite tant elle porte en elle une hybridation juridique contre-nature - qui proroge en vrai l'état d'urgence sanitaire en feignant de ne pas le nommer, un « état d'urgence innommé »¹, révèle que les pouvoirs publics cèdent toujours à la concentration des pouvoirs, en déployant ici de nouvelles formes d'autoritarisme au nom de la santé de tous, ignorant que l'urgence laisse toujours des traces.

¹ Stéphanie Hennette-Vauchez, « l'état d'urgence innommé », *Libération* le 18 juin 2020

La notion inepte de « sortie d'état d'urgence sanitaire »

Par cette loi *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, après l'instauration d'un nouveau type de régime d'exception qu'est l'état d'urgence sanitaire, consacré dans un nouveau chapitre inséré dans le code de la santé publique, le gouvernement innove encore en créant un dispositif juridique exceptionnel.

Au temps de la législation de crise, le catalogue de l'exception s'étoffe et vire aujourd'hui à la rencontre du troisième type (si l'on comptabilise l'état d'urgence « anti-terroriste » en sus de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence*), tant il nous apparaît surnaturel de manipuler ainsi le droit le plus sensible avec intempérance en créant un mille-feuille législatif dérogatoire. Pour les spécialistes de la justice d'exception, cette loi fera - malheureusement - date.

La notion de « sortie d'état d'urgence », ou de « fin d'état d'urgence » comme cela était nommé dans le projet de loi initial, n'existe pas dans notre ordonnancement juridique.

L'état d'urgence sanitaire est déclaré, puis levé. Il est déclaré si les conditions définies par la loi sont réunies. L'article L. 3131-12 du code de la santé publique prévoit ainsi que « *L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ». Il est levé si les conditions fixées par la loi ne sont plus remplies conformément à l'article L. 3131-14 disposant qu'« *il peut être mis fin à l'état d'urgence sanitaire par décret en conseil des ministres avant l'expiration du délai fixé par la loi le prorogeant après avis du comité de scientifiques [...]* ».

Aussi, il n'existe pas de préparation à la sortie d'un état d'urgence. Il n'existe pas de phase transitoire de fin au sein d'un tel régime transitoire. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est prévu un dispositif de prorogation à l'article L. 3131-14 du code de la santé publique : « *La loi autorisant la prorogation au-delà d'un mois de l'état d'urgence sanitaire fixe sa durée* ». Autrement dit, il ne peut être conçu de transition dans la transition, sauf à ce qu'elle soit en réalité entendue comme une étape de pérennisation, ce que nous craignons d'ailleurs avec force et constatons déjà.

Le Gouvernement n'a eu de cesse d'arguer que la « sortie sèche » de l'état d'urgence sanitaire n'était pas « une voie responsable » au vu de la circulation toujours active du virus, que « seule une sortie maîtrisée » permettrait de répondre aux résurgences locales de l'épidémie et qu'il s'imposait par conséquent de « trouver un juste équilibre ». Ce faisant, le Gouvernement invente le concept de gradation dans l'exceptionnalité, fondée qui plus est sur la notion « d'incertitudes liées à l'évolution de la situation sanitaire »², en s'arrogeant des pouvoirs exorbitants au nom du « risque ». Pourtant, quel que soit le degré de vigilance et de réglementation à maintenir, il est dangereux de créer « du droit au cas où », lequel déborde le principe constitutionnel de précaution qui ne doit pas pour autant être réduit à « l'exception de la liberté de prendre des risques »³.

² Exposé des motifs du projet de loi *organisant la fin de l'état d'urgence sanitaire*

³ BARBIER (H.), *La liberté de prendre des risques*, Thèse de doctorat en droit privé, Université Paul Cézanne, 2009, § 322 et s

Cette loi, illustrant au passage la stratégie du « en même temps » de ce gouvernement, vient complexifier et ainsi fragiliser notre ordonnancement juridique : le retour au droit commun avec, en même temps, l'intégration dans le code de la santé publique de dispositions relevant de l'état d'urgence sanitaire ; la décision de ne pas proroger l'état d'urgence sanitaire mais, en même temps, d'intégrer les mesures les plus attentatoires aux libertés individuelles dans le droit commun, aboutit à maintenir une concentration des pouvoirs entre les mains du pouvoir exécutif et donc à déstabiliser les équilibres démocratiques, ce que n'ont pas manqué de dénoncer les observateurs attentifs. La Commission nationale consultative des droits de l'homme estime ainsi que cette loi « *tend à normaliser une approche policière de la santé publique, alors que les cas de contamination sont en net recul, et que les personnes contaminées peuvent bénéficier d'une prise en charge médicale appropriée* »⁴.

Une sortie d'état d'urgence ne s'organise pas, ne s'aménage pas, ne se décline pas : de par son caractère exceptionnel, il ne peut être transigé un « entre deux ». L'exception doit demeurer l'exception, et le droit commun, la règle.

La prorogation de l'état d'urgence sanitaire non justifiable aux termes de la loi elle-même

Cette loi acte que les conditions fixées par la loi du 23 mars 2020 ne sont plus réunies pour justifier la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, ce qui n'a d'ailleurs été contesté ni par le gouvernement, ni par la majorité parlementaire lors de l'examen du texte. En effet, nous ne sommes plus dans une situation de « *catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* » telle que définie par l'article L. 3131-12 du code de la santé publique.

Le Conseil scientifique a estimé, dans son avis du 8 juin 2020, « *que la circulation du virus en France a été fortement ralentie et que l'épidémie est contrôlée [...] l'amélioration de la situation et la dynamique à la fois hypothétique, localisée et probablement lente et maîtrisable d'une reprise de l'épidémie justifient [...] une sortie de l'état d'urgence sanitaire* ».

Certes, il existe un risque de recrudescence de l'épidémie et de résurgence de foyers épidémiques (« clusters »), mais ce risque, ce fondement putatif, ne peut justifier la prorogation de dispositions dérogoratoires du droit commun. Évidemment, des enjeux strictement sanitaires perdurent : il est impératif de continuer à être vigilants, voire en alerte, et ce faisant, de rappeler la nécessité de respecter les mesures barrières et les précautions sanitaires y compris les plus strictes si besoin. Force est de constater que la population, quand bien même elle a été soumise à la menace de contraventions, voire d'emprisonnement si elle ne disposait pas de justificatif de déplacement ou même d'un masque dans certains endroits, a généralement fait preuve de responsabilité aussi bien pendant le confinement que depuis le début du déconfinement (dans les transports, à l'école, lors des divers déplacements, au travail...).

Sauf qu'au-lieu de lever purement et simplement l'état d'urgence sanitaire, quitte à le réactiver plus tard - d'autant qu'un simple décret en conseil des ministres suffit - si l'état de catastrophe sanitaire advenait à nouveau, le gouvernement a préféré légiférer une fois de plus, en détournant de surcroît

⁴ Communiqué de presse de la CNCDH du 15 juin 2020, « une sortie de l'état d'urgence sanitaire en trompe l'oeil : les menaces sur les droits et libertés perdurent »

les principes de sécurité sanitaire et de précaution. Si l'épidémie retrouvait des niveaux sanitaires pouvant mettre en danger la santé publique, alors, comme a pu le dire le Conseil d'Etat dans son avis du 9 juin 2020 sur ce projet de loi, « *les dispositions du code de la santé publique relatives à la menace sanitaire prévues aux articles L. 3131-1 et suivants pourraient être activées. Si celles-ci s'avéraient insuffisantes, le Gouvernement aurait la faculté de déclarer l'état d'urgence sanitaire pour permettre aux autorités compétentes de recourir à l'ensemble des mesures autorisées en pareille circonstance, état d'urgence qui pourrait être prolongé au-delà d'un mois avec l'aval du Parlement* ».

Avec ce nouveau plan de crise, les pouvoirs publics cèdent à la crise, alors que le discernement, qui a tant manqué, s'impose. Le renforcement engagé des capacités sanitaires, l'approvisionnement en moyens de protection, la mise en œuvre de systèmes d'information de suivi de l'épidémie et les progrès réalisés dans la connaissance scientifique du virus justifient, désormais, que soit privilégiée une stratégie apaisée de lutte contre l'épidémie, reposant principalement sur le respect des mesures barrières, la mise en œuvre encadrée d'une politique de tests systématiques et la responsabilisation de la population en cas de contamination.

Un imbroglio juridique, conférant des pouvoirs toujours aussi exorbitants au détriment des libertés fondamentales

Un mille-feuille normatif - Cette loi organise un système « à la carte » qui s'apparente à un combo gagnant pour le pouvoir exécutif, puisqu'il multiplie les possibles, et par là renforce ses prérogatives, qui étaient déjà exorbitantes depuis le 23 mars 2020.

En effet, désormais, les autorités administratives disposent à la fois du cadre issu du droit commun, essentiellement défini dans le titre III « Menaces et crises sanitaires graves » du livre Ier de la troisième partie du code de la santé publique ; du cadre de l'état d'urgence sanitaire, en vigueur jusqu'au 1er avril 2021 conformément à l'article 7 de la loi du 23 mars 2020, et des nouvelles dispositions prévues par cette loi, étant précisé que cet éventail se double d'un système de combinaisons entre ces différents cadres juridiques.

En effet, prenons l'exemple du délit de réitération du non-respect des mesures prises dans le cadre de l'épidémie. La présente loi renvoie aux sanctions pénales prévues à l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, lui-même introduit dans ce code par la loi du 23 mars 2020 dans un chapitre distinct de celui de l'état d'urgence sanitaire. La méconnaissance de l'ensemble des interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 du code de la santé publique est ainsi toujours susceptible d'entraîner la verbalisation d'un individu, puis, en cas de réitérations, la caractérisation du délit prévu au quatrième alinéa de l'article L. 3136-1. Cette infraction pénale couvre ainsi des champs éparés, qui peuvent se confondre : celui des mesures fondées sur l'article L. 3131-1 (droit commun) ; celui des mesures fondées sur les articles L. 3131-15 à L. 3131-17 (état d'urgence sanitaire) et celui des mesures prises sur le fondement de la loi *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*.

Cette construction juridique, outre qu'elle étend les pouvoirs de police administrative, rend leur agencement beaucoup plus complexe et désordonné. Dans son avis du 18 mars 2020⁵, le Conseil d'État a considéré que la classification des prérogatives appartenant au Premier ministre et au ministre de la santé en période de crise sanitaire dépend de la gravité de celle-ci. En ce sens, « la menace sanitaire grave » permet au seul ministre de la santé de prendre les mesures réglementaires et individuelles exigées (article L. 3131-1) sous réserve des réquisitions réservées au Premier ministre et aux préfets (articles L. 3131-8 et 9) tandis que « la catastrophe sanitaire » avérée, ouvre au Premier ministre la possibilité de prendre les mesures les plus restrictives pour les libertés et de procéder aux réquisitions. Mais comme le relevait l'universitaire Arnaud Lami à la suite de l'adoption de la loi instaurant l'état d'urgence sanitaire, « la classification opérée selon la gravité et l'ampleur des menaces pour la santé publique repose sur des notions qui se superposent et qui n'excluent pas les interventions cumulées des diverses autorités compétentes. Cette articulation a donc peu d'effet au plan de la cohérence de l'action administrative ; il faut alors s'intéresser à l'articulation des mesures qui peuvent être adoptées, dans la mesure où les autorités nationales et locales sont contraintes à des interventions croisées ou cumulées »⁶.

A cet imbroglio, s'est ajoutée une profusion de mesures de police administratives locales. Comme nous l'avons déjà souligné dans nos précédentes observations sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, un véritable productivisme réglementaire a affecté quasiment l'ensemble du territoire français, touché par une véritable « fièvre administrativo-normative »⁷. Un régime de police administrative spéciale de masse s'est imposé, en ne répondant pas strictement à des impératifs de sécurité sanitaire tel qu'initialement compris, révélant ainsi que le cadre juridique dérogatoire choisi a décomplexé les autorités habilitées à ordonnancer au prix d'atteintes disproportionnées à nos libertés, ce qu'ont d'ailleurs évoqué le ministre de l'intérieur, puis le Président de la République lors de sa déclaration du 13 avril 2020 pour calmer la surenchère des édiles zélés (notamment en matière de couvre-feux, de port généralisé du masques, de pratiques sportives)⁸.

C'est dans un tel contexte de désordre que le Conseil d'État a modifié son standard d'examen en cas de concours de polices administratives spéciale et générale, en suspendant l'arrêté du maire de Sceaux du 6 avril 2020 qui obligeait à porter un masque sur la voie publique. Dans sa décision du 17 avril 2020⁹, le juge des référés du Conseil d'État a en effet retenu que les mesures locales supposent, pour être licites, « des raisons impérieuses liées à des circonstances locales » qui en « rendent l'édiction indispensable et à condition de ne pas compromettre, ce faisant, la cohérence et l'efficacité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'État ». Cette seconde condition cumulative est tout à fait inédite en ce qu'elle impose un devoir d'alignement des prérogatives locales avec les politiques publiques nationales relatives à la lutte contre la catastrophe sanitaire. Cette jurisprudence a suscité - à raison - un certain nombre de commentaires dénonçant le

⁵ CE, avis, 18 mars 2020, n° 399873, sur la loi d'état d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19

⁶ Arnaud Lami, « L'articulation des polices sanitaires depuis la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 », *AJ Collectivités Territoriales* 2020 p. 291

⁷ Hassina Mechaï, « Coronavirus sécuritaire. Sonder le coeur et les reins », *Ehko* 5 avril 2020

⁸ Camille Polloni, « Confinement : des maires et des préfets plus royalistes que le roi », *Médiapart*, 13 avril 2020

⁹ CE, ord., 17 avr. 2020, n° 440057, *Cne de Sceaux*

positionnement de la plus haute juridiction administrative agissant comme le « bouclier du gouvernement »¹⁰.

La prorogation de pouvoirs exorbitants - Au-delà de ce mille-feuille juridique poreux, ce nouveau cadre visant à « organiser la sortie de l'état d'urgence sanitaire » permet à l'Exécutif de conserver des pouvoirs exorbitants alors que l'urgence est censée être passée. Des pouvoirs d'autant plus exorbitants qu'ils sont intégrés - pour l'heure de manière transitoire, pour une durée de quatre mois - dans le droit commun. En apparence, la liste prévue à l'article 1er de la loi paraît plus réduite que celle de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, mais en réalité elle concerne des pouvoirs de police administrative, générale et individuelle, extrêmement étendus et surtout non justifiés au regard de la situation sanitaire actuelle.

L'article 1er I de la loi, qui a été pour beaucoup réécrit par le Sénat, lequel a eu la volonté « *de restreindre le champ d'application du dispositif transitoire créé par le projet de loi aux mesures strictement nécessaires à la gestion de la sortie de la crise sanitaire* », en supprimant notamment « *toute possibilité de prononcer des interdictions générales et absolues, tant en matière de circulation des personnes et des véhicules que de fermeture des établissements recevant du public et des lieux de réunion* »¹¹, liste les prérogatives du Premier ministre.

Ce dernier peut ainsi, par décret pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, « *dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19* » :

« 1° *Réglementer ou, dans certaines parties du territoire dans lesquelles est constatée une circulation active du virus, interdire la circulation des personnes et des véhicules, ainsi que l'accès aux moyens de transport collectif et les conditions de leur usage et, pour les seuls transports aériens et maritimes, interdire ou restreindre les déplacements de personnes et la circulation des moyens de transport, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé ;*

2° *Réglementer l'ouverture au public, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou de plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, à l'exception des locaux à usage d'habitation, en garantissant l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité.*

La fermeture provisoire d'une ou de plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunions peut, dans ce cadre, être ordonnée lorsqu'ils accueillent des activités qui, par leur nature même, ne permettent pas de garantir la mise en œuvre des mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus ou lorsqu'ils se situent dans certaines parties du territoire dans lesquelles est constatée une circulation active du virus ;

3° *Sans préjudice des articles L. 211-2 et L. 211-4 du code de la sécurité intérieure, réglementer les rassemblements de personnes, les réunions et les activités sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public ;*

¹⁰ Mathieu Touzeil-Divina, « Quand le Conseil d'Etat n'avance plus masqué pour réaffirmer qu'il est, même en juridiction, le Conseil « d'État » et non « des collectivités » », *Journal du Droit Administratif*, 18 avril 2020

¹¹ Rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat du 1er juillet 2020

4° Imposer aux personnes souhaitant se déplacer par transport public aérien à destination ou en provenance du territoire métropolitain ou de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution de présenter le résultat d'un examen biologique de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par le covid-19.

Le présent 4° ne s'applique pas aux déplacements par transport public aérien en provenance de l'une des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution qui n'est pas mentionnée dans la liste des zones de circulation de l'infection mentionnée au II de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique ».

Quand bien même le Sénat a réduit le cadre d'action des autorités publiques, force est de constater que leurs pouvoirs demeurent exorbitants du droit commun et surtout concernent les champs les plus attentatoires aux libertés individuelles. La comparaison entre l'article L. 3131-15 du code de la santé publique (dans sa version applicable jusqu'au 11 juillet 2020) et l'article 1er de la loi révèle de manière flagrante que les pouvoirs du Premier ministre, du ministre chargé de la santé et des préfets qui ont été supprimés - hormis celui ouvrant la possibilité de décider d'un confinement général de la population, sur lequel nous reviendrons plus loin - sont seulement ceux qui ont trait au domaine économique et à la réglementation des médicaments.

Les libertés de rassemblement, de réunion et d'aller et venir sont toujours en grande partie suspendues.

La prorogation des atteintes portées à des libertés fondamentales et notamment à la liberté de manifester - En maintenant un champ de compétences exceptionnelles si important, le Gouvernement confirme ses intentions hégémoniques exprimées depuis le début de la crise. Il faut se souvenir que le projet de loi initial d'instauration de l'état d'urgence sanitaire de mars dernier était particulièrement flou et surtout extrêmement large s'agissant des mesures susceptibles d'être prescrites par les autorités publiques. Elles autorisaient en effet le Premier ministre à prendre toutes « *mesures générales limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion et permettant de procéder aux réquisitions de tout bien et services* » ainsi que le ministre de la santé à prendre « *toutes les autres mesures générales et les mesures individuelles visant à lutter contre la catastrophe sanitaire* », sans que ni la nature de ces mesures, ni les conditions de leur mise en œuvre ne soient précisées. C'est le Sénat qui est venu circonscrire cette sphère en adoptant une liste de mesures de police, certes exhaustive, mais au contenu tout autant considérable, « *une rubrique de pleins pouvoirs* » pour reprendre les termes du président Philippe Bas. Il n'est d'ailleurs pas anecdotique de rappeler qu'en réponse au travail de coupe des sénateurs, le Gouvernement a au final obtenu de l'Assemblée nationale le vote d'un amendement reprenant une partie de son texte initial et permettant au Premier ministre de, « *en tant que de besoin, prendre par décret toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12 du présent code* ».

Or, qui dit pouvoirs exorbitants, dit libertés fondamentales neutralisées. Nombre d'observateurs l'ont d'ailleurs dénoncé tellement, « *concernant l'état d'urgence sanitaire, le nombre de droits et libertés annihilés ou paralysés, est tout bonnement impressionnant* »¹².

¹² Olivier Beaud, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception », Recueil Dalloz 2020 p. 891

L'atteinte portée au droit de manifester est révélatrice de cette asphyxie alors que le pouvoir exécutif affiche que l'état d'urgence sanitaire a été levé.

Il est totalement contradictoire que les parcs d'attractions, les centres commerciaux, les restaurants, les cafés et bars, les salles de cinéma et de spectacles aient pu reprendre leurs activités, mais que dans le même temps les rassemblements sur la voie publique, lieu d'expression collective et de mobilisation sociale si besoin, soient soumis à une réglementation qui ne peut qu'entraver la liberté de manifester. Ces contradictions s'accompagnent par ailleurs d'une insondable hypocrisie dans la gestion des manifestations qui ont eu lieu ces dernières semaines et qui ont été le théâtre de l'arbitraire de certains préfets.

L'article 3 du décret d'application du 10 juillet 2020 dispose que :

« I. - Tout rassemblement, réunion ou activité sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public est organisé dans des conditions de nature à permettre le respect des dispositions de l'article 1er.

II. - Les organisateurs des rassemblements, réunions ou activités mentionnés au I mettant en présence de manière simultanée plus de dix personnes adressent au préfet de département sur le territoire duquel la manifestation doit avoir lieu, sans préjudice des autres formalités applicables, une déclaration contenant les mentions prévues à l'article L. 211-2 du code de la sécurité intérieure, en y précisant, en outre, les mesures qu'ils mettent en œuvre afin de garantir le respect des dispositions de l'article 1er du présent décret.

Sans préjudice des dispositions de l'article L. 211-2 du code de la sécurité intérieure, le préfet peut en prononcer l'interdiction si ces mesures ne sont pas de nature à permettre le respect des dispositions de l'article 1er.

[...] V. - Aucun événement réunissant plus de 5 000 personnes ne peut se dérouler sur le territoire de la République jusqu'au 31 août 2020 ».

La lecture de ces dispositions révèle qu'une atteinte est encore portée à la liberté de manifester, le Gouvernement ayant si peu lâché malgré les fortes oppositions du Parlement et au gré des décisions du Conseil d'État.

Un bref récit chronologique de l'adoption de ces dispositions suffit à démontrer les intentions liberticides des autorités publiques en la matière.

Dans le projet de loi du 10 juin 2020, le pouvoir exécutif a eu l'audace de vouloir tout simplement - et radicalement - « limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature » alors qu'était pendant devant le Conseil d'État un référé (déposé par plusieurs organisations dont le Syndicat de la magistrature) visant à la suspension de l'article 3 du décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, réitérant l'interdiction des rassemblements, réunions ou activités sur la voie publique ou dans un lieu ouvert et mettant en présence de manière simultanée plus de dix personnes.

Malgré la décision du juge des référés du Conseil d'État du 13 juin¹³, suspendant l'exécution de l'article 3 du décret du 31 mai 2020, et l'espoir d'un retour au régime du droit commun de déclaration préalable, surtout à l'aune des déclarations du Président de la République le soir du 14 juin annonçant le retour en "zone verte" de l'ensemble du territoire national hormis la Guyane et Mayotte et la reprise quasi-totale des activités socio-économiques, dès le 14 juin, les autorités ont à nouveau eu l'audace de publier un nouveau décret.

Ce décret n° 2020-724 du 14 juin 2020 *modifiant le décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire* réaffirmait le principe d'interdiction des rassemblements sur la voie publique ou dans un lieu public mettant en présence de manière simultanée plus de dix personnes et instituant un régime d'autorisation pour ces manifestations, faisant ainsi fi de ce que le juge des référés a souligné l'absence de nécessité d'une telle interdiction générale et absolue compte tenu de ce que le régime de déclaration préalable qui résulte des dispositions du code de la sécurité intérieure permet d'atteindre les objectifs sanitaires poursuivis.

Comme par hasard, par ailleurs, le gouvernement faisait adopter le 17 juin 2020 lors des débats parlementaires devant l'Assemblée nationale examinant le projet de loi *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire* de nouvelles dispositions calquées sur ce nouveau décret, lequel était à nouveau attaqué devant le Conseil d'État.

Il est en effet essentiel de défendre le paradigme de droit commun : la liberté est le principe, l'interdiction l'exception dans un régime de déclaration préalable, alors que c'est l'inverse dans un régime d'autorisation préalable. De surcroît, concrètement, un régime d'autorisation préalable n'apporte, par rapport à un régime de déclaration, aucune valeur ajoutée pour la prévention des risques sanitaires inhérents à une manifestation. En effet, le régime de déclaration préalable est suffisant pour assurer la mise en œuvre des mesures barrières, pour permettre le contrôle de l'administration, et pour mettre cette dernière en mesure, dans le cadre de ses pouvoirs de police, d'interdire une manifestation qui aurait lieu dans des conditions qui ne permettent pas, d'emblée, d'assurer le respect de l'ordre public.

Et comme jamais deux sans trois, poursuivant sa stratégie du moins-disant, le pouvoir exécutif publiait un autre décret n° 2020-759 le 21 juin *modifiant le décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, ne modifiant qu'à la marge le précédent.

Enfin, par une nouvelle décision du 6 juillet 2020, le Conseil d'État suspendait pour la seconde fois les dispositions du décret du 14 juin prévoyant le principe d'interdiction des manifestations et le régime d'autorisation préalable, tout en maintenant l'interdiction des rassemblements de plus de 5.000 personnes.

Fort de ces décisions, le pouvoir exécutif a dû courber l'échine, mais n'en a pas moins maintenu le principe d'une « réglementation » des rassemblements sur la voie publique, qui pourrait, dans les faits, s'apparenter à une forme d'autorisation préalable face à des préfetures zélées.

¹³ CE, ord., 13 juin 2020 n° 441015

Des garde-fous démocratiques anémiés

Un contrôle parlementaire asthénique - La présente loi ne modifie aucunement l'étendue du contrôle parlementaire, les capacités de suivi et d'évaluation du Parlement demeurant indigentes et toujours en deçà des dispositifs de contrôle prévus par la loi du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence* telle que modifiée par loi 21 juillet 2016 (article 4-1) et dans le cadre de la loi *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* (SILT) du 30 octobre 2017 (article L. 22-10-1 du code de la sécurité intérieure), pourtant déjà eux-mêmes contestables.

Ainsi, l'article 1er de la loi maintient le dispositif de l'article L. 3131-13 alinéa 2 : « *L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* », étant indiqué que ce contrôle parlementaire ne porte que sur les mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire et pas sur les mesures d'adaptation pour lutter contre la Covid-19, à savoir les ordonnances de l'article 38. Comme nous l'avons déjà dénoncé, ce contrôle parlementaire se trouve asséché puisque seules les mesures réglementaires sont visées alors que la vitalité de l'information du Parlement réside en réalité dans l'évaluation des mesures individuelles. Or, « *ce contrôle politique a d'autant plus de raison d'être maintenu s'agissant d'ordonnances adoptées massivement, dans l'urgence, et qui modifient considérablement le régime de droit commun* »¹⁴.

Depuis le début de cette crise sanitaire, le Syndicat de la magistrature a demandé à ce que le Parlement soit associé à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire via une commission parlementaire *ad hoc* qui serait destinataire, régulièrement et pas seulement à sa demande, de l'ensemble des mesures générales et individuelles édictées par les différentes autorités administratives, et de réels outils d'analyse et de contrôle.

Pour l'heure, les rapports publiés par la mission *d'information sur la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19* à l'Assemblée nationale (un rapport comprenant deux annexes du 26 mai 2020) et la mission *de contrôle sur les mesures liées à l'épidémie de Covid-19* au Sénat (trois rapports des 2 et 29 avril 2020 et du 8 juillet), sont pour le moins insuffisants et ne peuvent décemment être considérés comme des outils d'évaluation, étant rappelé que le Parlement sera amené le 1er avril 2021, dans le cadre de la « clause de revoyure » prévue à l'article 7 de la loi du 23 mars 2020, à réexaminer intégralement ce nouveau régime d'exception. Certes, le Sénat s'est davantage organisé pour procéder à des auditions autour de sept thématiques (juridictions judiciaires et administratives, prisons et autres lieux privatifs de liberté, forces de sécurité intérieure, sécurité civile, outils numériques de traçage et protection des données personnelles, collectivités territoriales - administration déconcentrée de l'État et accès aux services publics au niveau local, élections), mais le travail élaboré s'assimile plus à de l'observation et du recensement qu'à de l'analyse de nature à nourrir des actions de contrôle. En outre, le contrôle du Sénat s'est trouvé largement entravé par le refus du gouvernement de lui communiquer certaines données, la chancellerie n'ayant, pas exemple, que très partiellement répondu au questionnaire qui lui était adressé sur le fonctionnement de l'institution judiciaire durant l'état d'urgence sanitaire. La Commission nationale consultative des droits de l'homme s'inquiète d'ailleurs que, « *n'ayant*

¹⁴ Manon Altwegg-Boussac, « La fin des apparences. A propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme-Actualités Droits-Libertés*, 10 avril 2020

requis aucun moyen de nature à lui permettre de remplir pleinement sa mission de contrôle de l'Exécutif dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire, le Parlement fonctionne a minima et que son rôle soit réduit par l'habilitation donnée au Gouvernement à adopter des ordonnances dans des domaines extrêmement vastes »¹⁵.

Il va sans dire que sans garde-fou institutionnel sérieux, c'est comme si les blancs-seings confiés au pouvoir exécutif étaient pré-co-signés¹⁶.

Sans tomber dans le pessimisme, nous avons du reste conscience qu'un contrôle parlementaire renforcé ne suffirait peut-être même pas à se prémunir contre le risque de pérennisation de dispositions censées n'être qu'exceptionnelles tant l'expérience de la loi SILT nous effraie. Il est en effet stupéfiant de constater que le ministre de l'intérieur a déposé le 17 juin 2020 un nouveau projet de loi visant à reporter les réexamens de la loi SILT du 30 octobre 2017 et de la loi relative au renseignement du 24 juillet 2015. Les motifs du gouvernement ne sont d'ailleurs même plus masqués, à savoir pérenniser les mesures liberticides que prévoient ces textes : *« les mesures autorisées par ces dispositions sont essentielles alors que la menace terroriste est encore particulièrement prégnante sur le territoire national. Or les circonstances sanitaires exceptionnelles résultant de l'épidémie de covid-19 ont conduit à la suspension de toutes les réformes en cours et entraîné des travaux législatifs supplémentaires et ne rendent pas possible l'organisation d'un débat serein et complet sur ces questions. Dans le délai ouvert par cette prorogation, un projet de loi viendra pérenniser ces dispositions mais également compléter ou modifier ces deux lois, afin de tenir compte des nécessaires évolutions induites par les besoins opérationnels »*.

La présente loi poursuit ainsi la mise au ban du Parlement, lequel ne sera de surcroît pas à nouveau consulté avant le 30 octobre prochain. En effet, ces dispositions nouvelles - censées n'être que transitoires - n'ont vocation à s'appliquer que jusqu'à cette date, étant indiqué que dans le projet de loi la date du 10 novembre 2020 avait été initialement prévue pour que cette « transition » soit d'une durée de 4 mois. Dès le début de l'examen du texte, les parlementaires l'ont réduite et se sont accordés sur cette date du 30 octobre en prenant en considération l'absence de session ordinaire parlementaire au Parlement en août et en septembre, ainsi que le renouvellement des instances du Sénat, au début du mois d'octobre.

La limitation dans le temps de ce dispositif législatif « en trompe l'œil » n'est qu'un nouveau leurre. Au délai de 12 jours (prévu par la loi du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence* pour sa prorogation) a tout d'abord été substitué un délai d'un mois, lequel a de suite été rallongé d'un mois lors de l'instauration de l'état d'urgence sanitaire (qui a été déclaré pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, soit jusqu'au 23 mai 2020 inclus), pour être ensuite prolongé d'une durée de deux mois (la loi n°2020-546 du 11 mai 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions* a prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020 inclus). C'est un délai de 3 mois et 3 semaines qui est cette fois voté, faisant ainsi du provisoire une boucle sans fin, rien n'interdisant le législateur à jouer à nouveau le maître du temps le 30 octobre 2020.

¹⁵ Avis de la CNCDH du 28 avril 2020 « Etat d'urgence sanitaire et Etat de droit »

¹⁶ Voir en ce sens Hélène Christodoulou, "L'État de droit déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire : menaces et encadrements », 13 mai 2020, *Observatoire de la justice pénale*

Un contrôle juridictionnel absent ou complaisant - Cette loi ne renforce pas davantage le contrôle juridictionnel, dont nous avons déjà dénoncé le caractère asséché dans nos précédentes observations. Les autorités administratives peuvent toujours prendre des mesures individuelles, sans les garanties reconnues en matière pénale (débat contradictoire préalable, échanges d'écrits préalables, contrôle juridictionnel...), le seul avis au Procureur de la République prévu à l'article 1er III de la loi apparaissant totalement insuffisant pour effectuer un contrôle effectif de la mesure.

S'agissant des mesures de quarantaine et d'isolement, le Conseil constitutionnel¹⁷ a - à raison - considéré que constituaient des mesures privatives de liberté les mesures, devant être soumises au contrôle du juge judiciaire, consistant en un isolement complet, lequel implique une interdiction de « toute sortie ». Il en va de même lorsqu'elles imposent 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.

Sous réserve des données statistiques qui n'ont pas encore été rendues publiques en la matière, le Syndicat de la magistrature observe que les juges des libertés et de la détention n'ont pas ou très peu été saisis de ce contentieux, en métropole. En l'absence de toute étude d'impact sur ce point, il s'avère malaisé d'expliquer ce constat.

Par ailleurs, durant cette crise sanitaire, le Conseil d'État a été frénétiquement sollicité par nombre d'associations ou de syndicats sur le fondement de l'article 521-2 du code de justice administrative. Il a été saisi de 230 recours en référé pour contester des mesures liées à la lutte contre la Covid-19, soit 4 fois plus que le nombre de référés reçus en premier ressort l'année passée sur la même période. Il a également été saisi pour rendre 232 avis sur des projets de texte du Gouvernement en lien avec la crise sanitaire, dont 31 projets de lois, 69 projets d'ordonnances et 115 projets de décrets réglementaires (soit près de 2 fois plus de projets de lois et 3 fois plus d'ordonnances que l'année passée sur la même période)¹⁸.

Dans ce foisonnement de décisions, le Conseil d'Etat a toutefois très peu œuvré comme juge protecteur des libertés fondamentales, contribuant à placer « l'Etat de droit en quarantaine »¹⁹. A cet égard, sa décision du 3 avril 2020²⁰ concernant la prolongation automatique des détentions provisoires fera tristement date. Nous ont laissés tout aussi pantois ses décisions concernant les centres de rétention administrative, l'assistance éducative, les sans-abris.

Surpassant son rôle de conseiller du Gouvernement, le Conseil d'Etat a joué les sauveurs de l'Exécutif. Il n'a en réalité eu de cesse de couvrir la stratégie nationale, laquelle s'est montrée quelque peu chaotique en début de crise, et à valider des promesses de l'administration²¹. Son ordonnance du 22 mars 2020 *Syndicat Jeunes Médecins* suscite à cet égard des inquiétudes

¹⁷ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 relative à l'examen de la loi *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*

¹⁸ Bilan de l'activité 2019 du Conseil d'État

¹⁹ H. Pauliat, « Détention provisoire prolongée de plein droit : l'Etat de droits en quarantaine ? », *JCP A* 2020

²⁰ CE, ord., 3 avril 2020, n°439877

²¹ En ce sens : Serge Slama, « Privations de liberté en temps de confinement : le Conseil d'Etat dans le talweg gouvernemental », *AJ Pénal* 2020 p.235 ; Paul Cassia, « Le Conseil d'Etat et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques ! », *Blog Médiapart*, 11 avril 2020

puisqu'elle illustre l'évolution du contrôle juridictionnel des mesures de police tendant à prendre davantage en compte les circonstances administratives au détriment de la protection des libertés. « *Alors que le référé-liberté a été instauré par la loi du 30 juin 2000 dans l'objectif de renforcer la mission de protection des libertés par le juge administratif, l'ordonnance du 22 mars témoigne d'une lente conversion et d'un détournement inédit des finalités même de cet instrument contentieux. Parce qu'elle met le juge dans une position paradoxale, tiraillé par des considérations souvent antagonistes, l'articulation du référé-liberté et du moyen tiré de la carence de l'autorité publique dans l'exercice de ses pouvoirs de police, le conduit à adopter une posture empreinte de pragmatisme qui le détourne de sa mission première* »²².

Comme durant l'état d'urgence sécuritaire entre 2015 et 2017²³, l'appareil juridictionnel a en quelque sorte intégré la logique d'exception et n'a eu que peu d'élan pour la neutraliser ou la cantonner au nom de la sauvegarde des droits fondamentaux.

Un droit commun adapté à la situation sanitaire actuelle et aux besoins du pouvoir exécutif

Un déconfinement se traduisant par un « retour à la normale » - L'argumentaire consistant à mettre en avant l'absolue nécessité d'une « transition » avant une « sortie sèche » de l'état d'urgence sanitaire entre en contradiction avec la stratégie de déconfinement qui s'est traduit dans les faits à un quasi-retour à la normale. Comme le résume le rapporteur du texte au Sénat, plusieurs phases se sont succédées :

- la première phase, qui a duré du 11 mai au 1^{er} juin, s'est traduite par la levée des mesures les plus restrictives en termes de libertés individuelles, au premier rang desquelles l'interdiction généralisée de sortie du domicile. Il a également été procédé à la réouverture de plusieurs catégories d'établissements recevant du public, de manière toutefois différenciée selon l'exposition des départements au risque sanitaire. En contrepartie, de nouvelles mesures ont été imposées, parmi lesquelles l'interdiction, généralisée à tout le territoire, de se déplacer à plus de 100 kilomètres de son domicile, sauf en cas de motifs impérieux ;
- la deuxième phase a été engagée le 2 juin, et est restée en vigueur jusqu'à la date de présentation du présent rapport, soit le 22 juin. Elle s'est caractérisée par un nouvel assouplissement des mesures imposées à la population. Outre la levée de certaines interdictions de portée générale, dont l'interdiction des déplacements au-delà de 100 kilomètres, les différenciations territoriales se sont progressivement réduites au cours de cette période, à mesure de l'amélioration des situations sanitaires locales. Depuis le 15 juin, seuls deux départements, la Guyane et Mayotte, demeurent ainsi en zone orange et se voient, à ce titre, imposer des normes plus restrictives, notamment en termes d'ouverture des établissements recevant du public ;

²² Jeanne de Gliniasty, « La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars 2020 », *La Revue des droits de l'homme*, juin 2020

²³ En ce sens : Stéphanie Hennnette-Vauchez et Serge Slama, « Harry Potter au Palais royal ? La lutte contre le terrorisme comme cape d'invisibilité de l'état d'urgence et la transformation de l'office du juge administratif », *Les cahiers de la justice* 2017/2 n°2 p. 281

- une troisième phase a été annoncée par le Président de la République lors de son allocution du 14 juin et a débuté à compter du 22 juin. Elle marque une nouvelle étape vers un « retour à la normale » et se caractérise notamment par la réouverture complète des crèches et des écoles, la levée des interdictions de déplacement par voie aérienne vers certaines collectivités d'outre-mer, la réouverture de certains lieux de réunion (salles de cinéma, centres de vacances, établissements d'enseignement artistiques) ainsi que par un allègement des règles applicables dans certains transports (marchandises, taxi).

Le déconfinement s'est par ailleurs organisé selon une logique de différenciation territoriale en fonction de critères sanitaires (taux d'indice de nouveaux cas, facteur de reproduction du virus, taux d'occupation des lits de réanimation, taux de positivité des tests, vulnérabilité des territoires). Ainsi, selon les données communiquées à la commission des lois du Sénat, entre le 11 mai et le 14 juin, ont été pris 7.845 arrêtés préfectoraux, dont la majorité a porté sur des autorisations d'accès aux plages et aux plans d'eau (64 % du total des mesures) et des autorisations d'ouverture d'établissements recevant du public (24 %).

Aussi, il est frappant de voir en cette chronologie la réelle organisation de « sortie de l'état d'urgence sanitaire », le Premier ministre ayant même assuré, lors de l'annonce de la phase 2 du déconfinement, que « *la liberté [allait] redevenir la règle, et l'interdiction l'exception* ». Bref, la phase transitoire, tant arguée par le Gouvernement pour justifier l'adoption de cette loi, a en réalité déjà eu lieu.

Le socle béant de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique - Le principal argumentaire juridique qui a sans cesse été seriné par le Gouvernement et la rapporteure de la loi pour justifier la prorogation de tels pouvoirs dérogatoires se résume au fait que les dispositions du droit commun n'offriraient pas toutes les armes nécessaires aux autorités publiques pour continuer à contrôler la propagation de l'épidémie.

A en croire les pouvoirs publics, le maintien de la distance physique, les gestes barrières, le port du masque dans les transports en commun, les limitations de rassemblements publics ou encore la fermeture de lieux recevant du public ainsi que la réglementation aux frontières seraient, sans ces nouvelles dispositions, hors de leur portée à compter du 11 juillet 2020.

Cette affirmation - ou communication - est inexacte.

Dans l'hypothèse d'un regain de vigueur de la circulation du virus, l'arsenal législatif antérieur serait en effet suffisant pour maîtriser l'occupation des espaces publics, la circulation des personnes infectées ou susceptibles de l'être et optimiser les systèmes de soins.

Créé par la loi n°2004-806 du 9 août 2004 *relative à la politique de la santé publique* abrogeant l'ancien article L. 3114-4 du code de la santé publique, cet article L. 3131-1 prévoit un dispositif de police sanitaire de l'urgence, en disposant :

« 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 des menaces possibles sur la santé de la population. (ajout de la loi du 23 mars 2020 instaurant l'état d'urgence sanitaire) 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.

Le ministre peut habiliter le représentant de l'Etat territorialement compétent à prendre toutes les mesures d'application de ces dispositions, y compris des mesures individuelles. Ces dernières mesures font immédiatement l'objet d'une information du procureur de la République.

(ajout de la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire) 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.

[...] »

D'aucuns pourraient sérieusement opposer que le pouvoir de prendre, par décret, « 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 » ne couvre pas un champ de compétence étendu, que certains n'hésitent pourtant pas à qualifier d'« extraordinairement large »²⁴, et qui interroge au demeurant en termes de proportionnalité, étant indiqué que ce texte n'a jamais été soumis à l'examen du Conseil constitutionnel.

Il a toutefois été avancé qu'il importait d'une part, de compléter la compétence exclusive du ministre de la santé en matière d'urgence sanitaire et d'autre part, de consolider juridiquement les mesures édictées principalement par le décret de confinement du 16 mars 2020, s'appuyant sur la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles (rapport de Philippe Bas fait au nom de la commission des lois du Sénat). L'étude d'impact, qui avait proposé trois options envisageables, mentionne par ailleurs que la construction d'« un régime d'urgence sanitaire exceptionnel spécifique, distinct du mécanisme de l'article L. 3131-1 du CSP [...] a 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 CSP reste[nt] quant à elles applicables aux crises de moindre ampleur ».

L'ensemble de ces arguments demeure peu convaincant, surtout à l'aune de la radicalité du choix d'en face, celui d'une nouvelle législation d'exception.

Premièrement, comme le relève Stéphanie Renard, « d'une part, sur le plan juridique, rien n'empêchait le ministre de la santé de prendre les mesures exceptionnelles prévues par le décret du 16 mars, dès lors que celles-ci étaient justifiées par la nécessité « de prévenir et de limiter les conséquences [de la propagation du Covid-19] sur la santé de la population ». D'autre part, le texte laisse intactes les dispositions de l'article L. 3131-1 du CSP donnant au ministre de la santé le pouvoir de prescrire « toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu », compétence générale qui englobe nécessairement les mesures restrictives aujourd'hui listées à l'article L. 3131-15 du CSP »²⁵.

²⁴ Didier Truchet, « L'urgence sanitaire », *RDSS* 2007, p.411, cité par Stéphanie Renard, « Covid-19 et libertés : du collectif vers l'intime », *RDLF* 2020 chron. n°10

²⁵ Stéphanie Renard, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *RDLF* 2020 chron. n°13

Il a par ailleurs été rappelé par le Conseil d'Etat dans sa décision *Syndicat Jeunes médecins* du 22 mars 2020²⁶ que « *le Premier ministre peut, en vertu de ses pouvoirs propres, édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telle une épidémie avérée, comme celle de covid-19 que connaît actuellement la France* ».

Deuxièmement, la logique de gradation en fonction de la gravité de la situation sanitaire brouille au contraire - comme développé plus haut - la cohérence des actions à mener.

Troisièmement, la fragilité de la théorie des circonstances exceptionnelles - quoique que contestable dans son principe - n'a pas été démontrée dans les faits durant cette crise.

En effet, au début de la crise épidémique, les principales décisions des autorités ont été prises sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique : entre le 30 janvier et le 22 mars 2020, deux arrêtés des 30 janvier et 20 février ont organisé la mise en quarantaine pour quatorze jours des personnes ayant résidé à Wuhan (Chine) dans des centres d'hébergement situés dans les Bouches-du-Rhône et le Calvados ; par ailleurs, les rassemblements mettant en présence plus de 5.000 personnes ont été interdits par un arrêté du 4 mars, ceux de plus de 1.000 personnes par un arrêté du 9 mars et ceux de plus de 100 personnes par un arrêté du 13 mars ; puis, un arrêté du 14 mars, modifié à six reprises, a imposé la fermeture des salles de spectacle, des centres commerciaux, des restaurants et débits de boisson, des bibliothèques, des musées et des commerces à l'exception de ceux présentant un caractère indispensable et a suspendu l'accueil des usagers dans les structures dédiées à l'enfance et à l'enseignement scolaire et universitaire ; enfin et surtout, le confinement général a été décidé par le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 interdisant le déplacement de toute personne hors de son domicile sauf pour un nombre restreint d'exceptions encadrées par la nécessité de produire un document justifiant tout déplacement, ce décret ayant été modifié le 19 mars 2020 par un autre décret qui a ajouté trois exceptions à l'interdiction de déplacements hors de son domicile aux cinq initialement prévues.

Parallèlement, toujours avant l'instauration de l'état d'urgence sanitaire le 23 mars, sur le fondement des articles L. 3131-8 et L. 3131-9 du code de la santé publique, alors que « *l'afflux de patients ou de victimes ou la situation sanitaire le justifiait* », il a été procédé par décret aux réquisitions de produits et de professionnels de santé. Ainsi, un premier décret du 3 mars, modifié par un second le 13²⁷, a permis au Premier ministre de réquisitionner les stocks et les productions de masques de protection respiratoire et de masques anti-projections. Par ailleurs, un arrêté du 4 mars a permis de mobiliser la réserve sanitaire pour constituer des équipes d'intervention rapide et apporter un appui aux agences régionales de santé pour leurs missions de suivi et d'investigation autour des cas de personnes atteintes par le virus SARS-coV2. Cette réserve sanitaire a été créée par la loi n° 2007-294 du 5 mars 2007 en vue de répondre aux situations de catastrophe, d'urgence ou de menace sanitaires grave sur le territoire national. Elle représente un corps de 30.000 personnes volontaires mobilisables par les pouvoirs publics en vue de répondre à ces situations. Ce dispositif de renfort, en cas d'événement excédant les moyens habituels, est mis en œuvre par arrêté motivé du ministre chargé de la santé. Le représentant de l'Etat dans le département affecte les réservistes, par arrêté, dans un service de l'Etat ou auprès de personnes morales dont le concours est nécessaire. Plus

²⁶ CE, ord., n° 439674 du 22 mars 2020, point 2

²⁷ Jean-Marc Pastor, « La France « en guerre » contre le coronavirus », *AJDA* 2020, p. 596

encore, en cas de menace sanitaire grave, l'établissement public chargé de la gestion de la réserve sanitaire est habilité à acquérir, fabriquer, importer ou distribuer des médicaments ou des dispositifs médicaux sans avoir à se soucier des intentions des titulaires de droits ou, au besoin, en ayant recours au système de la licence d'office (articles L. 3135-1 al 2 et 3 du code de la santé publique).

Pour continuer cette liste non exhaustive de mesures prises en dehors d'un cadre dérogatoire, il est intéressant de mentionner que lors du Conseil de Défense et de Sécurité Nationale du 8 mars, le ministre de la santé a annoncé l'activation du Plan bleu dans les EHPAD sur le fondement de l'article D. 312-60 du code de l'action sociale et des familles (« *les établissements assurant l'hébergement des personnes âgées sont tenus d'intégrer dans le projet d'établissement mentionné à l'article L.311-8 un plan détaillant les modalités d'organisation à mettre en œuvre en cas de crise sanitaire ou climatique. Ce plan doit être conforme à un cahier des charges arrêté par les ministres chargés de la santé et des personnes âgées* »).

De la même manière, au plan local, si les maires n'ont pas été dotés par le législateur de prérogatives particulières, ils restent détenteurs des compétences de police générale que leur attribue, entre autres, le code général des collectivités territoriales. Ainsi, compétent pour « [...] *prévenir, par des précautions convenables, et [...] faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que [...] les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, [...] pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, [...] provoquer l'intervention de l'administration supérieure* » (article L. 2212-2,5° du code général des collectivités territoriales), le maire doit également veiller en cas de danger grave ou imminent à « *l'exécution des mesures de sûreté exigées par les circonstances* » (article L. 2212-4 du code général des collectivités territoriales).

C'est dire que sur la base d'un arsenal juridique très étoffé, les autorités publiques ont été en capacité de prendre dans l'urgence des mesures d'ampleur et très diversifiées. Honnêtement, seule la validité de la décision de confinement général de la population du 16 mars 2020, qui a été prise par le Premier ministre sur le rapport du ministre de la santé et du ministre de l'intérieur, visant « *les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19* », pourrait poser question. Cependant, pour y remédier, il aurait suffi de modifier l'article L. 3131-1 du code de la santé publique pour encadrer les prérogatives du ministre de la santé et sécuriser son action, y compris pour moduler les « gestes barrières » comprenant le port du masque. L'étude d'impact avait d'ailleurs évoqué cette option, de même que les sénateurs, en première lecture du présent texte, avaient adopté en ce sens un article supplémentaire 1^{er} bis A, lequel a été supprimé par la majorité à l'Assemblée nationale au motif qu'il était « *préférable d'inscrire cette question dans un débat global qui devra intégrer les travaux en cours dans les deux assemblées et les enseignements qui seront tirés de cette période transitoire* ». Le fait que le gouvernement utilise désormais, pour la présente loi, cette possibilité d'aménagement du code de la santé publique, ne vient que renforcer l'idée qu'il aurait pu faire autrement que d'instaurer un nouveau régime d'exception.

Cette justification est un aveu flagrant de ce que le droit commun pouvait parfaitement, dès le début de la crise, être aménagé à la marge pour affronter l'inédit de cette épidémie, et de ce que le choix du pouvoir exécutif d'opter pour un état d'urgence est révélateur d'une politique suprémaciste.

Le renforcement de la dimension disciplinaire des crises sanitaires

Le durcissement du champ pénal de la crise sanitaire - La présente loi prévoit en son article 1er VII que « *Les troisième à septième et les deux derniers alinéas de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique sont applicables aux mesures prises en application des I et II du présent article* ». Autrement dit, le délit de réitération du non respect des mesures édictées pour lutter contre l'épidémie s'applique toujours.

Pour rappel, selon le quatrième alinéa de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, tel que modifié par l'article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 : « *La violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. Si les violations prévues au troisième alinéa du présent article 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 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule* ».

Ces dispositions pénales ont été introduites par un amendement présenté en séance publique devant l'Assemblée nationale *in extremis*²⁸ par la Garde des Sceaux dans la nuit du 22 au 23 mars 2020, lequel amendement n'avait pas, à l'origine, fait l'objet d'un débat au sein de la Commission des lois, ni donné lieu à étude d'impact.

Lors de la mise en place du confinement, la seule sanction applicable était celle prévue par l'article R. 610-5 du code pénal, cette contravention générale applicable en cas de violation des décrets et arrêtés, soit une amende de 38 euros.

Puis, le décret n°2020-264 du 17 mars 2020 a créé une infraction particulière pour non-respect du confinement, une contravention de 4ème classe, prévoyant le dispositif de l'amende forfaitaire à hauteur de 135 euros.

L'infraction de mise en danger d'autrui prévue à l'article 223-1 du code pénal s'est quant à elle avérée totalement inappropriée pour fonder des poursuites sur ce terrain.

Finalement, alors le gouvernement faisait le fait le choix de créer un nouveau régime d'exception, la nécessité de créer de nouvelles mesures - plus répressives - pour sanctionner les personnes ne respectant pas les obligations et interdictions dérogatoires est apparue irrésistible à ses yeux.

A ce régime d'exception devait donc correspondre un droit pénal de crise. Ou plutôt un « droit pénal du danger »²⁹. Les non-observants, les contrevenants, sont en effet devenus dangereux, à tel

²⁸ Voir en ce sens les déclarations du député UDI, Jean-Christophe Lagarde, lors des débats parlementaires ayant taxé le gouvernement de vouloir procéder « par effet d'annonce » pour « faire du buzz sur BFM-TV »

²⁹ Jean-Baptiste Perrier, « Le droit pénal du danger », *Recueil Dalloz* 2020 p. 937

point qu'il est apparu nécessaire de les « neutraliser ». Cette logique de neutralisation se retrouve d'ailleurs dans les dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 relatives à l'exécution des peines puisque sont exclues du bénéfice des réductions de peine et des aménagements introduits, outre les condamnés pour des faits de terrorisme ou pour des faits de violences intrafamiliales, les personnes « *ayant eu un comportement de mise en danger des autres personnes détenues ou du personnel pénitentiaire, au regard des règles imposées par le contexte sanitaire [lié] à l'épidémie de Covid-19* ».

Rapidement ensuite, dans le souci de renforcer cette nouvelle police sanitaire, alors qu'aucune contravention de 5ème classe n'avait été incluse dans le champ de l'amende forfaitaire, le décret du 28 mars 2020 est venu fixer pour la première fois le montant de cette amende à 200 euros. Présenté comme un moyen d'en renforcer le traitement, cette forfaitisation a limité d'autant les velléités de contestation de ces amendes.

Il a également fallu - alors que des relaxes étaient prononcées au motif d'un détournement de fichier - adapter le fichier ADOC (Accès au dossier des contraventions), créé par un arrêté du 13 octobre 2004, utilisé pour constater cette nouvelle infraction. Son article 1^{er} énumérait de manière exhaustive les finalités assignées à ce fichier, à savoir le traitement des contraventions et délits routiers constatés et verbalisés électroniquement. Ne figurait donc pas au nombre de ces finalités celle de l'établissement d'une violation répétée des obligations de confinement, étant ajouté qu'il n'était pas non plus prévu l'utilisation de ce fichier pour les contraventions prévues par le code de la santé publique. Profitant d'une requête déjà initiée devant la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), le ministère de l'intérieur a alors surmonté cette irrégularité puisqu'un arrêté du 14 avril 2020 modifiant l'arrêté du 13 octobre 2004 prévoit désormais que ce fichier peut être utilisé pour « *les infractions faisant l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire* ».

Aussi, l'Exécutif a œuvré - certes dans la plus grande improvisation - pour construire des mesures répressives, qui, au-delà des questions de leur légitimité basée sur un prétendu effet dissuasif et de leur effet discriminatoire déjà constaté, créent une nouvelle forme de pénalisation de la présence dans l'espace public.

La pérennisation du champ pénal de la crise sanitaire - Le plus grave est que la dimension disciplinaire de l'état d'urgence sanitaire, mais aussi de toutes les menaces et crises sanitaires graves, s'inscrit définitivement dans la durée puisque cette incrimination pénale est intégrée dans le droit commun. En effet, l'article L. 3136-1 du code de la santé publique n'est pas inséré dans le chapitre Ier bis relatif à l'état d'urgence sanitaire, lequel est applicable jusqu'au 1^{er} avril 2020, mais dans le chapitre VI « dispositions pénales » du même Titre III « menaces et crises sanitaires graves ». Cela signifie en clair que ces dispositions pénales sont tout bonnement pérennisées, et ont vocation à s'appliquer pour tout non-respect aux mesures édictées en application des articles L. 3131-1, L. 3131-15 à L. 3131-17 du code de la santé publique et de la présente loi (étant indiqué que l'article L. 3136-1, dans sa rédaction antérieure au 23 mars 2020, prévoyait des sanctions en cas de non-respect des mesures prescrites seulement au seul visa des articles L. 3131-8 et -9 du même code).

Le décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prévoit notamment pour les territoires métropolitains que :

- les mesures d'hygiène définies en annexe 1 du décret et de distanciation sociale, incluant la distanciation physique d'au moins un mètre entre deux personnes, dites « barrières », définies au niveau national, doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance ;
- toute personne de onze ans ou plus qui accède ou demeure dans les véhicules ou dans les espaces accessibles au public et affectés au transport public de voyageurs doit porter un masque de protection, cette obligation s'appliquant également aux emplacements situés sur la voie publique correspondant aux arrêts et stations desservis par les véhicules de transport de voyageurs ;
- si le préfet a réservé, à certaines heures, eu égard aux conditions d'affluence constatées ou prévisibles, l'accès aux espaces et véhicules de transport public collectif de voyageurs, les personnes effectuant un déplacement doivent pouvoir présenter un document permettant de justifier le motif de leur déplacement, huit motifs dérogatoires étant prévus par ce décret.

Ce cadre répressif a été récemment validé le 26 juin 2020 par le Conseil constitutionnel³⁰ saisi de questions prioritaires de constitutionnalité que la Cour de cassation lui avait transmises en estimant que la disposition litigieuse était susceptible de porter atteinte aux principes de légalité des délits et des peines et de la présomption d'innocence, ce que le Syndicat de la magistrature a d'ailleurs porté avec d'autres organisations et juristes³¹. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a estimé que ni la notion de verbalisation (le fait de dresser un procès-verbal d'infraction) ni la référence « *aux déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux et de santé* » ne présentent de caractère imprécis ou équivoque. Le législateur n'a pas adopté des dispositions imprécises puisqu'il a retenu comme élément constitutif du délit le fait que la personne ait été précédemment verbalisée « *à plus de trois reprises* ». Notamment, ces dispositions ne permettent pas qu'une même sortie, qui constitue une seule violation de l'interdiction de sortir, puisse être verbalisée à plusieurs reprises. Il a par ailleurs considéré que les dispositions n'instaurent aucune présomption de culpabilité, puisque le tribunal correctionnel saisi en comparution immédiate apprécie les éléments constitutifs de l'infraction et notamment la régularité et le bien-fondé des précédentes verbalisations.

Cette décision, décevante tant sur le fond que sur la forme, signe à quel point le passage par un régime d'exception s'accompagne de nouvelles formes de pénalisation, dont les observateurs ont déjà pu constater les dérives au préjudice des personnes les plus démunies. Par exemple, comme l'a documenté Amnesty international³², l'application par la police des restrictions des déplacements dans le cadre de la pandémie de Covid-19 a renforcé les tendances déjà discriminatoires et illégales du maintien de l'ordre dans des quartiers défavorisés. En Seine-Saint-Denis, le département le plus pauvre de France métropolitaine, où la plupart des habitants sont originaires d'Afrique du Nord et de l'Ouest, le nombre d'amendes pour infraction au confinement était trois fois supérieur à celui du reste du pays. Le premier jour du confinement, 10% des contraventions ont été dressées en Seine-Saint-Denis. Par ailleurs, l'application des mesures de confinement a rapidement servi de prétexte au recours illégal à la force, ce qu'illustre Amnesty International par divers cas³³.

³⁰ Décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020

³¹ Voir en ce sens, la contribution extérieure, dite « la porte étroite », de L'Association de Défense des Libertés Constitutionnelles (ADELICO), la Ligue des droits de l'Homme (LDH), le Syndicat des avocats de France (SAF) et le Syndicat de la magistrature, auprès du Conseil constitutionnel sur la saisine n° 2020-800 DC du 9 mai 2020

³² Amnesty international, Police et pandémie, les mesures prises en Europe pour faire face à la pandémie de Covid-19 ont donné lieu à des violations des droits humains, 2020

³³ Amnesty international, Alerte sur les pratiques policières illégales pendant le confinement, 7 mai 2020

Si l'on conçoit que la protection de la collectivité contre les risques sanitaires de désordre exige l'usage de la réglementation et de la contrainte, celles-ci ne doivent toutefois pas aggraver la dimension sécuritaire de l'ordre public sanitaire.

Il n'est pas inutile de rappeler que la sécurité sanitaire a d'abord été conçue comme un droit de la personne, et notamment de la personne malade, issu du droit à la protection de la santé garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel s'est référé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 janvier 1991³⁴ pour consacrer la dimension collective du droit à la protection de la santé. Puis, comme l'a écrit Stéphanie Renard dans sa thèse³⁵, les pouvoirs publics ont, sous le double effet du sida et du drame de la transfusion sanguine, redécouvert cette fonction régaliennne d'ordre public sanitaire, trop longtemps négligée, mais avec notamment pour conséquence une inversion entre les notions de sécurité et de santé. Auparavant, la protection de la santé était un moyen de préserver la sécurité collective. Désormais, la protection de la santé est un objectif à part entière de la sécurité. Ce qui fait dire à Stéphanie Renard aujourd'hui : « *Nous sommes progressivement passés d'un impératif de défense sanitaire de la collectivité à la recherche de la sécurité pour la santé de chacun. Et cet objectif semble suffire à justifier d'importantes restrictions de liberté, y compris pour protéger les personnes contre elles-mêmes* ».

En privilégiant une approche disciplinaire de l'épidémie, les pouvoirs publics participent à la résurgence de la « délinquance sanitaire », avec une nouvelle figure de « l'ennemi »³⁶, lequel serait aujourd'hui le contrevenant aux règles de distanciation physique et sociale, voire le malade du coronavirus.

Le Syndicat de la magistrature a toujours attiré l'attention sur les risques de pérennisation et de banalisation de dispositions dérogatoires censées n'être que provisoires car nous savons d'expérience que tout régime d'exception sert de laboratoire de dispositifs acceptés en raison de la peur engendrée par l'urgence, en l'occurrence ici le risque sanitaire.

Est-il permis de discuter l'instauration même de l'état d'urgence sanitaire ?

Dès le début de la crise, le Syndicat de la magistrature a questionné le fait de savoir si l'urgence commandait de tomber dans le tropisme de l'exception et si le caractère paroxystique de la crise était lié à la propagation d'un virus potentiellement mortel ou au système de santé français en péril, notamment en raison de l'incurie assumée des politiques publiques de santé.

Après quelques mois de recul et la constatation d'effets néfastes (inflation réglementaire, atteintes disproportionnées aux libertés fondamentales, inégalités sociales renforcées, gardes-fous

³⁴ CC, n°90-283 DC du 8 janvier 1991 sur la loi *relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, dite « loi Evin »

³⁵ Stéphanie Renard, *l'Ordre public sanitaire (Etude de droit public interne)*, Droit. Université de Rennes I, 2008

³⁶ Notion de *droit pénal de l'ennemi*, forgée par Günter Jakobs pour parler de la législation antiterroriste allemande des années 1970-80

institutionnels déshonorés et déshonorants), il est permis de dire que le remède d'une suspension salvatrice de la loi a échoué. « Cette création d'un EUS, non indispensable à la lutte contre le coronavirus, est par rapport au droit existant un placebo juridique qui ne comporte aucune plus-value - ni en faveur des libertés, ni au bénéfice de l'ordre public sanitaire - de nature à solutionner la grave crise sanitaire que la France et près d'un tiers de l'humanité traversent »³⁷.

De façon plus théorique, cette nouvelle expérience doit nous forcer à repenser la légitimité de ce droit de suspendre le droit. Le droit de s'affranchir des lois, même momentanément, peut-il être ordonnancé ? Le droit de suspendre le droit doit-il être compris dans le droit ?

A la différence de l'état de siège (article 36 de la Constitution) ou des pouvoirs exceptionnels (article 16 de la Constitution), l'état d'urgence n'a pas de fondement constitutionnel ; il repose sur une réactivation de la loi du 3 avril 1955 dont la conformité au droit est incertaine. Conçu à l'origine pour être déclaré par une loi, l'état d'urgence peut, depuis l'ordonnance n°60-378 du 15 avril 1960, résulter d'un décret pris en conseil des ministres.

Il aurait été concevable de soutenir qu'une « catastrophe sanitaire » pouvait constituer une forme de « calamité publique », ce que plusieurs pays européens ont d'ailleurs considéré. « Il aurait suffi au président de la République de prendre un décret en conseil des ministres afin de « déclarer » l'état d'urgence et à son gouvernement de proposer dans la foulée une loi de prorogation qui aurait ajouté à la loi de 1955 le contenu des dispositions sur l'état d'urgence sanitaire figurant au titre 1er de l'actuelle loi du 23 mars 2020 ». Néanmoins, « une telle solution aurait eu pour inconvénient légistique la nécessité d'adopter, en plus de cette loi sur l'état d'urgence renforcée d'une dimension sanitaire, une autre loi comprenant l'équivalent des dispositions d'ordre économique et politique de la loi du 23 mars 2020. Il aurait donc fallu deux lois au lieu d'une, alors que le temps pressait. Mais cet inconvénient aurait été effacé par l'avantage qu'il y aurait eu à disposer, à propos de l'état d'urgence, d'une norme unitaire épousant les deux conditions de déclenchement de ce régime d'exception dorénavant modernisé : ordre public, d'une part, calamité publique, d'autre part. Bref, on aurait eu un genre, l'état d'urgence, avec deux espèces, sécuritaire et sanitaire, prévues dans deux titres formellement différents d'une même loi »³⁸.

Mais l'on voit bien que le ver est dans le fruit et que le recours - qui tend au réflexe ces dernières années - à la normativité *ad hoc* vire à la technocratie de l'urgence. En cela, les acteurs politiques, outre qu'ils sont les architectes de leur propre compétence, faillissent à deux niveaux.

D'un point de vue temporel : dans une vision très utilitariste de la sauvegarde de la société, reléguant derrière elle les droits de la personne humaine, le politique panique et cède à la temporalité de l'urgence angoissante. Didier Bigo le dit bien mieux : « L'état d'urgence anéantit la temporalité et le raisonnement à long terme. Il faut tout et tout de suite [...] Elle est exactement le contraire d'une politisation, elle est une dépolitisation par le recours à un imaginaire du temps zéro »³⁹.

³⁷ Paul Cassia, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique ? » *Blog Médiapart*

³⁸ Olivier Beaud, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception », *Recueil Dalloz* 2020 p.891

³⁹ Didier Bigo, « Les modalités des dispositifs d'état d'urgence », *Cultures & Conflits* 2019/1 n°113

Et d'un point de vue démocratique : cette gestion des inquiétudes, s'accompagnant d'une rhétorique guerrière du discours politique annihilant dès le départ tout rapport aux libertés fondamentales, se décline de façon technocratique dans une « co-production de l'état d'urgence par un gouvernement et une administration hyper active »⁴⁰ qui se conjugue avec un Parlement et un Juge faisant leur travail de supervision *a minima*.

A la question, « *peut-on concevoir un état d'exception qui ne vire pas à la dictature, un état d'exception sinon « démocratique », du moins maîtrisé par l'État de droit, maintenu dans un cadre tolérable du point de vue des droits de l'homme, « contrôlé » et contrôlable ?* »⁴¹, malheureusement, l'expérience présente illustre notre faillite, même s'il n'est pas question de s'affranchir de la réalité de notre époque, celle d'un âge de la vulnérabilité, d'une société du risque, à recouvrer la liberté.

La crise épidémique, un nouveau laboratoire de normalisation de l'exceptionnel

Les risques de contamination du droit commun par des dispositifs dérogatoires ont été maintes fois rappelés, surtout à l'aune de l'expérience de l'état d'urgence « anti-terroriste ». Cette loi *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, c'est un peu la loi « SILT bis » version sanitaire. L'état d'urgence n'est plus vraiment exceptionnel de sorte que nous serions condamnés à la gestion de crise permanente. La routine quoi.

Dès le début des débats parlementaires en mars, des interrogations ont été soulevées sur le choix initial du Gouvernement d'instaurer un régime pérenne d'état d'urgence sanitaire. Dans son avis du 18 mars 2020, le Conseil d'Etat a considéré qu'un tel dispositif devait être limité dans le temps, tout en proposant qu'un délai d'un mois soit substitué au délai de 12 jours prévu par la loi du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence* pour sa prorogation. Comme nous l'avons développé plus haut, c'est finalement pour une durée, supérieure, de deux mois que l'état d'urgence sanitaire a été fixé, avant une prorogation de sept semaines, tandis qu'aujourd'hui, le *deal* a été fixé jusqu'au 30 octobre prochain.

Du coup, les dégâts se propagent. Nous l'avons vu concernant la pérennisation du délit de réitération du non respect des mesures prises pour lutter contre l'épidémie de Covid-19. Mais d'autres champs sont contaminés. Dans le domaine du numérique par exemple, comme durant l'état d'urgence « anti-terroriste », ont été mises en avant des solutions technologiques pour résoudre les crises, avec un assouplissement des législations sur la collecte de données - dont la durée de conservation a été prolongée par la présente loi (article 3) -, la création de nouveaux fichiers et l'accélération du déploiement de certains projets. Durant l'épidémie de Covid-19, ce « solutionnisme technologique »⁴² a conduit à la création de l'application controversée StopCovid, des fichiers de suivi de l'épidémie SI-DEP et ContactCovid, l'accélération de la mise en place de la méga-plateforme de données de santé Health Data Hub ou encore au déploiement de drones de surveillance et de caméras de surveillance « intelligentes ».

⁴⁰ Voir en ce sens : Stéphanie Hennette-Vaucher sur la fabrique législative de l'état d'urgence

⁴¹ Jean-Claude Monod, Penser l'ennemi, affronter l'exception, *La Découverte*

⁴² Jérôme Hourdeaux, « L'extension sans fin du domaine du sécuritaire », *Médiapart*, 10 juillet 2020

Plus étonnant encore, par exemple, les conséquences en droit de l'environnement. Comme le soulignent Estelle Dantan, Vincent Louis et Aurèle Pawlotsky⁴³, le droit effectif à l'information, principe clé du droit de l'environnement, a ainsi été sérieusement atteint. En effet, un décret du 8 avril 2020 relatif au droit de dérogation reconnu au préfet a été adopté, permettant ainsi aux préfets de région et de département d'édicter des arrêtés préfectoraux individuels dérogeant aux « normes de l'administration de l'État » dans divers champs d'application, dont l'environnement. Ce texte généralise en réalité une expérimentation prévue sur deux ans, qui était en cours dans deux régions (les Pays de la Loire et la Bourgogne-Franche-Comté) ainsi que dans dix-sept départements, ouvrant ainsi aux préfets de nombreuses dérogations portant notamment sur l'obtention d'autorisation pour certains projets, la composition de commission consultative, l'obligation de consultation préalable, l'obligation d'étude d'impact pour installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE). Dans la même logique, le Gouvernement a profité de l'état d'urgence pour adopter une ordonnance (ordonnance n°2020-320 du 25 mars 2020) autorisant les opérateurs téléphoniques à ne pas informer les maires de l'installation d'antennes-relais, et donc leurs administrés, mais aussi à se passer de l'accord de l'Agence Nationale des Fréquences (ANFR) ; et le ministre de l'agriculture et de l'alimentation a décidé que jusqu'au 30 juin 2020, les distances d'épandage de pesticides pouvaient être réduites.

En clair, l'état d'urgence sanitaire a été utilisé par le pouvoir exécutif pour déroger à certaines normes environnementales. C'est dire que la prise de conscience écologique tant affichée par le gouvernement, en parallèle à l'adoption de cette loi *organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, n'est qu'une nouvelle tromperie.

Car c'est bien d'un droit écologique dont la France a besoin aujourd'hui plutôt que de ce prurit législatif mettant en danger notre État de droit.

⁴³ Estelle Dantan, Vincent Louis et Aurèle Pawlotsky, « Les conséquences de l'état d'urgence sanitaire en matière de droit de l'environnement », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*