

Études soumises à l'évaluation du comité de lecture

**Etat d'exception, état d'urgence, état de
siège: quelles implications pour les droits
fondamentaux?**

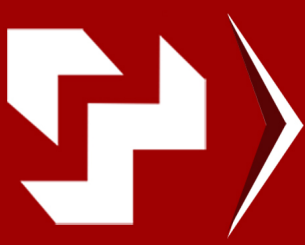
Abdelmalek El Ouazzani

LRCID-Faculté de Droit Marrakech

Tous droits
réservés



جميع الحقوق
محفوظة



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

La pandémie du Covid 19 a contribué à généraliser l'état d'urgence qui, de situation plutôt rare et exceptionnelle, est devenue mondialement partagée.

Cette généralisation incite à revisiter la production sur ce concept, ainsi que sur les concepts avoisinants d'état d'exception et d'état de siège.

Les trois ont en commun d'aboutir à une remise en cause de l'ordre juridique «normal», à une extension des pouvoirs de police et de réglementation générale au profit des autorités, de l'administration, ainsi que, parallèlement, et comme conséquence inévitable, à une réduction de l'espace des droits et libertés.

Nous avons tous, ainsi que les générations précédentes, été plutôt habitués à entendre parler, ou à vivre, d'état d'exception, d'état de siège, surtout après des coups d'Etats militaires, plutôt que d'état d'urgence, encore moins d'état d'urgence sanitaire puisque le XX siècle n'a connu comme pandémie que celle de la grippe espagnole et que celle du Covid 19 est la première du XXIème.

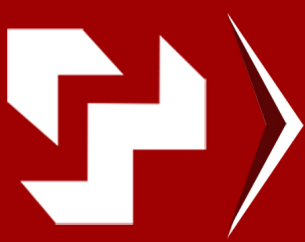
Si sans les trois cas, les pouvoirs publics, et plus exactement l'administration, se voient doter de pouvoirs exorbitants par rapport à la situation normale, le contenu et les implications de ces formes diffèrent sur un certain nombre de points. Ils diffèrent également quant aux causes qui ont amené à leur adoption, quant à leurs fondements juridiques, ainsi que sur l'étendue des pouvoirs octroyés aux autorités publiques, police et administration. C'est ainsi qu'un état de siège constitue une situation où l'on fait intervenir les militaires, en plus des forces de police, mais où les pouvoirs sont transférés aux militaires.

Concernant leurs fondements juridiques, l'état d'exception, ainsi que l'état de siège, ils sont toujours expressément prévus par la constitution alors que l'état d'urgence peut n'être prévu que par une loi. Ainsi, la constitution française prévoit l'état d'exception dans son article 16, et l'état de siège dans son article 36, et la constitution marocaine les prévoit respectivement dans ses articles 59 et 74 alors que l'état d'urgence, lui, ne se fonde, dans les deux cas, que sur une loi : la loi n°55-385 du 3 avril 1955, pour la France, et celle le Décret-loi n° 2-20-292 du 23 mars 2020 et les décrets lois n° 2-20-292 du 28 rejev 1441 (23 mars 2020) édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire et les mesures de sa déclaration, et n° f2-20-293 du 29 rejev 1441 (24 mars 2020) portant déclaration de l'état d'urgence sanitaire sur l'ensemble du territoire national pour faire face à la propagation du corona virus - covid 19¹, pour le Maroc.

Notre ambition est d'apporter quelques éléments qui puissent aider à clarifier ces concepts et, par là, d'apporter une pierre à l'édifice théorique qui reste à construire, si l'on se réfère à Giorgio Agamben qui a consacré un ouvrage à l'état d'exception, ouvrage très largement commenté et traduit dans plusieurs langues, y compris en langue arabe².

¹ Bulletin Officiel, N° 6870 - 8 chaabane 1441 2 avril 2020, p. 506

² *État d'exception, Homo sacer* de Giorgio Agamben, Paris, Éditions du Seuil, 2003, 153 p.



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

La difficulté de définition précise de chacun des types, et la difficulté de distinction entre eux est manifeste chez un grand nombre d'auteurs ; nous ne voulons en donner comme exemple que celle donnée par M.L. Basilien-Gainche: «Les états d'exception évoquent en revanche les anomalies et les crises, le dérèglement et l'extraordinaire. Ils peuvent être regardés comme des techniques juridiques à la disposition de l'État, qui répondent à des impératifs d'efficacité dans un contexte de guerre ou de crise et qui usent de méthodes de contrainte pour le maintien de l'ordre public. Il reste que ces techniques juridiques prévues par l'État doivent lui permettre d'atteindre la fin qu'il se propose de réaliser – à savoir l'État de droit –, en particulier en autorisant la concentration des pouvoirs et la restriction des droits.

Le parallèle entre État de droit et états d'exception met à jour de multiples oppositions : droit-exception, libertés-pouvoirs, ambitions-contraintes, aspirations-dispositifs, fins-moyens, autorité-domination, ordre--désordre...»³.

I. L'état d'exception : un régime, en principe, non attentatoire aux droits et libertés fondamentaux

La quasi totalité des constitutions dans le monde ont prévu le recours à l'état d'exception, et ce dernier a toujours eu, dans les pays qui l'ont déclaré, de causes politiques, tenant à la stabilité du régime en place.

La définition la plus simple et la plus claire de l'état d'exception se trouve être, à nos yeux, celle qui est proposée par Jean-Louis Corail ; «On désigne par «état d'exception» la situation dans laquelle se trouve un Etat qui, en présence d'un péril grave, ne peut assurer sa sauvegarde qu'en méconnaissant les règles légales qui régissent normalement son activité. L'organisation de l'État, en période normale, est conçue de manière à réaliser un équilibre entre les exigences du pouvoir et celles de la liberté ; elle ne convient plus lorsqu'il s'agit de faire face à un danger exceptionnel et que le besoin d'efficacité et de rapidité passe au premier plan»⁴.

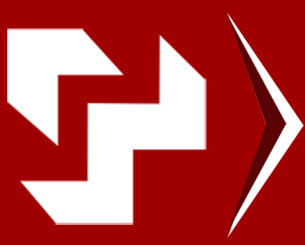
Le propre de l'état d'exception, c'est d'être une mesure adoptée en cas d'un péril grave pour l'Etat, une menace grave pour la stabilité du régime en place.

C'est une mesure, prévue, mais très peu utilisée dans les démocraties libérales; les rares cas de déclaration de l'état d'exception dans les démocraties occidentales, à la différence de l'état d'urgence qui tend à se généraliser d'abord avec les menaces terroristes qui n'épargnent aucun continent, puis avec l'actuelle pandémie.

La plus importante différence entre l'état d'exception et l'état d'urgence, c'est que les droits et libertés consacrés par la constitution demeurent garantis durant l'état d'exception, en plus du fait que le parlement n'est pas dissout. C'est ce qu'affirme l'article 59 de la constitution de 2011 dans son troisième alinéa : «Le Parlement ne peut être dissous pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Les libertés et droits fondamentaux prévus par la présente Constitution demeurent garantis».

³ Etat de droit et états d'exception ; une conception de l'Etat, Paris, PUF, 2013, p.9

⁴ Voir « Etat d'exception », EncyclopédiaUniversalis, <https://www.universalis.fr/encyclopedie/etat-d-exception/>, consulté le 13/6/2020 à 12 h 43.



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

La constitution française l'a prévu dans son article 16 qui dispose que «Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel», et l'alinéa 5 du même article dispose que «L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels».

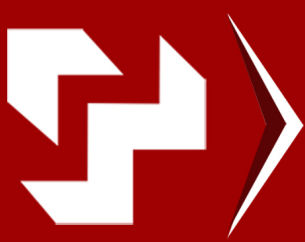
Le Maroc, quant à lui, a prévu l'état d'exception dans son article 59, selon lequel: «Lorsque l'intégrité du territoire national est menacée ou que se produisent des événements qui entravent le fonctionnement régulier des institutions constitutionnelles, le Roi peut, après avoir consulté le Chef du Gouvernement, le président de la Chambre des Représentants, le président de la Chambre des Conseillers, ainsi que le président de la Cour Constitutionnelle, et adressé un message à la nation, proclamer par dahir l'état d'exception. De ce fait, le Roi est habilité à prendre les mesures qu'impose la défense de l'intégrité territoriale et le retour, dans un moindre délai, au fonctionnement normal des institutions constitutionnelles». Le même article dispose que «La Chambre des représentants ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Les libertés et droits fondamentaux prévus par la présente Constitution demeurent garantis. Il est mis fin à l'état d'exception dans les mêmes formes que sa proclamation, dès que les conditions qui l'ont justifié n'existent plus», et c'est là un rapprochement avec la constitution française et une différence par rapport à la constitution de 1962 qui laissait la situation du parlement floue, ou encore par rapport à celle de 1992 qui ne parlait que de l'éventualité de la possibilité d'une telle dissolution puisque le même article 35 disposait: «L'état d'exception n'entraîne pas la dissolution de la Chambre des représentants». Ceci veut dire que le Souverain pouvait dissoudre cette chambre, mais qu'il pouvait aussi ne pas le faire.

Et c'est là une différence notable avec la rédaction de l'article 35 dans la constitution de 2011 qui interdit la dissolution pendant la période de l'état d'exception.

C'est ce qui d'ailleurs permet de parler, non de dissolution, mais uniquement de la mise en sommeil⁵ du parlement. Si le souverain avait décrété la dissolution, l'ancien article 35 ne pouvait plus être mis en œuvre complètement puisqu'il disposait que le Roi pouvait proclamer l'état de siège, après avoir consulté les présidents des deux chambres du parlement et adressé un message à la nation, ce qu'il a fait. Mais il ajoutait, également, qu'il était mis fin à l'état d'exception « dans les mêmes formes que sa proclamation », ce qui devenait de fait impossible, en cas de dissolution.

Mais le silence de l'article 35 de la constitution de 1962 sur la dissolution, comme sur la durée de l'état d'exception rendait possible la mise en œuvre de l'article 110 qui disposait que «Jusqu'à l'installation du

⁵ puisque, juridiquement le décret ne concernait que l'état d'exception. Et dans son discours, le Roi n'a pas parlé de dissolution.



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

Parlement, les mesures législatives et réglementaires nécessaires à la mise en place des institutions constitutionnelles et au fonctionnement des pouvoirs publics, seront prises par Sa Majesté le Roi».

La non dissolution du parlement durant l'état d'exception, prévue tant en France qu'en au Maroc, et partant dans les Etats africains francophone, nous autorise à affirmer que la généralisation opérée par Giorgio Agamben qui voit dans l'état d'exception non à une dictature, mais «un espace vide de droit, une zone d'anomie où toutes les déterminations juridiques, et avant tout, la distinction même entre public et « privé sont désactivées»⁶.

Cependant, «(...) l'état d'urgence ne se confond pas avec une théorie de l'État d'exception qui ferait presque automatiquement glisser les démocraties vers un régime autre, qu'on l'appelle autoritarisme, totalitarisme ou démocratie illibérale»⁷.

II. L'état d'urgence : un régime potentiellement liberticide ?

«Les états d'urgence ont leurs logiques propres qui rendent caduques de vouloir les placer du côté de l'État de droit ou de l'État d'exception»⁸. L'état d'exception peut, et c'est ce qui arrive généralement, se transformer en un état de non droit, dans ce sens que les rapports entre l'autorité et les citoyens ne sont régis, en général, que par des lois d'exception. Tout est perçu à travers de prisme de la sûreté et de l'ordre public, et nous savons combien cette notion est floue et tributaire pour son contenu de la réalité de la logique et de la nature de l'Etat⁹.

Il faut remarque que la notion d'urgence résultant d'un péril imminent n'est pas nouvelle pour le système juridique français ; déjà, en 1902, le Président Romieu, dans ses conclusions sur la décision «*Société immobilière de Saint Just*» définissait la situation d'urgence comme «*le péril imminent* » pour l'ordre public ; celle qui non seulement habilite mais aussi oblige l'administration à «*prendre des mesures provisoires et de pourvoir d'office à ce qui est nécessaire*»¹⁰.

Pour ce qui est du Maroc, Si la longévité de l'état d'exception pouvait s'expliquer par la situation de conflit pour la pouvoir entre le Roi et les partis d'opposition, et par l'instabilité menaçante à laquelle était confronté le régime, et la volonté affichée du Roi de reprise en main de la situation, afin d'imprimer définitivement sa marque,

⁶ Giorgio Agamben, «L'Etat d'exception », Le Monde du 12 septembre 2002, in Jean Claude Paye, «L'état d'exception : forme de gouvernement de l'Empire?», dans *Multitudes* 2004/2 (n° 16), pages 179 à 190, p. 12.

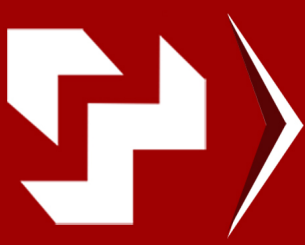
<https://www.cairn.info/revue-multitudes-2004-2-page-179.htm#>; consulté le 15 juin 2020 à 13h 45

⁷ Didier Bigo, Laurent Bonelli, « Ni Etat de droit, ni état d'exception. L'état d'urgence comme dispositif spécifique », «Cultures & Conflits», L'Harmattan, 2018/4 n° 112 | pages 7 à 14, p. 8

⁸Ibid

⁹C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre une décision, telle que celle de la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême » Propriété agricole Abdelaziz » qui date de mars 1970 alors que le Maroc était encore sous le régime de l'état d'exception prolongé de l'atrice¹¹⁰, la fin de cet état a été avec l'adoption de la constitution le 2' juillet 1970.

¹⁰Jean-François de MONTGOLFIER, « L'urgence et le conseil constitutionnel », in Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel, n°54, janvier ; <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/l-urgence-et-le-conseil-constitutionnel>, consulté le 20/06/2020 à 18h



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

au régime politique, la longévité de l'état d'urgence, en Egypte¹¹, s'explique, et est justifiée, par la lutte contre le terrorisme, mais aussi par la volonté du président, et derrière lui, l'armée de restaurer la marche « normale » de l'Etat, telle qu'elle a été insaturée par la révolution de 1952 qui donne la prééminence à l'institution militaire, et au président qui en est issu.

Le propre de l'état d'urgence, et c'est le cas même dans les régimes démocratique, c'est de donner aux autorités des prérogatives inacceptables en temps normal et qui se caractérisent par leur capacité de réduction drastique de l'espace des libertés.

En France, L'état d'urgence sanitaire a été déclaré par la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, pour deux mois, jusqu'au 23 mai 2020 inclus, par cette même loi. Il a été prolongé pour deux mois, avec l'autorisation du Parlement, après avis du comité de scientifiques.

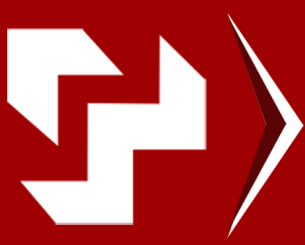
Il est vrai que, come le dit le défenseur des droits « La situation exceptionnelle de restrictions des libertés, introduite par l'état d'urgence, est compensée par un contrôle parlementaire et la possibilité de recours juridictionnels devant le juge administratif. Pour sa part, le Défenseur des droits reste particulièrement vigilant dans l'exercice de sa mission qui est de veiller au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, notamment au respect, par les agents chargées de la force publique, des règles de bonne conduite qui s'imposent en toutes circonstances à l'exercice de leur prérogatives »¹², mais il n'en demeure pas moins que les restrictions imposées à l'exercice des libertés sont justifiées par l'urgence.

Ainsi, la loi de 1955, fondement de l'état d'urgence déclaré en novembre 2015 et de celui de mars 2020, eu titre de l'urgence sanitaire, autorise :

-D'interdire la circulation des personnes ou des véhicules, -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, - de prononcer l'assignation à résidence, dans le lieu qu'il fixe, de toute personne résidant dans la zone fixée par le décret mentionné à l'article 2 et 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'obligation (pour les personnes suspectes) de se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie, selon une fréquence qu'il détermine dans la limite de trois présentations par jour, en précisant si cette obligation s'applique y compris les dimanches et jours fériés ou chômés, -d'assigner à résidence desdites personnes, ou l'interdiction pour elles d'entrer en relation avec d'autres,

¹¹ En Egypte, par exemple, l'état d'urgence a été renouvelé douze fois depuis les attaques perpétrées contre les églises à Tanta et au nord d'Alexandrie, et à chaque pour une période de trois mois, mais le pays vit aussi avec les lois d'urgence, qanun al-ahkam al-'urfiya qui reste la marque du régime militaire

¹²- Cf. «L'état d'urgence», <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/letat-durgence#loi>; consulté le 20/06/2020 à 1804 ; Sur ce même site du défenseur des droits, on peut consulter un résumé de la jurisprudence administrative de l'Etat concernant l'application de la loi d'exception en matière de libertés.



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

-de dissoudre par décret en conseil des ministres les associations ou groupements de fait qui participent à la commission d'actes portant une atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent, - d'ordonner la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, en particulier des lieux de culte au sein desquels sont tenus des propos constituant une provocation à la haine ou à la violence ou une provocation à la commission d'actes de terrorisme ou faisant l'apologie de tels actes, dans les zones déterminées par le décret prévu à l'article 2. Peuvent être également interdites, à titre général ou particulier, les réunions de nature à provoquer ou à entretenir le désordre. Les cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique peuvent être interdits dès lors que l'autorité administrative justifie ne pas être en mesure d'en assurer la sécurité compte tenu des moyens dont elle dispose.

Presque les mêmes dispositions sont prises côté marocain :

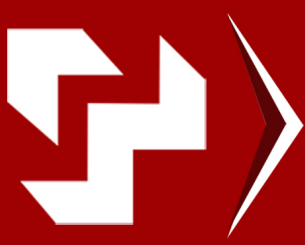
«(...) b) L'interdiction du déplacement de toute personne hors son domicile, sauf dans les cas d'extrême nécessité suivants : – le déplacement du domicile au lieu de travail, notamment les services publics vitaux, les entreprises privées, les professions libérales dans les secteurs et les établissements essentiels fixés par arrêtés des autorités gouvernementales concernées, sous réserve des règlements fixés par les autorités administratives concernées à cet effet; – le déplacement pour l'achat de produits et marchandises de première nécessité, y compris l'achat de médicaments auprès des officines; – le déplacement pour se rendre aux cabinets médicaux, cliniques, hôpitaux, laboratoires d'analyses médicales, centres de radiologie et autres établissements de santé, aux fins de diagnostic, d'hospitalisation et de soins; – le déplacement pour motif familial impérieux pour l'assistance des personnes en situation difficile ou qui ont besoin de secours. c) L'interdiction de tout rassemblement, attroupement ou réunion d'un groupe de personnes quel qu'en soit le motif. Sont exceptées de cette interdiction, les réunions tenues à des fins professionnelles, sous réserve de prendre les mesures préventives édictées par les autorités sanitaires ; d) La fermeture des commerces et autres établissements recevant le public pendant la période de l'état d'urgence sanitaire déclaré. Il ne peut être procédé à l'ouverture desdits commerces et établissements par leurs propriétaires que pour leurs seuls besoins personnels»¹³.

Les dispositions de l'état de siège qu'il soit politique, sécuritaire ou sanitaire sont donc différentes de celles de l'état d'exception car, si ce dernier prévoit que les droits et libertés demeurent garantis et que le parlement n'est pas dissout, le premier (l'état d'urgence) se caractérise par le détail des restrictions ; comme on peut le remarquer dans la rédaction du décret précité, l'interdiction de déplacement est générale, et ne sont détaillées expressément que les situations dérogatoires.

III. L'état de siège : un régime de transfert de pouvoirs aux militaires.

Cet état a pour effet dans une situation de crise qui consiste à transférer la totalité des pouvoirs aux militaires. En rance, cette situation est prévue par l'article 36 de la constitution qui dispose que « L'état de siège

¹³Article 2 du Décret du 24 mars 2020, B.O. idem, p.507



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

est décrété en Conseil des ministres. Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement ».

Au Maroc, l'article 74 dispose que « l'état de siège peut être déclaré, par dahir contresigné par le Chef du Gouvernement, pour une durée de trente jours. Ce délai ne peut être prorogé que par la loi ». Comme nous pouvons le remarquer, l'état de siège est, en France déclaré par une décision gouvernementale, un décret en Conseil des ministres alors qu'au Maroc, il l'est par Dahir. Par contre, il peut durer plus longtemps, avant son renouvellement éventuel par le parlement : trente jours, au lieu de douze.

Les libertés, pendant l'état de siège, sont extrêmement restreintes car ce qui le caractérise, c'est, d'abord, que l'armée prend en charge le contrôle de la sûreté publique, c'est ensuite l'interdiction de toutes manifestations, la limitation de la liberté de la presse et, surtout, le remplacement des tribunaux civils par les tribunaux militaires. Il va sans dire que les garanties procédurales d'un procès équitable ne sont assurées dans une telle situation. Il faut tout de même remarquer que sont inexistantes sont les démocraties libérales occidentales qui y ont eu recours. Pendant longtemps, l'état de siège a été la marque des régimes dictatoriaux militaires dans le Tiers Monde, et spécialement en Amérique Latine¹⁴ ; tous les Etats de ce continent l'ont expérimenté à une période de leur histoire, soit suite à des coups d'Etat militaires, soit à cause des guérillas, soit à cause de la lutte contre les narcotrafiquants. Mais l'Afrique¹⁵ a eu également sa part d'états de siège, ainsi que le monde arabe¹⁶.

IV-Le juge constitutionnel et administratif face à la loi d'urgence sanitaire en France

1. Le juge constitutionnel

Le juge constitutionnel marocain n'a pas encore eu à se prononcer sur la constitutionnalité de la législation sur l'état d'urgence pour la simple raison qu'il n'y a pas eu de saisine à son encontre.

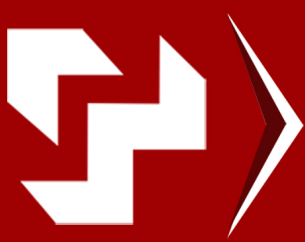
Dans sa décision n°2020_800 du 11 MAI 2020, le conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de certaines dispositions la loi n°2020-290 du 23 mars 2020, loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

¹⁴ Argentine, Chili, Colombie, Equateur, Guatemala, Uruguay, Venezuela, etc.

¹⁵ Tous les États africains qui ont connu des coups d'État ou des guerres civiles ont connu un état de siège, ce qui équivaut à presque tout le continent. « Depuis 1950 l'Afrique aura été le théâtre d'un total de 204 putschs, dont 104 échoués, 100 réussis, et 139 complots en vue de coup d'état. Déjà, entre 1960 et 1982 près de 90% des 45 Etats indépendants d'Afrique noire avait connu l'expérience d'un coup d'Etat, faisant pratiquement de celui-ci un véritable mécanisme institutionnel d'alternance politique. De 1960 à 1999 il y a eu entre 39 et 42 coups d'état par décennie. Tandis que la décennie 2000 est seulement marquée par 22 putschs en Afrique, et que pour la décennie 2010 seuls 16 sont enregistrés ». Cf. Alexe Fridolin Kitio, « L'Afrique et les coups d'état ou l'illusion de la putsch-thérapie » ;

https://www.researchgate.net/publication/332060887_Titre_L'Afrique_et_les_coups_d'etat_ou_l'illusion_de_la_putsch-therapie, consulté le 20/06/2020 à 18h15.

¹⁶ Egypte, Syrie, Irak, Yémen, Somalie, Djibouti, Soudan, etc.



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

Les articles contestés l'ont tous été pour l'atteinte qu'ils portaient, aux yeux des auteurs de la saisine du Conseil Constitutionnel, aux droits et libertés fondamentaux.

La question traitée est donc celle de la compatibilité d'une loi d'urgence, en l'occurrence sanitaire, avec le respect des droits fondamentaux.

C'est aussi celle de la difficile, mais nécessaire, conciliation entre les attributs de l'Etat de droit, d'un côté, et les exigences de l'intérêt général, de l'autre.

Si cette deuxième question est classique et a fait l'objet d'une large jurisprudence, tant constitutionnel qu'administrative, la première l'est moins pour le simple fait que les lois d'urgence constituent l'exception dans une société démocratique. Et c'est pour cette raison que le rôle du juge, constitutionnel, d'abord, et administratif, ensuite, est indispensable afin que les intérêts des personnes et ceux de l'Etat soient préservés, et qu'un équilibre nécessaire soit maintenu pour la survie même du système démocratique.

Dans un tel système, la saisine du juge constitutionnel, qu'elle soit directe, ou par voie d'exception (QPC), permet à ce dernier de jouer véritablement son rôle de protecteur de la légalité, et partant des droits fondamentaux consacrés par la constitution. Et comme il n'y a pas d'auto-saisine de la part du juge constitutionnel, et qu'il n'opère sa fonction que s'il est saisi afin de vérifier la conformité d'une loi, ou d'une partie de celle-ci, à la constitution, il est en cela tributaire de la vigilance et du souci de légalité chez les personnes ayant le pouvoir de saisine, ou chez les justiciables qui mettent en œuvre l'exception d'inconstitutionnalité.

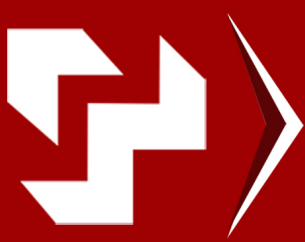
Il est certain que ce champ s'est élargi avec l'adoption, en 2008, de la procédure de Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) qui permet à tout justiciable d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi au cours d'un procès.

Mais pour le cas qui nous préoccupe, les requérants sont des sénateurs qui contestent la constitutionnalité de certaines dispositions des articles 1^{er}, 3, 5 et 11 de la loi du 23 mars 2020.

Concernant le paragraphe II de l'article 1^{er} qui introduit dans le Code de la Santé un article relatif aux conditions d'engagement de la responsabilité pénale en cas de catastrophe sanitaire, les sénateurs requérants soutiennent que ledit article méconnaîtrait le principe constitutionnel d'égalité devant la loi pénale, du fait qu'elles exonéreraient certains décideurs de toute responsabilité pénale.

Tout en rappelant l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, aux termes duquel, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse»; il s'agit là d'un principe constitutionnel puisque la déclaration de 1789 fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

Mais le Conseil Constitutionnel rappelle précise également que ledit principe « ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente »; ce qu'il peut et doit faire parce que la constitution lui impose l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale (10).



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

Après avoir rappelé les dispositions de l'article 123 du code pénal, et notamment des troisième et quatrième alinéas qui définissent les conditions du délit non intentionnel, le Conseil Constitutionnel, estime que «en application de l'article L. 3136-2 du code de la santé publique, l'article 121-3 du code pénal est applicable «en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur»(12). Il en conclue que les dispositions contestées sont conformes à la constitution, et qu'elles ne sont pas entachées de compétence négative puisqu'elles « ne diffèrent pas de celles de droit commun et s'appliquent de la même manière à toute personne ayant commis un fait susceptible de constituer une faute pénale non intentionnelle dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire ».

Le plus important, pour notre propos, c'est que le conseil constitutionnel confirme, encore une fois sa ligne jurisprudentielle qui consiste à s'affirmer gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis, mais, en même temps, à se montrer soucieux de ne pas aller à l'encontre de l'intérêt public et de la sauvegarde des «objectifs de valeur constitutionnel»: «La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée garanti par cet article 2, la liberté d'entreprendre qui découle de cet article 4, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration»¹⁷.

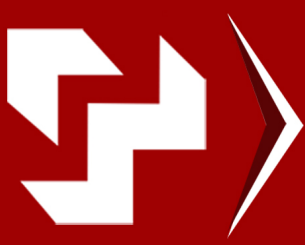
Et le constitutionnel affirme le rôle primordial du juge dans le contrôle des mesures de quarantaine et de leur éventuelle atteinte aux libertés: «En premier lieu, les mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement peuvent faire à tout moment l'objet d'un recours par l'intéressé ou par le procureur de la République devant le juge des libertés et de la détention en vue de la mainlevée de la mesure. Le juge des libertés et de la détention, qui peut également se saisir d'office à tout moment, statue dans un délai de soixante-douze heures par une ordonnance motivée immédiatement exécutoire»¹⁸.

2. Le juge administratif et les libertés en temps d'urgence :

Le juge administratif, bien avant que les droits fondamentaux acquièrent une valeur constitutionnelle, « juge administratif a fait vivre et protégé la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » ; dans l'arrêt

¹⁷-Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020; <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm#:~:text=LE%20CONSEIL%20CONSTITUTIONNEL%20A%20C3%89T%C3%89,le%20Pr%C3%A9sident%20de%20la%20R%C3%A9publique>. Consulté le 20/06/2020, à 18h 25

¹⁸:ibid



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

Benjamin du 13 mai 1933, « il exerce en particulier un entier contrôle de proportionnalité sur les mesures de police administrative »¹⁹.

De très longue date, le juge de l'excès de pouvoir garantit ainsi une conciliation exigeante entre liberté et sécurité, qui n'a jamais été remise en cause, mais au contraire a été constamment étendue et approfondie. Conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel et en pleine cohérence avec celle des cours européennes, cette protection prend la forme d'un triple test de proportionnalité : lorsque le juge administratif examine la légalité d'une mesure portant atteinte aux droits fondamentaux des personnes, il vérifie que ces mesures sont, dans leur principe et leurs modalités, adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent » ; Cette partie du discours de Jean-Marc Sauvé résume, à notre avis, cette ligne jurisprudentielle dont nous parlions plus haut²⁰. Le juge administratif a été très sollicité depuis 2015, date d'adoption de l'état d'urgence, mais la majorité des affaires dont a été saisi concernent des personnes touchées par les mesures destinées à lutter contre les actes de nature terroriste²¹.

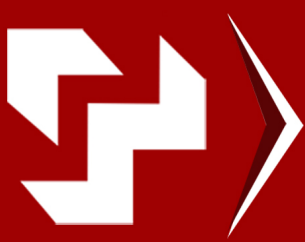
Afin d'apprécier le rôle du juge administratif dans le contrôle des mesures prises par le gouvernement en matière d'applications des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, une ordonnance du Conseil d'Etat français, prise dans le cadre d'un référé-liberté du 22 mars 2020 nous paraît assez synthétique de la position du juge administratif d'agissant, d'une de veiller à la sauvegarde de l'intérêt public, d'un côté, et à la protection des libertés, en période d'urgence sanitaire, de l'autre. Saisi par le syndicat des jeunes médecins (SJM) qui demandait au juge administratif de « d'enjoindre au premier ministre et au ministre des solidarités et de la santé, sur la base de l'article L.511-2 du Code de justice administrative, de prononcer un confinement total de la population la mise en place des mesures visant à : l'interdiction totale de sortir de son lieu de confinement, sauf autorisation délivrée par un médecin ; - l'arrêt des transports en commun ; - l'arrêt des activités professionnelles non vitales (alimentaire, eau et énergie, domaines régaliens); - l'instauration d'un ravitaillement de la population dans des conditions sanitaires visant à assurer la sécurité des personnels chargés de ce ravitaillement ; d'enjoindre au Premier Ministre et au ministre des solidarités et de la santé de prendre les mesures propres à assurer la production à échelle industrielle de tests de dépistage et de prendre les mesures réglementaires propres à assurer le dépistage des personnels médicaux »²². LSJM estimait, entres autres, que le manque d'action totale des autorités portait atteinte ne au droit à la vie des personnes protégé par l'article 2 de la Convention

¹⁹Jean-Marc Sauvé , « Le juge administratif, protecteur des libertés », Discours du 16 juin 2016, in Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA); https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-protecteur-des-libertes#_ftnref40%2012/12 , consulté le 20/06/2020 à 18h26

²⁰ ibid.

²¹ Voir, Stéphanie Hennette-Vauchez, Maria Kalogirou, Nicolas Klausser, Cédric Roulhac, Serge Slama, Vincent Souty, Ce que le contentieux administratif révèle de l'état d'urgence, « Cultures & Conflits », L'Harmattan 2018/4 n° 112 | pages 35 à 74

²²Référé-Liberté : CE, Ordonnance du CE, 18 mai 2020,



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

européenne des droits de l'homme (CEDH). L'Intersyndicale Nationale des Internes (ISNI) et le Conseil National de l'Ordre des médecins (CNOM) ont soutenu l'action des jeunes médecins, y voyant un « intérêt suffisant »²³.

Le Conseil d'Etat estime d'abord que la condition d'urgence est avérée (...), qu'il était nécessaire d'aplatir la courbe des personnes contaminées. Mais, le CE rappelle l'article L.3131-1 de code de la santé publique qui dispose que: «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. Le ministre peut habilitier le représentant de l'Etat territorialement compétent à prendre toutes les mesures d'application de ces dispositions, y compris des mesures individuelles », sur les fondements duquel ont pris les premières mesures visant à lutter contre la pandémie et qui comportaient un certain nombre de mesures restrictives de certaines libertés dont la liberté de se déplacer.

Le CE estime que « dans cette situation, il appartient à ces différentes autorités de prendre, en vue de sauvegarder la santé de la population, toutes dispositions de nature à prévenir ou à limiter les effets de l'épidémie. Ces mesures, qui peuvent limiter l'exercice des droits et libertés fondamentaux, comme la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion ou encore la liberté d'exercice d'une profession doivent, dans cette mesure, être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent ».

Mais le CE n'oublie pas de rappeler son rôle de juge protecteur des libertés ; il rappelle l'article L.521-1 du code de justice administrative précité qui dispose que: « Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

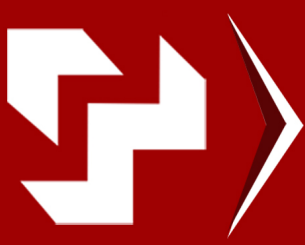
Ayant admis les interventions des demandeurs, il enjoint aux autorités de - préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé;

- réexaminer le maintien de la dérogation pour « déplacements brefs, à proximité du domicile » compte tenu des enjeux majeurs de santé publique et de la consigne de confinement;

- évaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts, compte tenu de leur taille et de leur niveau de fréquentation.

Il rejette le surplus des autres conclusions de la requête.

²³ Ibid.



Etat d'exception, état d'urgence, état de siège: quelles implications pour les droits fondamentaux?

En décidant de la sorte, le CE va dans le droit fil de sa logique, à savoir s'affirmer comme protecteur des libertés, mais, en même temps, essayer de concilier la protection desdites libertés avec l'intérêt général. Toute la jurisprudence administrative de l'Etat d'urgence, en France, tend à démontrer la permanence de cette ligne jurisprudentielle. « L'urgence n'est pas l'Etat normal de l'Etat de droit »²⁴ ; les libertés peuvent être restreintes lorsque l'intérêt général et l'ordre public, lequel peut être national, ou local²⁵.

Cependant, le CE a ordonné au gouvernement la levée de « l'interdiction générale et absolue » des lieux de culte. Il estime que "l'interdiction générale et absolue présente un caractère disproportionné" et "constitue ainsi, eu égard au caractère essentiel de cette composante de la liberté de culte, une atteinte grave et manifestement illégale à cette dernière". Cependant, ce n'interdisait pas aux autorités de réglementer le nombre de personnes pouvant être ensemble dans un lieu de culte puisque le CE, dans un premier temps estime également que "des mesures d'encadrement moins strictes (...) sont possibles"²⁶.

²⁴ Tel est le titre d'un article de Vincent Grégoire, in Sens-Dessous », Edition de l'association Paroles, 2017 n°19, pp. 63-74

Ce qui est confirmé par la jurisprudence du CE depuis la jurisprudence des Films Lutéti ; Arrêt Société « Les films Lutéti », Conseil d'Etat, ²⁵ Section, du 18 décembre 1959, Recueil Lebon.

²⁶ «Le juge des référés du Conseil d'État ordonne au Gouvernement de lever l'interdiction générale et absolue de réunion dans les lieux de culte et d'édicter à sa place des mesures strictement proportionnées aux risques sanitaires et appropriées en ce début de « déconfinement ». site du CE:

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/rassemblements-dans-les-lieux-de-culte-le-conseil-d-etat-ordonne-au-premier-ministre-de-prendre-des-mesures-moins-contraindantes>, consulté le 20/06/2020 à 18h35.

NB/ Les sites ont été consultés une deuxième fois, pour des besoins de précision ; s'ils ne s'ouvrent pas, il suffit de chercher en utilisant le titre cité.