

## AJ Pénal 2020 p.191

**L'État d'urgence sanitaire ou l'État de droit mutilé**

**Adélaïde Jacquin, Avocat au barreau de Paris, Cabinet Vigo, membre du réseau Gesica**  
**Emmanuel Daoud, Avocat au barreau de Paris, Cabinet Vigo, membre du réseau Gesica**

---

« La France est en guerre » disait le président François Hollande aux parlementaires réunis en Congrès à Versailles, le 16 novembre 2015, alors que l'état d'urgence avait été décrété trois jours auparavant. Cinq ans plus tard, le 16 mars 2020, c'est le président Emmanuel Macron qui martèlera à six reprises, « Nous sommes en guerre ». Les circonstances ne sont pas les mêmes, et pourtant deux présidents de la République ont fait le choix de répondre à deux situations de crise bien distinctes par l'état d'urgence, terrorisme pour l'une, pandémie pour l'autre.

Ainsi, le 23 mars 2020, l'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté les dispositions du nouvel article L. 3131-12 du code de la santé publique, aux termes duquel « l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain » ainsi que des collectivités d'outre-mer et de la Nouvelle-Calédonie, « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population » (1). Après l'adoption le 16 mars du décret n° 2020-260 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19 et instaurant le confinement, le choix a donc été fait de créer un nouvel état d'urgence sanitaire dans le code de la santé publique - pour une durée initiale de deux mois à compter du 24 mars 2020 - distinct de celui prévu par les dispositions de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955.

S'il apparaît incontestable que l'épidémie qui s'abat sur notre pays est une crise inédite qui impose des restrictions aux libertés de toute la population, il n'en reste pas moins que le lien de parenté entre l'état d'urgence proclamé le 13 novembre 2015 (2) et l'état d'urgence sanitaire est évident et préoccupant. L'élargissement des pouvoirs du préfet et du ministre de l'Intérieur afin de restreindre notamment la liberté d'aller et de venir, leur ouvrant la possibilité de prendre « toutes les mesures générales ou individuelles » (3), afin de faire appliquer et respecter les réquisitions de confinement et la fermeture de certains lieux (4), évoque ainsi les mesures de police administrative de l'état d'urgence devenues les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance (ci-après « MICAS ») aux termes de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (ci-après loi « SILT ») du 30 octobre 2017. Toutefois, et c'est sans aucun doute fondamental, à la différence de l'état d'urgence tel que prévu par la loi du 3 avril 1955, qui ne devait (théoriquement) s'appliquer qu'aux personnes soupçonnées de constituer une menace pour l'ordre public, l'état d'urgence sanitaire s'applique à toute la population vivant sur le territoire français. Il ne s'agit plus de restreindre les libertés des individus à l'égard desquels « il existe des raisons sérieuses de penser » que leur comportement « constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics » (5), mais bien de restreindre celle de l'ensemble de la population, afin de « mettre fin à la catastrophe sanitaire » (6). En conséquence, puisque toute la population est concernée, l'ensemble des domaines d'activité est touché par l'état d'urgence sanitaire.

C'est dans cette perspective que la loi n° 2020-290 du 23 mars a permis au gouvernement de prendre « dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution [...] toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi » (art. 11) et a donc autorisé le gouvernement à légiférer par ordonnance, dans des domaines aussi divers que le droit du travail, le financement des établissements de santé, l'accès aux soins, l'aide aux personnes vulnérables, etc.

La matière pénale n'a pas été épargnée. L'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 est ainsi venue bouleverser l'équilibre de la procédure pénale, au nom de la lutte contre la catastrophe sanitaire, pour les deux prochains mois au moins (7). Les principes cardinaux régissant la matière pénale, garanties d'une procédure équitable et donc des droits des justiciables, ont ainsi

été amendés et fortement réduits, pour, nous dit-on, lutter contre la propagation de l'épidémie.

Et ce bouleversement est déjà à l'oeuvre. Ainsi, le vendredi 27 mars 2020 au tribunal judiciaire de Paris, un juge des libertés et de la détention (JLD) devant statuer sur la prolongation d'une détention provisoire a décidé, en application de l'ordonnance n° 2020-303, qu'il n'y aurait pas de débat contradictoire pour l'ensemble du contentieux de la prolongation de la détention provisoire, et que les prolongations de la détention provisoire prévues aux termes de l'ordonnance précitée seraient appliquées de « plein droit » (8). Une personne mise en examen a donc vu sa détention prolongée de six mois (prolongation prévue par l'Ord. n° 2020-303 en matière criminelle) sans que cela n'ait fait l'objet d'une audience, sans que son avocat plaide pour sa défense. Un homme sera donc détenu six mois supplémentaires, sans débat. Au nom de la lutte contre le Covid-19.

Il est évident que ce recul de l'État de droit est inédit par son ampleur et porte gravement atteinte aux droits des justiciables et en particulier aux droits de la défense. Et ce bouleversement nous apparaît d'autant plus inquiétant que nous connaissons maintenant les risques de voir se pérenniser des régimes d'exception.

## 1. L'effondrement des garanties du procès équitable

### 1.1. Les avocats en première ligne et non protégés

Tout partait sans doute du constat que rien n'avait été mis en place pour protéger les justiciables, les magistrats et les avocats dans le contexte de crise sanitaire. Alors que le confinement avait été prononcé, les avocat.e.s ont rapporté les faits suivants : « On rentre au tribunal avec notre propre matériel, gants et masques. Les rares audiences qui se tiennent se déroulent dans des salles un peu plus grandes, mais c'est de la poudre aux yeux. J'ai assisté un client en garde à vue sans protection, dans une petite salle, puis la personne a été présentée physiquement au juge dans les mêmes conditions. Personne n'était équipé pour se protéger, ni les magistrats, ni les policiers qui escortent les prévenus, ni les avocats » (9).

C'est la raison pour laquelle, le 23 mars dernier, le bâtonnier et la vice-bâtonnière de Paris ont adressé un communiqué aux chefs de juridiction, aux termes duquel « en l'état des informations sanitaires connues à ce jour, et après nouvel avis médical, nous considérons en conscience que nous ne pourrions reprendre le cours normal des désignations que lorsque ces mesures seront complétées par la mise à disposition effective et systématique de gel et de masques aux avocats de permanence ». Le 24 mars, le Conseil de l'Ordre des avocats de Paris a voté, à l'unanimité, « l'arrêt de toute activité juridictionnelle pour des raisons impérieuses de santé publique ». Il s'agissait d'une décision nécessaire.

Les avocats attendaient donc des mesures concrètes pour leur permettre de continuer à exercer leur profession, aux côtés des justiciables, sans s'exposer et sans faire courir de risque à leurs clients et à tous les acteurs de la justice : escortes, appariteurs, greffiers et magistrats. Ce n'est pas ce qui a été décidé.

Aucune mesure réelle à ce jour n'a été prise pour améliorer les conditions d'intervention des avocats, notamment en garde à vue et en audience, ni pour assurer la sécurité de chacun. En revanche, il a été décidé de limiter significativement le champ d'intervention de l'avocat tout au long de la procédure pénale, au mépris des droits de la défense.

### 1.2. Garde à vue : accès à l'avocat et secret professionnel fragilisés

En premier lieu, les personnes gardées à vue ne seront plus effectivement assistées d'un avocat. Pour mémoire, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) rappelle fréquemment que le droit à un avocat au stade de la garde à vue est fondamental en ce qu'il « contribue à la prévention des erreurs judiciaires et surtout, à la réalisation des buts poursuivis par l'article 6, notamment l'égalité des armes entre l'accusé et les autorités d'enquête et de poursuite », l'avocat constituant un « contrepoids important à la vulnérabilité de suspects en garde à vue », offrant à ces derniers « une protection essentielle contre la coercition et les mauvais traitements dont ils peuvent être l'objet de la part de la police » (10). La Cour européenne a également précisé que le suspect doit pouvoir entrer en contact avec son avocat dès sa privation de liberté, « en privé » afin de pouvoir lui donner « des instructions confidentielles » (11). Au regard de la jurisprudence de la CEDH, il est constant que les suspects doivent « bénéficier de la présence physique de

leur avocat durant les auditions initiales menées par la police » (12).

Or, depuis le 25 mars (13), l'entretien de trente minutes prévu par l'article 63-4 du code de procédure pénale peut désormais se dérouler « par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique, y compris téléphonique » (14). Le client pourra, lors de son audition, être assisté de la même façon. L'entretien et l'assistance du gardé à vue au moment de ses auditions doivent se dérouler « dans des conditions garantissant la confidentialité des échanges » (15). Et si, selon la circulaire de présentation des dispositions de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 (ci-après « la circulaire »), ces modalités ne doivent être appliquées que si l'avocat l'accepte (16), force est toutefois de constater que cela n'est pas expressément prévu par l'ordonnance. En pratique, il n'existe aucune garantie effective permettant de s'assurer du respect du secret entre un avocat et son client. De plus, il est apparu que les dispositions de l'ordonnance et de la circulaire n'étaient pas appliquées de façon homogène sur tout le territoire.

L'avocat ne peut donc plus s'assurer que les déclarations de son client sont authentiques et que celui-ci ne subit pas des pressions des officiers de police judiciaire. Il ne peut plus vérifier que son client ne subit pas de mauvais traitements, ni que ses conditions de garde à vue ne sont pas contraires à la dignité. On ignore notamment quelles sont les modalités selon lesquelles l'avocat peut prendre connaissance du procès-verbal de notification des droits de son client, de son éventuel examen médical, de ses auditions (17), ni formuler des observations écrites. Il apparaît ainsi totalement inexact d'affirmer, comme le fait la circulaire, que « ces dispositions ne viennent nullement limiter la possibilité pour l'avocat d'assister sur place la personne en garde à vue conformément aux dispositions du code de procédure pénale, le déplacement de l'avocat dans les services enquêteurs et sa présence physique auprès du gardé à vue ne pouvant en effet lui être refusés » (18).

Mais les gardés à vue ne sont pas les seuls à être privés du droit à une défense effective.

### 1.3. Suppression du droit à un avocat et à un juge dans le contentieux de la liberté

Parmi les dispositions les plus polémiques de l'ordonnance n° 2020-303, portant gravement atteinte aux droits de la défense, figurent en effet les dispositions de l'article 16 qui prévoient que les prolongations de la détention provisoire interviennent de « plein droit », c'est-à-dire, sans avocat, ni juge, et ce « qu'il s'agisse des détentions au cours de l'instruction ou des détentions pour l'audiencement devant les juridictions de jugement » (19). La circulaire d'application de cette ordonnance précise ainsi que « ces prolongations », qui ne peuvent intervenir qu'une fois au cours de chaque procédure (20), « s'appliquent [...] sans qu'il soit nécessaire de prendre une décision », aux détentions provisoires « en cours à la date de publication de l'ordonnance (*sic*) à la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire ou ayant débuté pendant cette période » (21).

Des détenus, présumés innocents, voient donc leur détention provisoire prolongée de deux à six mois, sans avoir été défendus et sans comparaître devant un juge.

Symptôme d'un texte rédigé au pas de course, il est cependant indiqué, aux termes de l'article 19 de la même ordonnance, que la prolongation de la détention provisoire telle que prévue aux articles 145-1 et 145-2 du code de procédure pénale (22) intervient sur décision du JLD, après un débat écrit, mais que l'avocat peut toutefois présenter des observations orales « s'il en [a] fait la demande » (23).

Il est donc prévu, aux termes d'un même texte, d'une part, que les prolongations des détentions interviennent de « plein droit » (24) donc sans avocat ni juge, et, d'autre part, que le JLD peut au contraire décider de statuer sur cette « prolongation » (25), à l'issue d'un débat contradictoire « au vu des réquisitions écrites du procureur de la République et des observations écrites de la personne et de son avocat, lorsque le recours à l'utilisation du moyen de télécommunication audiovisuelle [...] n'est matériellement pas possible » (26).

Ces dispositions, inintelligibles et contradictoires, aboutissent du reste à priver les détenus, pourtant présumés innocents, d'une défense, mais également d'un juge, et ce à la discrétion totale du JLD.

Ainsi et quelles que soient les modalités de la prolongation de la détention provisoire retenues par le JLD, il résulte des dispositions sus-examinées une atteinte flagrante aux garanties du procès équitable lorsque des personnes présumées innocentes peuvent voir leur détention prolongée sans avoir la possibilité d'être défendues par leur avocat ni de comparaître devant un juge. Cela se passe en France en 2020 dans un état démocratique qui a ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Pourtant, alors que « c'est la première fois depuis la loi des suspects de 1793 que l'on ordonne que des gens restent en prison sans l'intervention d'un juge » (27) (!), le Conseil d'État a rejeté les nombreux recours contre cette disposition exceptionnelle de l'état d'urgence sanitaire, jugeant « manifeste que les demandes en référé ne sont pas fondées » (28). Les détenus non jugés, et donc présumés innocents, peuvent ainsi être maintenus en prison. Une fois de plus, il semble que confier au juge administratif le soin de veiller à la protection des droits de la défense et des libertés fondamentales n'ait pas été pas une très bonne idée (29)...

## 1.4. Le droit à un juge fragilisé

Pour d'autres justiciables, le droit à un juge est reporté : outre la suspension des délais de prescription de l'action publique et de la peine, les délais de jugement en matière de comparution immédiate sont en effet prolongés (30). Or ces dispositions, profondément attentatoires aux droits des justiciables, n'apparaissent pas fondamentalement nécessaires : « Ainsi, l'allongement des délais de détention provisoire en matière de comparution immédiate ne se justifie pas, s'agissant d'un contentieux quasiment sans stock qui peut être régulé par une politique pénale réservant ce mode de poursuite aux affaires les plus graves d'atteintes aux personnes » (31).

Il ne s'agit pas de la seule atteinte portée au droit à un juge. La généralisation du recours à la visioconférence (32), pouvant désormais être décidée sans qu'il soit nécessaire de recueillir l'accord de toutes les parties et même « y compris lorsque l'une des parties exprime son désaccord » (33), nous apparaît en effet constituer une renonciation importante au droit à voir sa cause entendue par un tribunal (34). Et s'il est précisé que le cas échéant, il sera possible de faire usage d'un autre moyen de communication électronique « devant permettre de garantir la confidentialité des échanges entre les parties et leurs avocats » (35), aucune garantie n'a, de nouveau, été prévue. À la lecture de ces dispositions, on peut conclure, comme d'autres avant nous, que « le fantasme gouvernemental d'une procédure sans la présence du justiciable, de la fameuse "simplification" qui n'a pas pu se réaliser entièrement dans la loi de réforme de la justice du 23 mars 2019, pourrait être ainsi enfin totalement assouvi » (36).

## 1.5. Le possible renoncement à la publicité et la collégialité de l'audience

Enfin, et en dernier lieu, l'ordonnance aboutit au renoncement à deux garanties du procès équitable que sont le principe de publicité des audiences et le principe de collégialité.

Ainsi, alors que la publicité des audiences « protège les justiciables contre une justice secrète » et constitue « l'un des moyens qui contribuent à préserver la confiance dans les cours et les tribunaux » (37) selon la CEDH, que la Cour de cassation juge également que « la publicité des débats est un principe essentiel de la procédure pénale » (38), « une règle d'ordre public qui ne souffre d'exception que dans les cas limitativement déterminés par la loi » (39), il a été décidé de pouvoir y renoncer « en cas d'impossibilité de garantir les conditions nécessaires à la protection de la santé des personnes présentes à l'audience » (40) ». Dans le même sens, l'ordonnance a prévu, même si ces dispositions ne sont pas d'application immédiate et s'appliqueront sous réserve d'un décret « constatant la persistance d'une crise sanitaire de nature à compromettre le fonctionnement des juridictions malgré la mise en oeuvre des autres dispositions de la présente ordonnance » (41), de pouvoir renoncer au principe de la collégialité en facilitant le recours à un juge unique et ce devant toutes les juridictions pénales, à l'exception des cours d'assises, sur décision du premier président de la cour d'appel ou sur décision du président du tribunal judiciaire « constatant que la réunion de la formation collégiale de la juridiction n'est pas possible » (42).

À l'aune de ce qui précède, force est de constater que contrairement à ce qu'affirmait Madame la ministre de

la Justice<sup>(43)</sup>, il n'a pas été décidé de « conserver le rôle des avocats en leur donnant tous les moyens pour l'assurer ». La réalité est tout autre. Or il est essentiel de garder à l'esprit que ces ordonnances ont été prises par le gouvernement en application de la loi instaurant un état d'urgence sanitaire dont on peut craindre qu'il soit à terme pérennisé dans notre droit commun, en tout ou partie. L'expérience de l'état d'urgence prononcé le 13 novembre 2015 et la similitude des deux régimes juridiques, au-delà des termes, nous laisse en effet à penser qu'il ne peut être exclu, loin s'en faut, que des dispositions annoncées aujourd'hui comme dérogatoires et attachées à un régime d'exception, soient transposées dans le code de la sécurité intérieure ou le code de procédure pénale.

## 2. La très probable pérennisation de ce régime exceptionnel

### 2.1. Le précédent de l'état d'urgence du 13 novembre 2015

Dans *De l'Esprit des lois*, Montesquieu nous enseigne qu'« il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté comme l'on cache les statues des dieux ». <sup>(44)</sup> C'est sans doute dans cette logique qu'il a été décidé, après les attentats meurtriers du 13 novembre 2015, de prononcer l'état d'urgence <sup>(45)</sup>.

Il avait été annoncé que ce régime étant un régime d'exception, il serait par essence temporaire. Jean-Claude Marin, alors procureur général de la Cour de cassation, avait déclaré : « l'inquiétude naîtrait si, à la lumière de l'activisme des services dans le cadre de l'état d'urgence, on venait à imaginer d'en faire certes, en l'amodiant, un régime de droit commun, l'estimant bien plus efficace que la lourde machine judiciaire [...] il y aurait là, bien évidemment, un risque considérable pour l'État de droit car les nombreuses normes imposées, par le législateur aux magistrats, notamment dans leur activité pénale, ont, pour leur immense majorité, l'objectif d'assurer une procédure équitable et contradictoire, une égalité des armes et une protection efficace des libertés individuelles » <sup>(46)</sup>.

Le 30 octobre 2017, la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme a pourtant été adoptée, transposant quasiment *in extenso* le régime de la loi du 3 avril 1955 en droit commun. Tel que le présageait Jean-Claude Marin, des amendements à la marge ont été apportés au régime de l'état d'urgence tel que prévu par la loi du 3 avril 1955, mais l'architecture et la logique intrinsèque du texte ont été conservées, portant, par là, une grave atteinte à l'État de droit. Les mesures de police administrative dont le dévoiement avait été maintes et maintes fois dénoncé <sup>(47)</sup> par la société civile, les universitaires et les professionnels du droit, ont ainsi été transposées en droit commun. De même, le critère des « raisons sérieuses de penser », qui laissait un champ trop large à l'autorité administrative pour restreindre les libertés individuelles et ce sans contrôle effectif d'un juge, a été conservé.

Seules des modifications résiduelles, présentées comme limitant les abus, ont été adoptées. Il a notamment été décidé, dans le cadre de la loi SILT, de limiter les MICAS et les « visites domiciliaires » « aux seules fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme » <sup>(48)</sup>, critère pourtant bien insuffisant pour faire disparaître les abus constatés dans le cadre de l'état d'urgence et faire obstacle à l'utilisation de ce régime à des fins distinctes de la prévention et de la lutte contre le terrorisme. De même, il a été prévu que le JLD devait désormais autoriser les perquisitions administratives, quand dans le cadre de l'état d'urgence, l'autorité administrative avait le champ (trop) libre. Toutefois, là encore, et compte tenu des conditions de travail des JLD que nous connaissons, ces dispositions n'ont pas constitué un bouleversement du régime de l'état d'urgence.

Ainsi et contrairement à ce qui avait été annoncé, la France n'a pas retiré le voile posé temporairement sur les libertés fondamentales, elle a simplement très légèrement amendé son régime d'exception afin qu'il puisse être transposé en droit commun.

### 2.2. L'état d'urgence sanitaire, clone de l'état d'urgence du 13 novembre 2015

Le lien de parenté entre l'état d'urgence et le régime de l'état d'urgence sanitaire, « véritable hybridation légale de l'état d'urgence classique et des pouvoirs de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique » <sup>(49)</sup>, nous laisse craindre que le même sort soit réservé aux dispositions qui viennent d'être adoptées.

En premier lieu, dans le sens des critiques déjà adressées au moment de l'état d'urgence, les dispositions

encadrant l'état d'urgence sanitaire ne reposent pas sur des critères suffisamment juridiques et précis, pourtant seuls garde-fous efficaces contre des atteintes disproportionnées aux libertés au regard du but poursuivi.

Ainsi, il a été décidé que l'état d'urgence sanitaire serait déclaré « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »<sup>(50)</sup>. Or le terme de catastrophe, qui ne renvoie qu'à l'idée d'un évènement inattendu amenant des conséquences funestes, sans davantage de précisions quant au degré de gravité et à sa mesure, apparaît bien trop large, et partant, le recours à ce régime dérogatoire facilité. Certains soulignent que le terme de mise en péril est également trop large, indiquant que « seuls les évènements de nature à menacer la vie, ou à tout le moins, à affecter irrémédiablement l'intégrité physique d'une partie de la population, devraient pouvoir justifier la mise en oeuvre de mesures aussi restrictives de libertés que celles que nous impose aujourd'hui la lutte contre l'actuel coronavirus ». « En autorisant la proclamation de l'état d'urgence sanitaire en dehors de cette hypothèse, le texte actuel permet potentiellement sa mise en oeuvre bien au-delà de ce qui est nécessaire dans une société démocratique »<sup>(51)</sup>. La porte vers une utilisation dérogatoire du régime de l'état d'urgence sanitaire et partant, des mesures décidées dans ce cadre, apparaît donc ouverte.

Dans le même sens, et alors qu'avant la promulgation de loi sur l'état d'urgence sanitaire, la loi permettait déjà au ministre de la Santé de prendre « 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 », il est désormais possible de prendre ces mesures « après la fin de l'état d'urgence sanitaire [...] afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire »<sup>(52)</sup>. Or il est constant que la notion de « disparition durable de la crise sanitaire », sans qu'il ne soit prévu que ce critère soit évalué par un comité de professionnels de santé indépendant, laisse la possibilité au gouvernement de restreindre durablement les libertés, au motif, même lointain, de la lutte contre une épidémie.

Cette crainte est d'autant plus fondée que nous n'avons aucune certitude aujourd'hui sur la durée de l'épidémie de Covid-19, ni même sur la possibilité de déterminer précisément son terme. À cet égard, certains scientifiques ont ainsi expliqué que s'« il ne faut que quelques mois pour faire baisser le nombre de cas », « il est ensuite difficile de lever les mesures prises ». « En clair, si l'on voit à plus long terme, il serait nécessaire d'appliquer par intermittence pendant de longs mois ces différentes mesures, allant de l'isolement de cas à la distanciation sociale en passant par la fermeture des écoles [...]. Au moindre signe de retour épidémique, des fermetures et autres confinements devraient être à nouveau mis en place pour encore une fois endiguer la progression de l'épidémie »<sup>(53)</sup>.

De fait, il n'y a aucune limitation de la durée de l'état d'urgence sanitaire aux termes des dispositions de la loi du 23 mars 2020. Comme pour l'état d'urgence de 2015, est-il prévu qu'au-delà d'une première période (12 jours pour l'état d'urgence et un mois pour l'état d'urgence sanitaire), le renouvellement ne peut être autorisé que par la loi<sup>(54)</sup>, sur avis du comité scientifique. De même, la loi du 23 mars 2020 indique que la loi qui proroge l'état d'urgence sanitaire doit fixer sa durée, tel que le prévoyait l'article 3 de la loi de 1955. Or il est établi que ces dispositions sont sans effet aucun sur le renouvellement, puisque l'on sait que la loi du 21 juillet 2016 a prolongé l'état d'urgence pour une durée de six mois, que celle du 19 décembre 2016 a prolongé l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 2017, avant l'adoption de la loi du 30 octobre 2017.

En dépit du fait que l'état d'urgence sanitaire a été prononcé pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020, des mesures extensives de police administrative, mais également de gestion de crise telles que celles adoptées par l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020<sup>(55)</sup>, pourraient donc être appliquées à long terme. Le nouvel article L. 3131-16 du code de la santé publique permet au ministre de la Santé de prendre, par arrêté, afin de « mettre fin à la catastrophe sanitaire » qui est un objectif aussi flou qu'extrêmement large, « toute mesure réglementaire relative à l'organisation et au fonctionnement du dispositif de santé » mais également « toute mesure individuelle nécessaire à l'application des mesures prescrites par le Premier ministre ». Le risque « d'un véritable dévoiement de la police administrative qui, d'outil de prévention générale des troubles à l'ordre public, devient un instrument de répression extrajudiciaire, permettant de prendre des mesures coercitives à l'égard d'une personne sans lui reconnaître les garanties de la matière pénale »<sup>(56)</sup> apparaît ici très important.

## 2.3. Un juge administratif complaisant

Ce risque apparaît d'autant plus important que ces mesures de police administrative sont placées sous le seul contrôle du juge administratif. En effet, à l'image du dispositif de l'état d'urgence dans sa version initiale et non dans sa version amodiée de la loi du 30 octobre 2017, le procureur sera uniquement informé des mesures prises par le préfet, qui peut, lui aussi, sur autorisation du ministre de l'Intérieur ou du ministre de la Santé, prendre « toutes les mesures générales ou individuelles d'application de ces dispositions » après un (simple) « avis du directeur général de l'agence régionale de santé » (CSP, art. L. 3131-17). Ainsi, aux termes de la loi du 23 mars 2020, le seul recours ouvert par les textes est la voie du référé-liberté (57).

Aucune leçon n'a non plus été tirée de l'absence de contrôle effectif des régimes d'exception par le Parlement dans le cadre de la loi du 3 avril 1955. Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le législateur, a, dans des termes exactement identiques à ceux de la loi du 3 avril 1955, prévu aux termes de l'article L. 3131-13 du CSP que « l'Assemblée nationale et le Sénat [étaient uniquement] informés sans délai des mesures prises par le gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire » leur offrant en outre la possibilité de requérir des informations complémentaires. Il est fort probable que ce contrôle parlementaire qualifié par certains de « tigre de papier », « ne conduira (comme pour l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955 ou les mesures de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure) qu'à la production de rapports parlementaires utiles aux seuls chercheurs en droit ou en sciences sociales, tant il est exclu en l'état de la séparation des pouvoirs à la française qu'une commission des lois sous emprise du président de la République contrôle de manière effective l'action du gouvernement » (58). De même, l'étude des évolutions de l'état d'urgence et de ses mutations nous enseigne qu'il y a peu à espérer de la clause de revoyure, nécessitant qu'un débat parlementaire plus approfondi ait lieu à terme, et prévoyant que le régime créé par la loi du 23 mars ne serait applicable que jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021 (59).

## 2.4. Un juge constitutionnel absent

Enfin et surtout, le Conseil constitutionnel vient d'autoriser qu'il puisse être dérogé à la Constitution dans certaines circonstances, dont celle de l'épidémie de Covid-19. Par une décision que certains ont qualifiée de « pire décision que le Conseil constitutionnel a prise depuis 1958 » (60), le Conseil constitutionnel a en effet jugé qu'il pouvait être dérogé à la Constitution et en l'espèce aux modalités de vote et d'adoption des lois organiques telles que prévues à l'article 46 de la Constitution, compte tenu de « circonstances particulières de l'espèce » (61), soit l'épidémie de Covid-19. Cette décision, totalement inédite, consacre le caractère proprement dérogatoire et exceptionnel de ce régime de l'état d'urgence sanitaire. Si le Conseil constitutionnel s'est défendu en indiquant qu'il s'agissait d'une « appréciation au regard de la situation d'espèce » liée au Covid-19, on peut toutefois en douter au vu de la largesse de l'expression « circonstances particulières ». Certes, le Conseil constitutionnel a également jugé que les dispositions de la loi organique suspendant le délai de transmission par le Conseil d'État et la Cour de cassation des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) jusqu'au 30 juin 2020, ne remettaient pas « en cause l'exercice de ce recours, ni interdi[saient] qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période » (62). Il n'a donc pas totalement fermé la porte à ce que des QPC portant sur le régime de l'état d'urgence sanitaire puissent être transmises au Conseil constitutionnel. Reste qu'au regard de ce qui précède, et ce d'autant plus lorsqu'on sait que les QPC se sont révélées être l'un de seuls outils efficaces de contrôle du régime de l'état d'urgence de 2015, le contrôle sur les mesures qui sont prises dans le cadre de la loi sur l'état d'urgence sanitaire apparaît en définitive inexistant. L'appréciation est peut-être sévère mais nous constatons que le Conseil constitutionnel a renoncé - une fois de plus - à exercer ses fonctions de juridiction supérieure gardienne de notre Constitution pour des considérations qui relèvent plus de la politique et de l'opportunisme que du droit. En fait, pour résumer notre propos, le juge constitutionnel a fait preuve d'une lâcheté insigne.

\*\*\*

À une crise inédite, le gouvernement a choisi une nouvelle fois de répondre par la création d'un régime d'exception (63). Dans ce cadre, de nombreuses mesures attentatoires aux droits et libertés des justiciables ont été adoptées, ayant pour objectif annoncé la sécurité de la population. La peur permet ainsi à nos gouvernants d'adopter des mesures liberticides, présentées comme étant temporaires et justifiées par un contexte particulier. Celles adoptées ces derniers jours portent gravement atteinte aux principes du procès équitable, et notamment au respect des droits de la défense. D'autres restreignent les libertés

individuelles, et notamment la liberté d'aller et venir. Nous savons désormais que la conception théorique de l'état d'urgence, régime d'exception adopté dans des circonstances exceptionnelles, n'est pas une garantie suffisante nous permettant de nous prémunir contre une transposition de ces mesures en droit commun, voire même contre une généralisation de ce type de régime à des domaines très éloignés des circonstances et des causes ayant pu justifier la mise en place d'un état d'urgence<sup>(64)</sup>. Les nombreuses similitudes des régimes de l'état d'urgence sanitaire et de l'état d'urgence nous font présager que l'état d'urgence sanitaire connaisse un destin similaire à celui de son aîné.

Nombreux sont ceux qui redoutent que ces mesures adoptées aujourd'hui affectent durablement les droits des justiciables, soulignant qu'« il ne faudrait pas que la crise sanitaire conduise à une crise démocratique et sociale »<sup>(65)</sup>. Chez les avocats, il est souligné par certains que « si le recours systématique à la visio peut se comprendre dans une logique de crise comme celle que nous traversons, il ne faut pas que cela aboutisse à une généralisation du procédé une fois la crise passée », « l'avocat a besoin d'un contact avec le justiciable »<sup>(66)</sup>. D'autres, plus pessimistes, considèrent que « le balancier entre liberté et sécurité est cassé. On n'a plus qu'un seul propos politique, celui visant à assurer la sécurité des Français qui est globalement mesuré mais sur le lequel on ne revient jamais »<sup>(67)</sup>.

Mais il apparaît également qu'il s'agit, comme d'ailleurs la lutte contre le terrorisme, d'une crise durable : l'éradication d'une épidémie encore méconnue, affectant la population mondiale, apparaît être un objectif de long terme auquel l'on ne peut répondre par un régime dérogatoire, adopté dans l'urgence, aux mépris des droits les plus élémentaires que sont notamment le droit à un juge et le droit à un avocat.

En l'état, force est de constater que l'État de droit a été sacrifié sur l'autel de la lutte contre l'épidémie. Toutefois, nous nourrissons ici un espoir : tous les citoyens étant affectés dans leur quotidien et leur activité, peut-être que demain chacun fera entendre sa voix contre cette nouvelle dérive sécuritaire.

#### Mots clés :

**SANTE PUBLIQUE** \* État d'urgence sanitaire \* Covid-19 \* Droits de la défense

- (1) L. n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.
- (2) Décrété par conseil des ministres dans la nuit du 13 au 14 nov. 2015.
- (3) Pouvoirs du représentant de l'État territorialement compétent sur habilitation des ministres de l'Intérieur et de la Santé tels que prévus par l'art. L. 3131-17 du CSP issu de la loi du 23 mars 2020.
- (4) CSP, nouv. art. L. 3131-15 et L. 3131-16.
- (5) L. du 3 avr. 1955 sur l'état d'urgence, art. 6.
- (6) CSP, art. L. 3131-16, issu de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.
- (7) Aux termes de l'art. 2 de l'ord., ces dispositions sont applicables jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de l'expiration de l'état d'urgence sanitaire.
- (8) Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, art. 16.

(9) F. Causse, citée par H. Sergent, Coronavirus : le quotidien des avocats bouleversé par le confinement et « l'état d'urgence sanitaire », 20 minutes, 27 mars 2020.

(10) CEDH 9 nov. 2018, n° 71409/10, *Beuze c/ Belgique*, § 125, AJ pénal 2019. 30, note E. Clément .

(11) *Ibid.*, § 133.

(12) *Ibid.*, § 134 ; CEDH 2 mars 2010, n° 54729/00, *Adamkiewicz c/ Pologne*, D. 2010. 1324 , note P. Bonfils  ; *ibid.* 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils  ; *ibid.* 2011. 1107, obs. M. Douchy-Oudot  ; RSC 2010. 687, obs. D. Roets .

(13) Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

(14) Ord. préc., art. 13.

(15) *Ibid.*

(16) Circ. NOR : JUSD2008571C, du 26 mars 2020, § 1.3.1, p. 6.

(17) C. pr. pén., art. 63-4-1.

(18) Circ. préc. du 26 mars 2020, § 1.3.1, p. 6.

(19) *Ibid.*, § 1.4.1, p. 8.

(20) Ord. n° 2020-303, préc., art. 16, dernier al.

(21) Circ. préc. du 26 mars 2020, § 1.4.1, p. 8.

(22) C. pr. pén., art. 145-1 et 145-2, qui encadrent les durées légales de la détention provisoire.

(23) Ord. préc., art. 19.

(24) *Ibid.*, art. 16.

(25) *Ibid.*, art. 16.

(26) *Ibid.*, art. 19.

- (27) L. Boré, cité par J.-B. Jacquin, Coronavirus ; le Conseil d'État valide la prolongation de la détention provisoire sans juge, *Le Monde*, 4 avr. 2020.
- (28) CE 3 avr. 2020, n° 439894, *Synd. des avocats de France*, et n<sup>os</sup> 439877, 439887, 439890, 439898, *Union des jeunes avocats de paris, Association des avocats pénalistes, Conseil national des barreaux et autres*.
- (29) A. Jacquin et E. Daoud, La loi renforçant la sécurité intérieure ou la pérennisation de la défense empêchée, *AJ pénal* 2017. 482 .
- (30) Ord. n° 2020-303, préc., art. 17.
- (31) [www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/cp\\_ordonnances\\_e\\_tat\\_d\\_urgence.pdf](http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/cp_ordonnances_e_tat_d_urgence.pdf).
- (32) Ord. préc., art. 5.
- (33) Circ. de présentation des dispositions de l'Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi 2020-290 du 23 mars 2020.
- (34) Il s'agit là d'une double dérogation aux dispositions légales puisqu'en matière correctionnelle l'accord est requis, et en matière de détention provisoire, ce recours à la visioconférence peut être refusé.
- (35) Ord. n° 2020-303, préc., art. 5.
- (36) [www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/cp\\_ordonnances\\_e\\_tat\\_d\\_urgence.pdf](http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/cp_ordonnances_e_tat_d_urgence.pdf).
- (37) Guide de l'art. 6 CEDH.
- (38) Crim. 10 juill. 1974, n° 74-09.369.
- (39) Crim. 17 mars 1970, n° 69-92.475.
- (40) Ord. préc., art. 7.
- (41) *Ibid.*, art. 8.
- (42) *Ibid.*, art. 9 à 12.
- (43) Extraits de l'interview de M<sup>me</sup> Belloubet jeudi 25 mars sur France-Inter.

(44) Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, T. 1, chap. IX.

(45) L'état d'urgence en application de la loi du 3 avr. 1955 a été décrété en conseil des ministres entre les 13 et 14 nov. 2015. La loi du 20 nov. 2015 a prolongé l'état d'urgence pour trois mois à compter du 26 nov. 2015 et a modifié plusieurs dispositions de la loi du 3 avr. 1955.

(46) Discours du procureur général près la Cour de cassation, prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 14 janv. 2016. Dans le même sens, M. J.-M. Sauvé (alors vice-président du Conseil d'État) avait déclaré lors d'une interview le 18 nov. 2016 au journal *Le Monde* : « je le redis, l'état d'urgence est un état de crise qui ne peut être renouvelé indéfiniment ».

(47) Dans le cadre de l'état d'urgence, il avait été constaté que de nombreuses mesures de police administrative avaient été appliquées à des fins bien distinctes de la lutte contre le terrorisme : des militants politiques avaient ainsi été assujettis à des mesures de police administrative, mesures qui sont aujourd'hui appliquées à des ex-condamnés ayant exécuté l'intégralité de leur peine, à titre de régime de post-sentenciel.

(48) Loi SILT, art. 3.

(49) N. Hervieu, *Le droit à l'épreuve de la pandémie*, *Gaz. Pal. actu. professionnelles*, 26 mars 2020.

(50) L. n° 2020-290 du 23 mars 2020, préc., art. 2.

(51) V. Sizaire, *Un colosse aux pieds d'argile*, *RTDH actu. Droit-Libertés*, mis en ligne le 29 mars 2020.

(52) CSP, art. L. 3131-1 tel que modifié par la loi du 23 mars 2020.

(53) G. Roziere, *Coronavirus : même si le confinement fonctionne, l'épidémie peut revenir*, *HuffPost*, 18 mars 2020.

(54) CSP, nouv. art. L. 3131-13.

(55) Selon l'art. 2 de l'Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, les mesures prévues « sont applicables sur l'ensemble du territoire de la République jusqu'à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 ».

(56) V. Sizaire, *Un colosse aux pieds d'argile*, préc.

(57) L. n° 2020-290 du 23 mars 2020, art. 2 ; CSP, nouv. art. L. 3131-18.

(58) P. Cassia, *L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique ?*, *Mediapart*, 24 mars 2020.

(59) Loi préc. du 23 mars 2020, art. 7.

(60) P. Cassia, cité par J.-B. Jacquin : Coronavirus : L'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'Etat de droit, Le Monde, 28 mars 2020, [www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/28/coronavirus-l-etat-d-urgence-sanitaire-ouvre-des-breches-dans-l-etat-de-droit\\_6034751\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/28/coronavirus-l-etat-d-urgence-sanitaire-ouvre-des-breches-dans-l-etat-de-droit_6034751_3224.html).

(61) Cons. const. 26 mars 2020, n° 2020-799 DC, AJDA 2020. 706 .

(62) *Ibid.*

(63) La loi du 3 avr. 1955 a en effet été modifiée par L. n° 2015-1501 du 20 nov. 2015.

(64) On pense not. à la loi n° 2019-290 du 10 avr. 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations.

(65) M. Jardinaux et J. Hourdeaux, Au Parlement confiné, la bataille sanitaire est une bataille démocratique, Mediapart, 23 mars 2020.

(66) O. Cousi, cité par H. Sergent, Coronavirus : Le quotidien des avocats bouleversé par le confinement et « l'état d'urgence sanitaire », préc.

(67) P. Spinosi, A. Lec'hvien et S. Bouderbala, État d'urgence : du terrorisme au virus, quand les libertés reculent, AFP, 25 mars 2020.

Copyright 2020 - Dalloz – Tous droits réservés