

« Les droits fondamentaux face à l'état d'urgence »

Par Etse SOLOME

Doctorant en droit public à l'université de Toulon, CDPC Jean-Claude Escarras, université de Toulon, Aix-Marseille Université, Université de Pau et des pays de l'Adour, CNRS, DICE n° 7318.

Document provisoire

Introduction

« Danton venait de se lever ; il avait vivement reculé sa chaise. Écoutez, cria-t-il. Il n'y a qu'une urgence, la République en danger. Je ne connais qu'une chose, délivrer la France (.....). Pour cela tous les moyens sont bons »¹. Si tous les moyens sont bons pour délivrer la République qui est en danger, ne devrait-il pas respecter au minimum la liberté des citoyens ? et de l'État de droit?

Si ces propos ne datent pas d'aujourd'hui, ils montrent que l'urgence peut justifier la mise à l'écart de la légalité ordinaire. L'urgence évoquée par Victor Hugo semble être celle qui paralyse le fonctionnement quotidien de la République et qu'on dénomme « l'état d'urgence ». La présente contribution sera orientée sur l'état d'urgence et de sa corrélation avec les droits fondamentaux.

Dans la perspective de la théorie du droit et de l'État, l'état d'urgence renvoie aux rapports normes/exception de la même façon qu'il interroge ses liens avec l'État de droit². Dès lors, il est opportun de caractériser le rapport entre l'état d'urgence et État de droit.

Définir l'état d'urgence sans aborder la signification de l'État de droit est alors emprunter un chemin truffé de pièges, puisqu'au regard de la banalisation³ de l'état d'urgence et de sa permanence⁴, il est difficile de délimiter le champ de mesures d'exception des mesures dites ordinaires. D'ailleurs, selon Jean-François Kervégan, la définition juridique de l'état d'exception se met en place en même temps que l'État constitutionnel⁵, ce qui semble flou au regard de la signification de l'état d'urgence et de l'État de droit tel que le défendait Carl SHMITT .

Par ailleurs, l'État de droit est une expression traduite de l'allemand *Rechtsstaat* employée pour caractériser un « *État dont l'ensemble des autorités politiques et administratives, centrales et locales, agissent en se conformant effectivement aux règles de droit en vigueur et dans lequel*

¹Victor Hugo Quatre-vingt-treize. Paris, Garnier Flammarion, 1965, p. 127. Cité par Gilles Lebreton, « Les atteintes aux droits fondamentaux par l'état de siège et l'état d'urgence », Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux.

²Marie Goupy ; Yann Rivière. « *De La Dictature À L'état D'exception* »: Approche Historique et Philosophique. Collection de l'École française de Rome 601. Rome: École Française de Rome, 2022, p. 257

³Denis Salas.« La banalisation dangereuse de l'état d'urgence », *Études*, 2016, p. 29-40. DOI : 10.3917/etu.4225.0029. URL : <https://www.cairn.info/revue-etudes-2016-3-page-29.htm>.

⁴Jane Kilpatrick. « *Quand un état d'urgence temporaire devient permanent, le cas de la France* ». Paris, Transnational Institute, 2020.

⁵Jean-François Kervégan. « état d'exception ». *Dictionnaire de philosophie politique, Quadrige/PUF* (2003): 252-255.

tous les individus bénéficient également de libertés publiques et de garantie procédurales et juridictionnelles⁶». Quant à l'état d'urgence, il est alors un « régime d'exception de gestion de crise dans lequel les libertés publiques peuvent être limitées⁷ ». selon le lexique des termes juridiques, il serait un « régime restrictif des libertés publiques, créé par une loi du 3 avril 1955, pouvant être appliquée sur tout ou partie du territoire national, se caractérisant par l'extension des pouvoirs ordinaires de polices civiles ». ⁸ La définition la plus complète que nous adhérons fut celle du professeur Dominique Rousseau selon laquelle l'état d'urgence serait « la mise en suspension de l'État de droit : les principes constitutionnels qui le fondent et le distinguent et les mécanismes et exigences du contrôle juridictionnel sont mis à l'écart. Si l'État de droit est, définition minimale, un équilibre entre respect des droits fondamentaux et sauvegarde de l'ordre public, l'état d'urgence, c'est le déséquilibre revendiqué au profit de la sauvegarde de l'ordre public ». ⁹ Dès lors, L'état d'urgence implique des questions qui relèvent du droit administratif, du droit des libertés fondamentales et surtout du droit constitutionnel moderne car les droits et libertés qu'il enfreint sont dorénavant considérés comme ayant une valeur constitutionnelle¹⁰.

L'idée de confronter l'état d'urgence aux droits fondamentaux relève d'un sujet très riche et passionnant du fait que la protection des droits et libertés fondamentaux ne sont que des garanties issues de la Constitution ou d'un traité international. Sans rentrer dans les théories de la « *fondamentalisation* » d'un droit ou d'une liberté, le caractère fondamental découle de la consécration dudit droit ou de ladite liberté par une norme supérieure dont le mécanisme de révision s'avère contraignant¹¹.

La France a adopté au XXI^{em} siècle un important arsenal juridique de régime d'exception de l'état d'urgence. Ces états d'urgences se sont successivement succédé entre novembre 2005 à janvier 2006 en réaction à une vague d'émeutes, de novembre 2015 à novembre 2017 à la suite des attentats de Paris et de Saint-Denis et de mars 2020 à juillet 2022 en raison de la crise sanitaire. Il convient de rappeler que la décision de déclarer « l'état d'urgence » relève d'une situation exceptionnelle qui a des conséquences relatives sur la démocratie et l'État de droit.

⁶Thierry Debard. « *Lexique des termes juridiques* ». 2018 ; p.443

⁷Dictionnaire du vocabulaire juridique. 13^eédition sous la direction de Rémy Cabrillac. 2022 ; p.249.

⁸Thierry Debard. *Lexique des termes juridiques* 2019 Op Cit. , p.464-465.

⁹ Dominique Rousseau. « *L'état d'urgence, un état vide de droit (s)* ». *Revue Projet*, 2006, n° 291, p. 19-26.

¹⁰Olivier Beaud, Cécil Guérin-Bargues. « *L'état d'urgence: Une étude constitutionnelle, histoire et critique* ». LGDJ, 2016, p.13.

¹¹ Voir à ce propos Ludovic Benezech . « *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme.: contribution à l'étude de la fondamentalisation des droits* ». 2019. Thèse de doctorat. Université Clermont Auvergne(2017-2020). p.23-32.

La déclaration de « l'état d'urgence » produit des effets significatifs sur le fonctionnement des institutions censées garantir les abus de l'exécutif contre les libertés et droits des citoyens. De ce fait, l'instauration de l'état d'urgence invite à poser des questions sur ses effets et, au-delà, réfléchir sur le régime du droit d'exception pour tout régime démocratique soucieux de la protection des droits et libertés¹².

Caractérisé par une production massive des normes juridique ainsi qu'un amoindrissement du contrôle des juridictions, l'état d'urgence constitue une menace à la sécurité juridique et à l'intelligibilité des normes¹³. Cette situation pourrait être considérée comme une tempête qui ravage les droits et libertés dont les plus sensibles sont la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion, le droit à la vie privée par une surveillance généralisée et le traçage¹⁴, la liberté d'entretenir librement des relations, la liberté d'expression. Par ailleurs, l'état d'urgence décrété durant la crise sanitaire a porté des atteintes à certains droits et libertés¹⁵. En effet, pendant la crise sanitaire, certains pays ont fait le choix de procéder à une surveillance généralisée avec publication de l'identité des personnes¹⁶. Ainsi, la question qui se pose dans le cadre de notre communication est de savoir si les droits et libertés sont-ils bien protégés en période d'état d'urgence ?

La protection des droits et libertés en période d'exception (l'état d'urgence) s'inscrit dans une logique de processus de sauvegarde des valeurs démocratiques qui se révèle jusqu'à ce jour nécessaire. Cependant, les dispositions de l'état d'urgence fragilisent en majeure partie les libertés et droits tout en favorisant le déséquilibre des pouvoirs qui est susceptible de provoquer une montée de régime arbitraire. À la lumière de ce qui précède, il convient d'abord, d'analyser la nature de la relation entre l'état d'urgence et la protection des droits fondamentaux **(I)**. Ensuite, il sera abordé les conséquences du régime de l'état d'urgence pour les droits et libertés **(II)**.

¹²Gervier Carolina, Cerda-Guzman. « *La sortie de l'état d'urgence* ». Collection : Colloques & essais. Bayonne: Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2020, p.8.

¹³Clément Schouler, Laurent Mucchielli. « *Covid, état d'urgence et libertés publiques* ». 2022, p.1

¹⁴Martin Untersinger, Chloé Hecketsweiler, François Béguin et Olivier Faye, « *L'application StopCovid retracera l'historique des relations sociales : les pistes du gouvernement pour le traçage numérique des malades* », Le Monde, 8 avril 2020.

¹⁵ *Le droit au consentement, le droit à la dignité humaine, la liberté d'entreprendre et la liberté d'association*. Cf LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

¹⁶Voir à ce propos Philippe Mesmer, « *En Corée du Sud, le respect de la vie privée au défi du traçage des contaminés au Covid-19* », Le Monde, 5 avril 2020. Voir Arié Alimi. « *Le Coup d'état d'urgence: Surveillance, répression et libertés* ». Seuil, 2021. p.80.

I : La coexistence variable entre l'état d'urgence et les droits fondamentaux

Le caractère hybride de l'état d'urgence invite à porter un regard croisé sur sa finalité. Proclamé pour faire face à des situations dites « exceptionnelles » ou pour lutter contre tout danger susceptible d'affecter la vie démocratique, la densité de son régime juridique fait ressurgir des doutes autour de la protection des droits et libertés fondamentaux. Pour appréhender les relations entre les droits fondamentaux et l'état d'urgence, il serait pertinent de passer en revue la protection des droits et libertés en période d'urgence (A), en sachant que l'effectivité d'une garantie des droits et libertés ne peut être assurée que par les juridictions qui contrôlent les mesures administratives prises en période d'exception (B).

A : Une protection en demi-teinte des droits et libertés

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression »¹⁷.

La protection de ces droits est la pierre angulaire du contrat social. Même si les libertés énoncées dans cet article ne peuvent être qualifiées que d'individuelles et ne peuvent pas prévaloir sur l'intérêt général, ces libertés fondent la finalité de la protection des droits et libertés. Toutefois, l'histoire des circonstances exceptionnelles a changé les fondements de cette consécration par une fragilisation de ces libertés.

Les droits et libertés reposent sur un mouvement qui rassemble différents acteurs au menu duquel se retrouvent les autorités administratives ou l'exécutif. Les différentes déclarations sur l'état d'urgence contiennent des discours qui semblent protéger les citoyens contre les agressions terroristes, à préserver la santé de tous pendant la crise sanitaire connue sous le nom d'état d'urgence sanitaire et à protéger les citoyens contre les menaces climatiques. Cette idée peut être illustrée par le discours du ministre de l'intérieur Bernard Cazeneuve qui estime que *« Si nous sommes si déterminés (...), c'est parce que nous savons qu'elle est la condition de la protection de nos valeurs et de nos principes républicains et démocratiques. C'est pour permettre au Gouvernement d'atteindre ces objectifs (...) »*. D'autres courants d'idées pensent que l'état d'urgence n'échappe pas à l'État de droit¹⁸. Il est important de noter que la protection

¹⁷ Article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789.

¹⁸ Voir le discours du ministre Bernard Cazeneuve sur la présentation de la première loi de prorogation de l'état d'urgence devant la Commission des lois à l'Assemblée nationale prononcé le 20 novembre 2015 ; voir aussi, la séance de questions au gouvernement à l'Assemblée nationale, 1er décembre 2015. Déclaration sur la mise en

des valeurs démocratiques (libertés et droits de la personne, respect de la primauté du droit) reste l'ultime option sur laquelle est fondée l'état d'urgence comme le montrent des défenseurs de la légitimité de l'état d'urgence.

Les mesures prises dans le cadre des états d'urgence ont pour objectif la protection de la population. Ces dispositions adoptées qui permettent de faire obstacle au trouble à l'ordre public susceptible de provoquer des dégâts graves à la paix sociale, de diminuer le nombre de malades, de décès auquel nous pouvons rattacher le droit à la santé et peut-être le droit à la vie. Ces mesures ont une importance jusqu'à ce que le Conseil d'État, dans son rapport annuel de 2021 évoque notion d' « *efficacité* » et de « *bénéfice* »¹⁹ des politiques de l'état d'urgence et de son succès en ce sens qu'il est décrété pour trouver des solutions à une situation résultant de péril imminent, si nous prenions quelques mots de la loi de 1955 sur l'état d'urgence.

Pour ne pas exagérer sur les protections à mi-chemin sous le fondement de l'état d'urgence , il y a le retour au calme et l'arrêt des troubles à l'ordre public qui peut faciliter l'exercice à temps partiel des quelques libertés et surtout du droit à la sûreté malgré les débats sur les effets des mesures dérogatoires. Cette démonstration ne peut qu'être appréciée au regard des actions antiterroristes. Cette illustration montre que les mesures de l'état d'urgence s'inscrivent dans une approche de la fonction première des gouvernants, qui consiste à préserver l'existence du corps social par une imposition de série de mesures pour assurer la protection des personnes et des biens contre les menaces de toute nature²⁰susceptibles de causer l'éclatement et la dissolution de l'ordre social.

Sans recourir aux mesures destinées à la lutte contre la menace, l'exécutif peut adopter des mesures exceptionnelles y compris restrictives de liberté tout en prônant l'idée de protéger le peuple.

Pour garantir l'effectivité des libertés ou des droits, l'intervention des mécanismes de contre-pouvoir dont les juges sont au premier rang est nécessaire. Toutefois, une lecture des états d'exceptions, des écrits des historiens du droit, des philosophes du droit et des constitutionnalistes illustre les défaillances des juridictions en période d'exception.

œuvre et le contrôle de l'état d'urgence , 2 décembre 2015 ; la Séance au Sénat du 9 février 2016 et le même discours devant l'Assemblée nationale le 11 février 2016 ; phrase reprise par B. Le Roux, Séance au Sénat, 15 décembre 2016.

¹⁹Rapport annuel du Conseil d'État : « *Les états d'urgence: la démocratie sous contraintes* ». La Documentation française, 2021. p. 134.

²⁰Jacques Chevallier. « *L'État de droit au défi de l'État sécuritaire* ». (2018): p.293-312.

B : La défaillance des mécanismes juridictionnels de protection des droits et libertés

« Le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de réalisation de l'État de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée ; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection. Le culte du droit aboutit en fait à une sacralisation du juge : investi du rôle de « gardien des valeurs », le juge est chargé de les défendre contre la volonté capricieuse des majorités et de contre domination d'une raison instrumentale exclusivement soucieuse d'efficacité »²¹. Cette affirmation du professeur Jacques Chevallier doit interpeler autant que possible les juges, garant de l'effectivité de la protection des droits. Or la gouvernance en permanence par des mesures d'exception paralyse à bien des égards le contrôle juridictionnel qui est destiné à protéger l'effectivité des droits fondamentaux.

Face aux régimes juridiques très contraignant des états d'urgences où la mise en œuvre des contrôles n'intervient qu'après une fragilisation des droits, le rôle des institutions de contre-pouvoir garant de la vie démocratique est un sujet à débat qui intéresse tant les universitaires que les praticiens du droit. Dans la présente contribution, les mécanismes qui seront abordés concernent les institutions juridictionnelles qui ont pour but de censurer les actes administratifs susceptibles de mettre en cause les valeurs de l'État de droit . Ces mécanismes peuvent être aux plans national et international. Ainsi, serait étudié le rôle des institutions judiciaires et administratives en période d'exception, car leurs actions laissent parfois un vide autour de la protection des droits et libertés fondamentaux.

Les procédés de l'état d'urgence consistent à prévenir les actes terroristes pour les états d'urgences de 2005 - 2006, de 2015 - 2017 ou à préserver la santé collective de tous avec l'état d'urgence sanitaire. C'est de toute évidence que l'état d'urgence s'inscrit dans une logique préventive qui consiste à agir avec les mesures de police administrative. C'est pourquoi, le rôle des juridictions administratives est mis en avant pour contrôler et superviser les décisions des autorités administratives centrales ou locales. Cependant, cette suprématie de la juridiction administrative a été vivement critiquée par la doctrine²².

²¹Jacques Chevallier. « L'État de droit au défi de l'état sécuritaire ». (2018) . p.133. Voir également Stéphanie Hennette-Vauchez. « La Démocratie en état d'urgence ».Op cit, p. 83.

²²Voir le rapport du Centre de Recherches et d'Études sur les droits fondamentaux (Credof) transmis au Défenseur des droits présentant une analyse exhaustive de 775 mesures de justice dans le cadre de recours formés par des personnes qui ont fait l'objet de mesures prises sur le fondement de l'état d'urgence .

Il convient de rappeler que les contrôles juridictionnels administratifs pendant la période d'exception en ce qui concerne les mesures de privation de liberté sont lacunaires, car ces contrôles n'interviennent qu'après une mise en vigueur des dispositions sur l'état d'urgence. Il y a également l'exemple des avis du Conseil d'État sur les projets de l'état d'urgence qui parfois ne sont pas suivis par l'exécutif. A cette occasion nous pouvons citer, à titre illustratif, l'avis du Conseil d'État de juillet 2016²³. Dans d'autres hypothèses, le Conseil d'État aggrave la situation en demandant au gouvernement d'être plus ferme sur les actions en défaveur de l'état d'urgence. Tel est le cas de son avis de 2016 qui permettait au gouvernement de prononcer la dissolution des associations²⁴ « *qui participent à la commission d'actes qui portait atteinte grave à l'ordre public ou dont les activités facilitent cette commission ou y incitent* ».

Dans d'autres circonstances, les tribunaux administratifs rejettent les recours en référé au motif que la condition d'urgence n'est pas remplie, alors que, les conditions d'assignations en résidence et de déchéance de nationalité sont exécutoires sans le droit à la présomption d'innocence dans le cadre de l'état d'urgence de 2015 - 2017 .

Ce n'est qu'après plusieurs violations des droits et libertés que le Conseil d'État intervient plus tard dans une décision de décembre 2015 pour affirmer que les conditions d'assignation en résidence portent par principe une atteinte aux droits et libertés de nature à créer une situation d'urgence au terme du référé-liberté²⁵. La pauvreté de l'apport des décisions juridictionnelles ressort également des rejets des dispositions attaquées sur la loi de l'état d'urgence devant le Conseil d'État au cours desquels les auteurs de la saisine estiment que certaines dispositions portent une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés.

Par ailleurs, la déclaration des états d'urgences a des conséquences sur les libertés individuelles dont l'effectivité de la protection de ces libertés relève de la compétence du juge judiciaire. Toutefois, le gouvernement évite de saisir l'autorité judiciaire en période d'exception. Certes, cette pratique peut être appréciée du simple fait que le juge administratif est le juge de

²³ Avis du 18 juillet 2016 , n° 391834 NOR : INTX1620056L.

²⁴ Avis du 17 novembre 2017, n° 390.786 NOR . INTX1527699L.

²⁵CE, Section, 11 décembre 2015, n°395009. « *Considérant 20.Considérant qu'eu égard à son objet et à ses effets, notamment aux restrictions apportées à la liberté d'aller et venir, une décision prononçant l'assignation à résidence d'une personne, prise par l'autorité administrative en application de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, porte, en principe et par elle-même, sauf à ce que l'administration fasse valoir des circonstances particulières, une atteinte grave et immédiate à la situation de cette personne, de nature à créer une situation d'urgence justifiant que le juge administratif des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, puisse prononcer dans de très brefs délais, si les autres conditions posées par cet article sont remplies, une mesure provisoire et conservatoire de sauvegarde* ». Voir également CE, Sec, 11 décembre 2015, n°394990. « *Considérant 10* » .

l'administration, il ressort que les mesures édictées lors de l'état d'urgence relèvent également des pouvoirs du juge judiciaire car la liberté individuelle fait souvent objet de restriction. Cet évitement du juge judiciaire qualifié de première instance comme « *gardien des libertés individuelles* » (article 66 de la constitution de 1958) renforce l'éternelle rivalité entre le juge judiciaire et le juge administratif pour la protection des libertés. Cette rivalité ne doit en aucun cas mettre en danger la protection offerte aux libertés. Le président de la Cour de cassation a abordé la situation ainsi évoquée au cours de l'audience de la rentrée de 2016 lorsqu'il affirmait que « *les pouvoirs publics sont-ils parfois portés à prendre leurs distances avec l'Autorité judiciaire ? Si oui pourquoi ? quelles défaillances ou quels risques l'Autorité judiciaire présente-t-elle qui justifierait que l'État préfère l'éviter lorsqu'il s'agit de la défense de ses intérêts supérieurs ? Le premier président de la Cour de cassation se doit de poser loyalement cette question dans les circonstances dramatiques que notre pays traverse avec un accompagnement législatif qui ne s'est pas tourné spontanément vers l'autorité judiciaire lorsque l'on met en place le contrôle de l'application aussi bien de la loi sur le renseignement que celle sur état d'urgence, textes qui intéressent pourtant au premier chef la garantie des droits fondamentaux....* »²⁶.

Si, en vertu de l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire est le garant des libertés individuelles et qu'en période d'exception son rôle est remis en question, il nous semble évident de croire que ces droits mis à l'épreuve ne seront pas protégés.

Une autre raison qui pourrait être évoquée et qui semble plus objective dans la protection des libertés est que, le juge arrive presque trop tard²⁷. L'inertie des juridictions en période d'exception pour la préservation des droits et libertés a été démontrée par le juriste Paul Leroy qui l'a parfaitement résumé dans sa thèse en affirmant que « *La liberté du juge en temps de crise est très limitée. En une époque tourmentée, le juge ne peut aller à contre-courant. Il ne peut prétendre défendre le droit à lui seul, alors que le Parlement, soit accorde les pouvoirs exceptionnels, soit se montre très conciliant envers les initiatives de l'exécutif* »²⁸.

²⁶D'autres parlent « d'éviction » du juge judiciaire. Voir également Agnès Roblot-Troizier, « *Assignation en résidence en état d'urgence* » RFDA, 2016, p. 123 ; Stéphanie Hennette-Vauchez. « *Ce qui reste (ra) toujours de l'urgence* ». LGDJ/Varenne, 2018. p.113.

²⁷Olivier Beaud, Cécile GUÉRIN-Bargues. « *L'état d'urgence : Une étude constitutionnelle, histoire et critique* ». LGDJ, 2016. Op cit. 16.

²⁸ Paul Leroy. « *L'organisation constitutionnelle et les crises* ». Thèse de doctorat, Université de Grenoble, 1963. p.129.

Ce manque de saisie du droit jurisprudentiel en période d'exception que certains auteurs ont pu qualifier d'« *infériorité* »²⁹ du droit jurisprudentiel doit interpeler la doctrine à se tourner vers le temple de production des normes, c'est-à-dire vers le législateur et le pouvoir réglementaire pour limiter leurs actions.

La suspension des normes ordinaires au profit des normes de l'état d'urgence pour faire face au péril imminent empiète l'exercice des droits et libertés et modifie leurs régimes juridiques.

La défaillance des mécanismes juridictionnels pour la protection des libertés durant les états d'urgence montre à quel degré le régime de l'état d'urgence est une menace aux droits et libertés. Dès lors, il va être question de s'attarder sur les restrictions des droits et libertés durant l'état d'urgence.

II : L'état d'urgence, un régime potentiellement dangereux pour droits fondamentaux

Les états d'urgence et les conditions dans lesquelles ils sont décrétés sont des contextes uniques qui permettent une restriction inédite des libertés et de la suppression de certains droits. De plus, leur régime juridique est si souple qu'ils constituent un véritable handicap aux libertés. La dangerosité du régime juridique des états d'urgence, est due au fait que son régime fragilise les droits et libertés (A). En effet, la prévalence d'un droit sécuritaire au détriment des autres droits et libertés constitue également une condition d'altération des droits et libertés (B).

A : L'état d'urgence, un régime restrictif des droits et libertés

La proclamation de l'état d'urgence a un impact significatif sur le régime de garanties des droits et libertés. Ainsi, les dispositions de l'état d'urgence offrent la possibilité aux autorités administratives de restreindre les libertés ou d'interdire la jouissance de certains droits. La liberté de manifestation, la liberté d'aller et venir sont restreintes au nom de l'état d'urgence.

La suspension des libertés de déplacement a pris un tournant aussi large lors de l'état d'urgence sanitaire et atteint la majorité des activités que l'autorité administrative a considérée comme « *non indispensable* ». La restriction des libertés touche également la liberté du commerce et d'industrie où tout ce qui n'est pas autorisé est interdit³⁰, comme ce fut le cas de la fermeture

²⁹Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues. « *L'état d'urgence : Une étude constitutionnelle, histoire et critique* ». *Op cit.*

³⁰Vincente Sizaire. « *L'état d'urgence sanitaire menace-t-il les libertés fondamentales* ». *The Conversation. com*, 2020, vol. 6.

des entreprises de petite taille. On observe que les contraintes sur les libertés ont été levées au rang de principe³¹ pour ne plus permettre l'exercice de la liberté que par exception. Ainsi, l'article 4 du (décret du 29 octobre 2020 n° 2020-1310) supprime de manière explicite la liberté d'aller et venir en disposant que « *tout déplacement de personne hors de son lieu de résidence est interdit à l'exception des déplacements pour motifs suivants (...)* »³². Cet article aurait pu être formulé de la manière suivante « par exception, sont interdits les déplacements pour motif suivant (...) ». Une telle rédaction aurait eu le mérite d'exposer clairement les intentions des rédacteurs de ce texte, car ceux-ci sont les seuls à savoir quels déplacements doivent être suspendus en raison de l'état d'urgence.

À ces privations de liberté, le confinement pendant l'état d'urgence a tendance à ressembler à une assignation en résidence³³. En raison de ces circonstances, on pourrait se demander quelles libertés et quels droits fondamentaux subsistent encore en période d'exception.

Outre les mesures générales, il y a des mesures locales qui exigent la fermeture des établissements, l'interdiction de rassemblement et de manifestations, la suspension de la célébration du mariage, la suspension de l'enregistrement des demandes d'asile, l'interdiction de s'asseoir sur un banc (à Biarritz et Béziers), l'interdiction de pratiquer le jogging à certaines heures précises (à Paris)³⁴.

Au-delà de la liberté d'aller et venir, le régime juridique de l'état d'urgence est aussi restrictif qu'il en supprime plusieurs droits et libertés tels que le droit au recours, le droit à l'instruction, la liberté de cultes, la liberté d'accéder à la culture, la liberté de réunion, le droit à la défense devant les tribunaux³⁵. Ces mesures, aussi dangereuses soient-elles, ont été observées lors de la crise sanitaire. Les mesures décidées par le pouvoir exécutif s'appliquent à tous et en tout lieu. Or, ces mesures pourraient être appliquées dans des lieux plus fréquentés ou peu aérés lors de la crise sanitaire, en ce qui concerne par exemple l'obligation du port des masques dont aucune démonstration scientifique n'a été approuvée, à ce qu'il nous semble au-delà de ce que l'Organisation mondiale de la santé préconisait³⁶. L'obligation de port de masque décidé par le

³¹Clément Schouler, Laurent Mucchielli. « Covid, état d'urgence et libertés publiques ». 2022, p.73-85.

³²Voir : Art 4. al 1. du Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*.

³³ Paul Cassia. « Le confinement : « 67 millions de privations arbitraires de la liberté de circuler ». « Le blog de Paul Cassia » sur Médiapart, 13 mai 2020.

³⁴ Stéphanie Hennette Vauchez. « La Démocratie en état d'urgence ». Seuil, 2022. p.60.

³⁵ CC, QPC, 8 février 2021 n° 2020-872.

³⁶Dans le document intitulé Conseils sur le port du masque dans le cadre de la COVID-19, du 5 juin 2020, l'OMS précise : « *il n'y a pas d'éléments directs sur l'efficacité du port généralisé du masque par les bienportants en vue de prévenir les infections dues à des virus respiratoires, notamment celui de la COVID-19* ».

gouvernement n'est pas seulement une privation de liberté mais se rapproche à des contentions³⁷ corporelles (*le masque permet de contenir les exhalaisons*) prohibés par le code de procédure pénale (article 803). Les mesures prises pendant l'état d'urgence sanitaire en France ayant pour but de limiter les droits et libertés pour éviter la propagation du virus SARS-CoV-2 poussent la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) à les décrire comme étant « *d'une ampleur jamais égalée, tant par leur généralisation à l'ensemble des droits et libertés que par leur étendue*³⁸ ».

Dans la plupart des pays Occidentaux, comme la France, où l'état d'urgence est mis en œuvre, il a semblé que l'ancien principe libéral au terme duquel « *la liberté est la règle et la restriction de police, l'exception*³⁹» semble être renversée et constitue une entrave aux droits et libertés.

Par ailleurs, le régime juridique instauré par les états d'exception n'apporte pas de preuve d'une garantie aux droits et libertés. C'est dans ce contexte que s'inscrit la décision du 22 décembre 2020 de la haute juridiction administrative qui estima que « *le gouvernement n'a apporté (...) aucun élément de nature à justifier de la nécessité d'imposer de façon générale et absolue, à la date où elles ont été édictées, les restrictions prévues par les dispositions attaquées*⁴⁰». Le Conseil d'État jugea ainsi que les dispositions attaquées portent une atteinte trop significative au droit au respect de la vie privée et familiale .

Aussi, l'état d'urgence sanitaire à favoriser un recueil et du traitement des données personnelles surtout dans le domaine de la santé grâce au décret du 12 mai 2020 sur l'état d'urgence qui permet à l'administration de déroger au principe du secret médical. Cette dérogation a un impact très grave sur les relations de confiance qui existent entre le médecin et son patient. En accordant l'accès aux données de santé qualifiées de « *données sensibles* » sans le consentement des personnes infectées, non seulement le système remet en cause le principe du secret médical mais constitue également un risque trop élevé et réel aux renoncements des soins⁴¹ (*droit du patient*) comme l'a noté la CNCDH.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés estime de son côté qu'un « *tel aménagement de l'accès à ce nouveau fichier à un grand nombre personne qui loin d'être toutes des médecins déroge au secret médical et constitue en même temps une situation inédite et porte une atteinte au droit au respect de la vie privée et ne respecte pas la protection offerte aux*

³⁷ Voir Clément Schouler, Laurent Mucchielli. « *Covid, état d'urgence et libertés publiques* ». 2022. Op cit p.73-85.

³⁸ CNCDH, 26 mai 2020, *Avis sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et les libertés*.

³⁹ CE, 10 août 1917, *Baldy*, n° 59855.

⁴⁰ CE, 22 décembre 2020, n° 439804.

⁴¹ Avis de la CNCDH sur la *prorogation de l'état d'urgence sanitaire et libertés*, 26 mai 2020.

données à caractère personnel »⁴². Le nouveau fichier dénommé *Contact Covid* que la Caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM) est appelée à mettre en œuvre par le biais des dispositions d'exception permet alors de recueillir et de traiter les données de chaque individu considéré comme « *contact à risque de contamination* ». Ces données, par définition, constituent des données d'identification (noms, prénoms, date de naissance, le sexe, adresse de résidence, le numéro de téléphone et adresse électronique pour ne point citer que cela) dont la collection est par principe interdite. Ces données permettent également de déterminer que les personnes ont été infectées précédemment et qu'elles ont été vaccinées. Elles permettent en outre de connaître la profession, les lieux fréquentés, le lieu d'activité, ce qui constitue des mesures de fichages des données sensibles, lesquelles sont protégées par le secret médical et le droit à la vie privée⁴³. Nous pouvons ainsi en déduire que, avec l'état d'urgence sanitaire, tout est planifié pour accélérer la surveillance généralisée de la population⁴⁴.

Certes, que le régime juridique des états d'urgence porte atteinte aux droits et libertés, il n'en demeure pas moins que la prévalence d'un droit sécuritaire durant les états d'exception porte également des atteintes aux droits et libertés.

B: La prévalence d'un droit sécuritaire au détriment d'autres droits et libertés

La déclaration d'état d'urgence au nom du droit à la sécurité mérite d'être examinée sur ses implications juridiques. Pourquoi restreindre les droits et libertés à valeur constitutionnelle telle que la liberté d'aller et venir, la liberté individuelle, la liberté de manifestation aux dépens du droit à la sécurité dont les débats ne cessent d'opposer les doctrines juridiques sur l'éventualité de sa valeur constitutionnelle.

Si aux termes de l'article 1^{er} de la loi de 1995⁴⁵, la sécurité est considérée comme un droit fondamental, le droit à la sécurité demeure un droit purement législatif et ne peut en aucun cas s'imposer à un droit ou une liberté constitutionnellement garantie.

Il n'est pas possible de penser qu'un législateur « malicieux » peut adopter des mesures législatives contraires aux droits et libertés constitutionnels⁴⁶ au nom de la sécurité du fait de

⁴²CNIL, Délibération du 8 mai 2020.

⁴³Clément Schouler, Laurent Mucchielli. « *Covid, état d'urgence et libertés publiques* ». 2022. Op. cit. p. 7.

⁴⁴Arié Alimi. « *Le Coup d'état d'urgence: Surveillance, répression et libertés* ». Seuil, 2021, p.79-88.

⁴⁵Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité*.

⁴⁶Voir à propos les Censures du Conseil Constitutionnel à propos de l'adoption de la loi sur la sécurité globale. CC. 20 mai 2021, n° 2021-817 DC. <https://www.actu-juridique.fr/breves/libertes-publiques-ddh/loi-pour-la-securite-interieure-le-conseil-constitutionnel-censure-plusieurs-articles>.

l'absence de recours *a priori* qui peut durer par la prorogation de l'état d'urgence. En guise d'exemple, nous pouvons citer l'interdiction des manifestations pour des raisons de sécurité pendant la crise sanitaire.

Il en est aussi l'hypothèse de l'existence de normes juridiques non valides⁴⁷ ou de normes inconstitutionnelles portant atteinte aux droits et libertés sans être censurées. La dernière hypothèse peut être étayée par la configuration actuelle de l'Assemblée parlementaire établie par la V^{em} République en France où la majorité parlementaire met parfois en oeuvre sans grande contestation la politique de l'exécutif qui prive les citoyens de leurs droits au nom de la sécurité. En prônant la sécurité comme socle de base de l'état d'urgence, on remettrait en cause les doctrines sur les éléments constitutifs de la fundamentalité⁴⁸ d'un droit ou d'une liberté. Ainsi, l'état d'urgence semble de plus en plus se transformer en état de sécurité dans lequel les droits et libertés sont bafoués. D'ailleurs, cette idée peut être déduite des propos de Giorgio Agamben lorsqu'il exposait que « *l'état d'urgence s'inscrit dans un processus inéluctable qui est en train de faire évoluer les démocraties occidentales vers quelque chose qu'il faut appeler l'état de sécurité* » (*Security State*⁴⁹).

En effet, malgré les nombreuses répliques du Conseil d'État sur l'utilisation des drones par les autorités en période d'urgence sanitaire, certaines collectivités comme la préfecture de Paris l'ont utilisés au nom de la sécurité sanitaire⁵⁰ en estimant que c'est une mesure d'alerte des rassemblements de plus de 80 personnes, ce que la haute juridiction administrative considère comme des mesures qui ne respectent pas le cadre légal de la loi informatique et liberté durant la crise sanitaire. Il semble dans ces circonstances que l'état sécuritaire se substitue aux mesures préventives.

Les atteintes aux droits et libertés, ayant pour but de sauvegarder l'ordre public, sont mises en place sous le fondement d'un droit à la sécurité vulgarisée dans des discours politiques. Ce régime du droit à la sécurité modifie ainsi les régimes juridiques et les conditions d'exercice des droits et libertés. Cependant, il est important de noter que cette notion de prévention est vague et l'exécutif en profite pour mettre en oeuvre sa politique qui ne ressort pas de l'intérêt

⁴⁷Guastini Riccardo, Véronique Champeil-Desplats. « *Leçons de théorie constitutionnelle* ». Paris, Dalloz, collection Rivages du droit, (2010). chapitre1. Voir aussi Christophe Agostini. « *Les normes non valides: contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes* ».Thèse Paris Nanterre, 2000.

⁴⁸Ludovic Benezech. « *La diffusion des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme: contribution à l'étude de la fundamentalisation des droits* ». 2019. Thèse de doctorat. Université Clermont Auvergne(2017-2020). Op cit, p.22-34.

⁴⁹Giorgio Agamben. « *De l'État de droit à l'État de sécurité* », *le Monde*, 23 décembre 2015.

⁵⁰CE, 18 mai 2020,n° 440442. Cons 18.

des citoyens. Cette logique a été bien illustrée par les propos de certains doctrinaires qui parlent du détournement de l'état d'urgence⁵¹ (Marie Goupy, Yann Rivière dans leur ouvrage intitulé « *De la dictature à l'état d'exception* »).

En premier lieu, l'ordre public au nom de la sécurité ne dispose d'aucun enracinement textuel hormis l'article 10 de la Déclaration de 1789 qui considère l'ordre public comme la limite à la liberté d'opinion. Ce n'est qu'en 1980 que le Conseil constitutionnel a reconnu l'ordre public comme un objectif à valeur constitutionnelle forgé de toutes pièces en considérant que « *la prévention d'atteinte à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens sont nécessaire à la mise en œuvre de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle* »⁵². L'état d'urgence décrété sous cette forme d'ordre public, aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 3 avril 1955 avec le flou et la généralité de la notion au regard des décisions du Conseil constitutionnel⁵³, entraîne une « *déconnexion* » ou le « *détournement* » de l'état d'urgence de sa finalité dans une logique de restreindre les droits et libertés. On peut se demander si la pandémie de *Covid* 19 est une menace de trouble à l'ordre public.

La généralisation du droit à la sécurité et ses dérives modifient profondément les conditions d'exercice des droits et les libertés et portent des atteintes significatives aux droits et libertés.

En ordonnant le confinement, les assignations en résidence, l'interdiction des manifestations, l'instauration des périmètres de sécurité, la fermeture préventive des lieux au nom de la sécurité en période d'exception brouillent enfin la distinction entre le régime répressif et le régime préventif⁵⁴ et subordonnent ainsi l'exercice des droits et libertés fondamentaux au seul droit à la sécurité. L'idée de sécurité a été ainsi mise généralement en avant dans les périodes d'exception pour justifier les entorses à l'État de droit selon les contextes politiques. Dès lors, semble que l'équilibre entre la sécurité et la protection des droits et libertés est donc précaire.

⁵¹ Jean-Philippe Foegle. « *Les étrangers, cibles de l'état d'urgence permanent* », *Plein droit*, vol. 117, no. 2, 2018, pp. 7-11.

⁵²Dans la décision n°80-127 DC des 19-20 janvier 1981, « *Sécurité et liberté, le Conseil constitutionnel mentionne l'ordre public au titre des « fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle » (cons. 58) pour le qualifier explicitement d'objectif de valeur constitutionnelle dans la décision n°82-141 DC, préc. (cons. 5 « les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* ».

⁵³CC, 25 juillet 1991, n°91-294. *Accord de Schengen*, cons. 17 : « *l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, qui implique notamment que soit assurée la protection des personnes*, CC, 15 novembre 2007 n°2007-557. « *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile* », cons. 11, Décision 2016-611 QPC, 10 février 2017, M. David P. [*Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes*], cons. 5.

⁵⁴Ariane Vidal-Naquet. « *Le maintien de l'état d'urgence : vers un nouveau droit des droits et libertés? . La sortie de l'état d'urgence* ». 2017, p.9.

Conclusion

En 1995, le juriste Gérard Lyon-Caen professeur de droit à la faculté de droit de Dijon dans sa chronique législative sur la loi de l'état d'urgence prononçait la formule suivante « *Cette loi instituant un état d'urgence écrivait-il, sera considérée comme un moment décisif de l'histoire législative de la France, comme une étape importante de la crise des libertés individuelles dans la démocratie française, comme le reniement d'une conception jusque-là indiscutée de la légalité* »⁵⁵. S'il était encore vivant pendant les états d'urgence de 2015- 2017 et de 2020-2022, quelle analyse aurait-il faite ?

La conjonction de la lutte contre le terrorisme et la protection de la santé prise sur le fondement de l'état d'urgence sont un « cocktail explosif » dont les droits fondamentaux sont les premières victimes. L'état d'urgence en France et dans d'autres pays met en péril le fonctionnement de la démocratie, tout en déstabilisant le fonctionnement des institutions qui garantissent l'effectivité des droits et des libertés. L'état d'urgence renforce le pouvoir exécutif par une présidentialisation accrue des pouvoirs avec une autocensure des parlementaires qui autorisent le gouvernement à légiférer par ordonnances⁵⁶. Les réunions à titre répété du Conseil de défense sous la direction du président de la République sont une illustration de la présidentialisation des pouvoirs.

Quant au contrôle juridictionnel des actes réglementaires et au contrôle de constitutionnalité des lois, l'on assiste à une validation systématique des lois qui suspendent les libertés pour des raisons de sécurité ou de santé. Ce rejet répété des référés par le Conseil d'État lors des états d'urgence démontre un laisser-aller au profit de l'exécutif⁵⁷ qu'on pourrait qualifier d' « *une mansuétude certaine* ». Face aux observations, on pourrait affirmer que l'état d'urgence permanent marque le début de la fin du système de protection des droits et libertés, indispensable à tout État qui se veut démocratique.

Dans le contexte des états d'urgences, la préférence de la « *sécurité* » au détriment de la « *liberté* » dans les discours politiques serait une inversion de ce qu'est la consécration de la

⁵⁵Gérard Lyon-Caen.« *l'état d'urgence* », in Revu progressiste de droit français, n°7, juillet -septembre 1955, p11.Voir également Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues. « *L'état d'urgence : Une étude constitutionnelle, histoire et critique* ». LGDJ, 2016, p. 189.

⁵⁶Jacky Hummel.« *Une culture parlementaire révélée. Rationalité gouvernementale et contrôle caméral de l'état d'urgence sanitaire, approches de droit public et de science politique* ».P.99-116. Voir aussi Elina Lemaire.« *Le Parlement face à la crise du Covid* ». Le blog de Jus Politicum, 13 avril 2020.

⁵⁷Gweltaz Eveillard.« *Le Conseil d'État, juge du référé-liberté à l'heure de la covid-19* » ; Guillaume Le Floch (dir.), Covid19, approches de droit public et de science politique ».p. 199-216.

notion même de « *sûreté* » en droit, voire une remise en cause des travaux de la DDHC dont on connaît la place dans la protection des droits fondamentaux.

Les critiques semblent être subjectives et pourraient ainsi s'opposer à des considérations relevant du réalisme politique. Toutefois, elles ont le mérite d'inviter les décideurs publics à « *prendre au sérieux la peur collective provoquée par les événements ayant justifié l'état d'urgence* »⁵⁸. Il serait aussi nécessaire que les constitutionnalistes ne soient pas silencieux sur les questions de l'état d'urgence et tout juriste doit prendre parti⁵⁹ pour ne point laisser une autoroute aux législateurs et au pouvoir exécutif. Il paraît utile, pour empêcher les dérives de l'état d'urgence, d'inscrire dans la constitution le droit de résistance en cas d'abus du pouvoir par l'exécutif, notamment face à des lois impopulaires et de prévoir des mécanismes qui ne permettraient plus au gouvernement d'évaluer seul l'urgence.

⁵⁸Pascal BONGO. « *in Échographie des dispositifs français de l'état d'exception* », in Paul MBONGO (dir, L'état d'urgence. La prérogative de l'État de droit institut universitaire de Varennes 2017, p. 168. Voir Olivier Beaud , Cécile Guérin-Bargues. « *L'état d'urgence : Une étude constitutionnelle, histoire et critique* ».Op cit. p. 189.

⁵⁹Victor Audubert, « *Face aux menaces sur les libertés publiques, les juristes doivent prendre parti* », Dalloz Actualités, 23 Octobre 2020.