

Pour une refonte des régimes de crise dans la Constitution.

Joël Andriantsimbazovina

Professeur à l'Université Toulouse 1 – Capitole

Directeur de l'Ecole doctorale Droit et Science politique

Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé – Centre d'excellence Jean Monnet Europe –
Capitole

Doyen honoraire de la Faculté de Droit, de Science politique et de Gestion de La Rochelle

S'interroger sur les bases juridiques des mesures restrictives des libertés adoptées par les gouvernants pour faire face à des crises graves qui menacent la vie de la Nation n'est pas un vain formalisme. Une grande démocratie fondée sur les droits de l'Homme devrait disposer d'un corpus juridique de crises cohérent et adapté pour parer à tout type de menaces susceptibles de l'abattre.

A l'aune de la crise du Covid 19, force est de constater que les régimes de crise en France sont éparpillés et peu lisibles. Cette situation a provoqué des tâtonnements et des hésitations préjudiciables à la clarté et à l'efficacité nécessaires. Elle se traduit aussi par le compartimentage des esprits et des avis. Universitaires et juristes s'expriment en fonction de leur spécialité sans une vue globale de l'état de la menace contre la vie de la Nation et des bases juridiques possibles.

Ainsi, face à une crise grave spécifiquement sanitaire mais qui a des conséquences aussi graves sur la vie et les libertés de l'ensemble des Français et des personnes se trouvant sur le territoire de la République, les juristes, essentiellement des constitutionnalistes, se sont disputés pour savoir sur quel fondement asseoir les mesures exigées par les circonstances (https://www.opinion-internationale.com/2020/03/17/la-veme-republique-a-lepreuve-du-coronavirus-qui-fait-quoi_71942.html ; <https://www.parismatch.com/Actu/Politique/Face-au-coronavirus-la-democratie-francaise-est-dans-une-situation-inedite-1678936> ; https://www.huffingtonpost.fr/entry/pour-gerer-des-crises-comme-celle-du-coronavirus-il-faut-modifier-notre-constitution_fr_5e70a25ac5b60fb69dddc0d3 ; https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/03/15/la-theorie-des-circonstances-exceptionnelles-permet-une-extension-des-pouvoirs-de-l-executif_6033179_823448.html).

Leur réflexe premier est de discuter de la pertinence du recours à l'article 16 de la Constitution pour l'écarter en raison de son inadaptation à ce type de crise notamment parce que les conditions de son déclenchement ne sont pas réunies ; particulièrement l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels n'est pas constatée. Ils évoquent ensuite l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955 et codifié à l'article L2131-1 du code de la défense

(https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3AF7F66E6BDFFD5F4DBFD2B5E2089180.tplgfr43s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006166914&cidTexte=LEGITEXT000006071307&dateTexte=20200318, mais, sauf exception, ils l'excluent en raison de l'opinion implicite qui attribue à l'état d'urgence une dimension liberticide depuis son utilisation après

les attentats terroristes qui ont frappés la France à partir de 2015 (voir dossier <http://www.tendancedroit.fr/wp-content/uploads/2017/09/CahierLegislatif-n-276.pdf>)

. Certains enfin ont suggéré la théorie des circonstances exceptionnelles par laquelle Conseil d'Etat reconnaît une extension des pouvoirs de l'exécutif pour limiter les libertés en période de troubles. Cette suggestion ne s'accompagne, de manière étonnante, d'aucune critique alors qu'elle légitime des restrictions des libertés par l'administration sur la simple base d'une théorie jurisprudentielle ; sans légitimation *a posteriori* du Parlement.

Par pragmatisme, le gouvernement, sans doute conseillé par des membres du Conseil d'Etat, a choisi de combiner les pouvoirs de police administrative et la théorie des circonstances exceptionnelles. Il a fondé les différentes mesures restrictives des libertés adoptées tantôt sur l'article L 3131-1 du code de la santé publique (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=12082C6A4FB724F3A02AF05654404A1B.tplgfr26s_2?idArticle=LEGIARTI000006687867&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20200318

), tantôt sur ces dispositions et sur les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19 et sur l'urgence.

A priori, le recours à la police spéciale de l'article L 3131-1 du code de la santé publique est logique et pertinent. Figurant dans un titre intitulé « Mesures d'urgence », il s'agit un pouvoir de police administrative spéciale prévu pour faire face à une épidémie. Il permet au ministre de la santé de prendre « toute mesure proportionnée aux risques encourus et adaptées aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population ». En réalité, ce pouvoir de police administrative spéciale dévolu au ministre de la santé s'est avéré insuffisant au regard de la gravité et de l'ampleur de la crise.

Le jeudi 12 mars 2020, le Président de la République annonce dans une **allocution** télévisée la fermeture des crèches, écoles et universités. Le vendredi 13 mars, le Premier ministre annonce à la télévision l'interdiction des rassemblements de plus de 100 personnes. Par deux arrêtés du 14 et 15 mars 2020, c'est le ministre de la santé qui prononce l'interdiction des rassemblements de plus de 100 personnes et la fermeture des établissements recevant du public qui ne sont pas indispensables à la vie de la Nation.

Le lundi 16 mars 2020, dans une nouvelle allocution télévisée, le Président de la République demande aux Français de rester à leur domicile et de limiter au strict minimum leurs déplacements et sorties. D'autres allocutions sont annoncées ainsi que la préparation de projets de loi. Par le décret n°2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans

le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, le Premier ministre interdit le déplacement de toute personne hors de son domicile, à l'exception des déplacements justifiés par cinq motifs restrictifs, sous peine d'amende. Dans son discours prononcé le soir du 16 mars 2020, le ministre de l'intérieur matérialise cette interdiction générale de circulation par l'obligation de produire une attestation dérogatoire de déplacement sous peine d'amende. Le code pénal et le code de procédure pénale viennent en renfort de cette obligation.

La chronologie de cette succession d'annonces et mesures restrictives des libertés démontre les insuffisances et les failles des régimes de crise choisis par le gouvernement : la police administrative spéciale du ministre de la santé et la police administrative générale du Premier ministre utilisée au nom des circonstances exceptionnelles et de l'urgence.

Sur le plan démocratique, de la protection des libertés, et au regard de l'article 34 de la Constitution qui réserve au législateur la compétence pour fixer « les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens dans l'exercice des libertés publiques, (...) les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens », l'assignation à résidence globale imposée à toute la population dans ces conditions soulèvent des difficultés.

Conscient de ces difficultés, le gouvernement prépare un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (). Ce projet frappe par sa diversité et son caractère hétéroclite : il comporte un titre sur les dispositions électorales, un autre sur l'état d'urgence sanitaire, et un autre sur les mesures d'urgence économique et d'adaptation à la lutte contre l'épidémie de Covid 19.

Un nouveau régime de crise s'ajouterait donc à ceux déjà existant. Cet empilement nuit à l'intelligibilité et la lisibilité d'un ensemble de régimes qui déroutent les juristes eux-mêmes. En l'état actuel du droit, l'article 16 de la Constitution se trouve dans le Titre II sur le Président de la République, l'état de siège de l'article 36 de la Constitution se trouve dans le Titre V sur les rapports entre le Parlement et le gouvernement, l'état d'urgence se trouve en dehors de la constitution et régit par la loi du 3 avril 1955 plusieurs fois modifiée, les mesures d'urgence sanitaire figurent dans l'article L-3131-1 et suivant du code de la santé publique.

Persister dans la dissémination et dans l'émiettement des régimes de crise complique la réponse à d'autres crises éventuelles.

Aussi, intéressante est la proposition de Ph. Blachér et de Jean-Eric Gicquel d'insérer dans la Constitution un régime civil de crise sous la forme d'un conseil de crise sous la présidence du Président de la République et réunissant le Premier ministre, les membres du gouvernement, les présidents des deux assemblées et des hauts-fonctionnaires militaires et civils concernés.

Elle soulève néanmoins des difficultés en ce qu'elle ajoute un nouveau régime de crise et en transférant au seul président de la République le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire pendant une période de 30 jours. Malgré le garde-fou d'une saisine du Conseil constitutionnel pour avis à l'issue de ces 30 jours, cette concentration des pouvoirs est problématique.

Refondre les régimes de crise et les regrouper dans la Constitution leur donnerait à la fois une meilleure légitimité et lisibilité et une plus grande efficacité.

Une première proposition est d'insérer dans le Préambule de la Constitution ou à l'article 1^{er} de la Constitution l'alinéa suivant:

« Certains droits et libertés que la Constitution garantit peuvent être suspendus quand on a déclaré un des régimes de crise figurant à l'article 16, à l'article 36 et à l'article 36-1 de la Constitution. Une loi organique détermine le cadre, le contrôle parlementaire, les contrôles juridictionnels des mesures prises, et l'engagement de la responsabilité pénale en cas d'utilisation abusive et injustifiée de ces régimes et qui emporte une violation des droits et libertés que la Constitution garantis ».

Une seconde proposition est de reprendre l'insertion de l'état d'urgence à l'article 36-1 de la Constitution.

Cet article pourrait être rédigé de la manière suivante :

« *Art. 36-1.* – L'état d'urgence est déclaré en conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire de la République, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique, soit en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie ».

« La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre pour prévenir ce péril ou faire face à ces évènements ».

« La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. Celle-ci en fixe la durée. »

On connaît les réticences voire les oppositions à l'insertion de l'état d'urgence dans la Constitution, mais au regard du droit comparé les arguments invoqués n'emportent pas la conviction. Comme le montre sous nos yeux la pratique récente entre 2015 et 2017 et la crise du Covid – 19, laisser un régime de crise en dehors de la Constitution favorise le risque d'émiettement et de tâtonnements concernant les autorités compétences et les fondements des mesures commandées par les circonstances. Nombre de constitutions démocratiques comportent des dispositions relatives à l'état d'urgence. Les pratiques les plus récentes des Etats

démocratiques montrent que la présence de l'état d'urgence dans la constitution apporte une double garantie de clarté, d'efficacité et de contrôle contre les abus.