



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*POUVOIR REGLEMENTAIRE ET CONFINEMENT EN ETAT D'URGENCE SANITAIRE*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2020) "[Pouvoir règlementaire et confinement en état d'urgence sanitaire, Note sous CE, 22 juillet 2020](#)", M. B... et Association de défense des [libertés constitutionnelles, n°440149](#). Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) (42). p. 2444-2450.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# **POUVOIR RÉGLEMENTAIRE ET CONFINEMENT EN ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE**

L'article 2 de la loi du 23 mars 2020 a inséré dans le code de la santé publique (CSP) un nouvel article L. 3131-15, ainsi rédigé : « I - Dans les circonscriptions territoriales où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut, par décret réglementaire pris sur le rapport du ministre chargé de la santé, aux seules fins de garantir la santé publique : [...] 2° Interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé [...]. » Il s'agit d'une base légale spécifique, évitant toute interrogation sur la portée des pouvoirs généraux de police du Premier ministre pourtant utilisés au début de l'épidémie et accouchant du décret n° 2020-293 du 24 mars 2020, dont le premier alinéa du I de l'article 3 permet l'instauration du confinement (lequel a été prolongé, par les décrets du 27 mars 2020 et du 14 avril 2020, jusqu'au 11 mai 2020). Cet article est-il conforme à la Constitution alors qu'il permet à une autorité administrative d'adopter une interdiction aux effets exceptionnellement attentatoires à certaines libertés et ne prévoit pas de contrôle juridictionnel spécifique, adapté ?

L'état d'urgence de 2015 avait déjà plongé la doctrine dans la perplexité en raison de son étrange détermination des compétences contentieuses sur la base d'une distinction législative volontariste des activités de police. L'état d'urgence sanitaire suscite ce même étonnement et y ajoute une part de brutalité. La confusion des arguments alimente celle des sentiments à la lecture du paragraphe principal de cet arrêt qui, pour écarter toute mise en cause de l'article 66 de la Constitution, mêle nature, but, effets et portée de la mesure de confinement pour justifier tout à la fois la compétence du juge administratif, à cet égard, et mettre sa jurisprudence à l'abri du Conseil constitutionnel. Lequel ne serait d'ailleurs peut-être pas si ennuyé de conforter la logique administrative même en validant encore des raisonnements incertains.

Cette situation n'a pas échappé à l'association de défense des libertés constitutionnelles et au professeur Paul Cassia qui ont entrepris de convaincre le Conseil d'Etat de soumettre ces

raisonnements au détecteur d'inconstitutionnalité. Selon le mémoire consacré à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC ; consultable en ligne sur le site du professeur P. Cassia : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/010720/constitutionnalite-du-confinement-le-conseil-d-etat-n-est-pas-serieux?userid=107add04-f2b8-4c99-b0f2-95d8b65ca865>), « cette interdiction de portée réglementaire, c'est-à-dire s'appliquant indistinctement à une catégorie de la population française, voire à l'ensemble de la population, ne trouve, par son ampleur sur les libertés individuelles, aucun précédent ». Ils estiment en effet que la loi habilitant le Premier ministre à instaurer un confinement généralisé de la population pour freiner la progression de la covid-19 a violé la liberté individuelle et le droit au recours juridictionnel effectif en ne prévoyant pas la compétence exclusive du juge judiciaire pour en contrôler l'opportunité et la mise en oeuvre. Si l'argument semble de prime abord lui-même excessif (en ce que la distinction entre liberté d'aller et venir et liberté individuelle, dans les faits, se veut plus épineuse), il était de nature à demander au Conseil d'Etat d'établir enfin sérieusement et précisément les modalités générales de cette distinction qui conditionne sa compétence. Las, ce dernier, juge et partie, n'a pas saisi l'occasion d'une nécessaire pédagogie ; pas plus qu'il n'a pris le risque de laisser au Conseil constitutionnel le soin de le faire, quand cela lui revenait sans doute.

La requête, dans le cadre d'un mémoire complémentaire, soulevait en outre un second problème, d'ordre processuel. La décision de non-renvoi de la QPC a été rendue au-delà du délai de trois mois imparti au Conseil d'Etat à peine de transmission automatique de l'affaire au Conseil constitutionnel. Ce dernier ayant été directement saisi à son tour, ne s'est pas estimé compétent pour en connaître directement. Les deux juridictions estiment en effet que s'appliquent les dispositions exceptionnelles (elles-mêmes non contrôlées par le Conseil constitutionnel) qui dilatent les délais impartis à la transmission de la QPC. Le texte évoque une « suspension » de ces délais alors que les juges y voient une « prorogation ». L'arrêt vise, pour brevet de constitutionnalité, les décisions du Conseil constitutionnel n° 2020-800 DC et n° 2020-846/847/848 QPC, elles même critiquées pour leur pusillanimité (Cons. const. 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, AJDA 2020. 1242, note M. Verpeaux et Cons. const. 26 juin 2020, n° 2020-846/847/848 QPC, AJDA 2020. 2095, note M. Verpeaux). Il est possible que le législateur ait entendu ainsi accorder aux juges du fond le temps maximum pour examiner les QPC mais, concernant en particulier les cours

suprêmes, en tenant compte de l'urgence liée à l'atteinte aux libertés, il eût été bienvenu que l'interprétation du texte soit plus stricte et qu'il ne s'agisse réellement que de suspension.

Ainsi, dans la présente décision, le Conseil d'Etat conforte sa compétence en matière de police sanitaire en confortant que la mesure phare, celle qui a imposé à la population de rester chez elle, sans limite de temps dans la journée, pendant huit semaines dans les faits. Le raisonnement, peu clair, semble estimer que, parce qu'il est intrinsèquement une mesure de police administrative de portée générale, le confinement ne peut violer la liberté individuelle.

### ***I - Le rejet confus de l'argument relatif à la liberté individuelle et au contrôle du juge judiciaire***

L'essentiel de l'arrêt s'attache à déjouer l'argument tenant à l'éventuelle violation de l'article 66 et à la réserve de compétence du juge judiciaire qui s'y attache. Le juge administratif y défend sa propre compétence de manière convaincante mais confuse, faute de clarifier la partition entre liberté individuelle et liberté d'aller et de venir en période d'état d'urgence sanitaire.

#### ***A. La distinction incertaine entre liberté individuelle et liberté d'aller et de venir***

Il n'est ni possible ni nécessaire de revenir ici sur l'historique constitutionnel de la distinction entre liberté individuelle et liberté d'aller et venir. Rappelons seulement le recentrage de la notion au profit du Conseil d'Etat.

#### **1. Le recentrage constitutionnel au profit du Conseil d'Etat**

Ce recentrage se situe dans le mouvement, amorcé dans les années 1990, de réduction du champ de l'article 66 à la seule « sûreté » ou détention arbitraire, pour permettre au juge administratif de conserver sa compétence sur les différentes formes de « rétention » dont il peut

avoir à connaître (Cons. const. 19 janv. 2006, n° 2005-532 DC, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, AJDA 2006. 172), par exemple en droit des étrangers ou au titre de l'état d'urgence. Sans pouvoir inclure la liberté d'aller et venir dans la liberté personnelle, le conflit serait frontal entre le principe de l'article 66 et celui issu de la décision *Conseil de la concurrence* ; la juridiction administrative n'aurait plus de titre de compétence solide. Le même schéma guide l'intervention du juge du siège après que le ministère public a pu décider d'une courte période de détention. Ce recentrage de la notion de liberté individuelle a induit parfois la décision d'unifier certains domaines pour éviter des conflits de frontière (par ex. le bloc de compétence judiciaire en matière d'hospitalisation psychiatrique ou de perquisition anti-terroriste). Mais la plupart du temps, ces questions demeurent sans clef claire de répartition (v., not., X. Bioy, E. Debaets et J. Schmitz [dir.], *Répartition des compétences juridictionnelles et protection des libertés*, Ed. Varenne, 2020).

Dans la présente décision, le Conseil d'Etat rappelle très implicitement que le principe demeure celui de la compétence du juge administratif pour « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif », « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire » (Cons. const. 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*). L'exception s'interprète restrictivement, l'article 66 n'étant pas en lui-même attributif de compétence juridictionnelle en l'absence de loi, et le seuil qui sépare la liberté individuelle de la liberté d'aller et de venir doit demeurer élevé (v., en ce sens, B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2020, p. 553 et s. et p. 828 et s.). Il n'appartient pas en principe au juge judiciaire d'apprécier l'intérêt général qui s'attache à une mesure de police administrative (T. confl. 14 mai 2012, n° 3844, *Brillaxis c/ Société Orange France*, Lebon ; AJDA 2012. 1525, note A. Van Lang ; D. 2012. 1930, note G. J. Martin et J.-C. Msellati, s'agissant ici de police sanitaire spéciale en matière de fréquences radioélectriques, excluant un recours devant le juge civil, mais pas un contrôle par le juge pénal). L'article 136 du code de procédure pénale ne doit pas non plus être surestimé, dans la mesure où son objet demeure la responsabilité des magistrats en cas de violation de certaines mesures de ce même code protectrices de la liberté individuelle. On serait bien en peine d'ailleurs de trouver actuellement la procédure directe permettant au juge judiciaire de se prononcer sur la légalité d'un acte réglementaire. Un tel contrôle

s'exercerait indirectement, au fondement de l'article 111-5 du code pénal, lors de l'adoption, ou de la contestation, de sanctions pénales à l'encontre des personnes qui ne respecteraient pas le confinement. Les requérants attendaient plus : un recours spécifique institué par la loi autorisant le confinement.

Dans le cadre d'une demande de transmission d'une QPC, le juge administratif devrait se projeter à la place du Conseil constitutionnel, dans sa jurisprudence, pour évaluer la probabilité qu'une atteinte à la liberté individuelle existe. Mais cette question peut se poser à lui dans sa propre pratique, par exemple lors de l'examen d'une rétention excessive. Ces propres schémas croisent ainsi ceux que la Constitution a sacralisés ; ce sont, heureusement ou non, souvent les mêmes.

## 2. Le critère du seuil, entre durée et intensité, privation et limitation

Le moment de l'intervention et le partage des compétences avec le juge administratif varient en fonction de la durée et de la nature de la contrainte. Une mesure d'assignation à résidence, par exemple, dans le cadre de l'état d'urgence, s'analyse comme une atteinte à la liberté d'aller et de venir et n'atteint pas le seuil de la liberté individuelle (Cons. const. 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, AJDA 2015. 2463 ; RFDA 2016. 123, note A. Roblot-Troizier ; Constitutions 2015. 654, Décision ; et 2016. 100, chron. L. Domingo).


L'argument des requérants ici, relatif à l'absence de limitation de l'assignation à domicile dans la journée, a pourtant de quoi convaincre. Lors de la mise en oeuvre de l'état d'urgence au titre de la loi du 3 avril 1955, les arrêtés individuels d'assignation à résidence adoptés par le ministre de l'intérieur comportaient une période maximale de douze heures par jour. C'est pourquoi le Conseil constitutionnel lui-même s'est appuyé sur cette durée, y voyant un seuil déterminant de la liberté individuelle (Cons. const. 22 déc. 2015, n° 2015-527 QPC, préc., consid. 6 : « la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dans le cadre de l'assignation à résidence, fixée à douze heures par jour, ne saurait être allongée sans que l'assignation à résidence soit alors regardée comme une mesure privative de liberté, dès lors soumise aux exigences de l'article 66 de la Constitution »). Cette « demi-journée » tenait sans doute compte de la nécessité d'exercer une activité

professionnelle et de réduire le reste de l'activité pour faciliter la surveillance des personnes assignées à résidence. La finalité du confinement est toute autre, puisque le but est prophylactique. Il s'agit d'éviter tout contact avec des tiers au foyer et la logique de la mesure implique une portée la plus générale possible. Elle ne saurait se comparer à l'état d'urgence anti-terroriste qui ciblait une petite minorité de personnes assignées à résidence. La limite des douze heures n'est pas devenue une norme constitutionnelle par la magie d'une « décision de règlement » mais une durée qui, pour le Conseil constitutionnel, respectait l'équilibre entre vie privée et nécessaire restriction à la liberté d'aller et venir. C'est pourquoi sans doute, la décision relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions (Cons. const. 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, préc.) a exigé l'intervention du juge des libertés et de la détention, préalablement saisi par le préfet, au-delà de la seule prolongation après quatorze jours déjà prévue par la loi, pour les mesures imposant à l'intéressé de demeurer dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour.

Il n'est donc pas question de réduire le champ de la liberté individuelle à la seule « privation stricte » de liberté, une détention sans exception. Le spectre est plus large et semble tenir compte des effets de la mesure sur la vie privée, la possibilité de maintenir des liens sociaux, de pourvoir aux besoins essentiels des personnes (y compris des personnes tierces vulnérables). Il n'est néanmoins pas certain que porte l'argument des requérants qui voient dans le confinement de vingt-quatre heures une privation totale de liberté. Ce que le juge constitutionnel apprécierait en premier serait l'adéquation de la mesure à sa fin, donc la continuité journalière du confinement. En second, interviendrait la proportionnalité en pratique (mais toujours abstraite, de norme à norme) eu égard aux besoins minimums de déplacement (alimentation, assistance aux personnes vulnérables, activité sportive encadrée...).

Dans ses avis, le Conseil d'Etat a estimé qu'une mesure échappe à l'article 66 si elle demeure « de très courte durée » (avis du 17 déc. 2015, sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme, point I.2 : « Seule une privation de liberté de très courte durée peut, le cas échéant, intervenir dans un cadre administratif. La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si l'autorité judiciaire intervient alors dans le plus court délai possible [Cons. const. 9 janv.

1980, n° 79-109 DC sur la loi relative à la prévention de l'immigration clandestine] » et avis n° 391004 du 28 janv. 2016 relatif au projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé et son financement, l'efficacité et les garanties de la procédure pénale : « l'assignation à résidence [...] laiss[e] [...] à l'intéressé une liberté de mouvement conciliable avec une vie familiale et professionnelle normale et comport[e] [...] un degré de contrainte significativement inférieur aux mesures prévues par l'article 6 de la loi n° 55-385 du 3 avr. 1955 relative à l'état d'urgence »).

Pour la Cour de cassation aussi, en matière d'hospitalisation psychiatrique, « l'atteinte portée à la liberté individuelle par les mesures d'isolement et de contention pourrait être de nature à caractériser une privation de liberté imposant, au regard de l'article 66 de la Constitution, le contrôle systématique du juge judiciaire » (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2020, n° 19-40.039 )

La Cour européenne opère une partition semblable : l'article 5 vise la liberté physique de la personne ; il a pour but d'assurer que nul n'en soit privé de manière arbitraire. En revanche, il ne concerne pas en principe les simples restrictions à la liberté de circuler qui, elles, obéissent à l'article 2 du protocole n° 4. Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté », il faut prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre une privation et une restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, et non de nature ou d'essence (v., CEDH 6 nov. 1980, *Guzzardi c/ Italie*, série A, n° 39, Rec. CEDH p. 33, § 92 et CEDH 25 juin 1996, *Amuur c/ France*, Rec. CEDH III, p. 848, § 42). Toutefois, les notions de « degré » et d'« intensité », figurant dans la jurisprudence des organes de la convention en tant que critères d'applicabilité de l'article 5, concernent uniquement le degré des restrictions à la liberté de déplacement et non la différence de confort ou de régime intérieur dans les différents lieux de confinement (CEDH 28 nov. 2002, n° 58442/00, *Lavents c/ Lettonie*, § 64, AJDA 2003. 603, chron. J.-F. Flauss). Le juge européen s'assure d'un contrôle juridictionnel indépendant et s'occupe peu du choix de l'ordre de juridiction dans le cas français.

Dans certaines affaires, le Conseil constitutionnel admet que l'autorité administrative puisse adopter une mesure restrictive de la liberté de mouvement susceptible d'atteindre, par sa durée ou ses modalités, la liberté individuelle, à condition que l'autorité judiciaire en soit automatiquement



saisie à bref délai (pour une hospitalisation psychiatrique, Cons. const. 9 juin 2011, n° 2011-135/140 QPC, consid. 13, AJDA 2011. 1177 ; D. 2011. 2565, obs. A. Laude ; RFDA 2011. 951, étude A. Pena ; Constitutions 2011. 400, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2011. 514, obs. J. Hauser). Dans l'exercice de sa compétence, « le législateur peut fixer des modalités d'intervention de l'autorité judiciaire différentes selon la nature et la portée des mesures affectant la liberté individuelle qu'il entend édicter » (Cons. const. 4 oct. 2019, n° 2019-807 QPC, pt 5, AJDA 2020. 412, note J. Schmitz).

Il reste aussi le paramètre de la durée globale de la mise en oeuvre de la mesure, laquelle doit aussi demeurer adéquate et proportionnée en police administrative mais aussi pour rester dans le giron du juge administratif. Il n'existe ici pas de point de repère jurisprudentiel fiable. Si le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont rappelé que les états d'urgence en eux-mêmes ne sauraient être prolongés de manière disproportionnée, aucune décision de justice n'est venue apporter une telle sanction. Le cas particulier de l'état d'urgence sanitaire étant justement de demeurer lié à l'appréciation que les autorités sanitaires ont de l'état de la pandémie et de l'efficacité de la mesure de confinement général. Par ailleurs, la fin de la période officielle d'état d'urgence sanitaire n'exclut pas le maintien de la possibilité de mesures de confinement partiel et local. L'article L. 3131-1 du CSP permet, en effet, au ministre de la santé de prendre « toute mesure proportionnée [...] après la fin de l'état d'urgence sanitaire [...], afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire ». Le rétablissement de cet état d'urgence en octobre 2020 a généré de nouvelles mesures de confinement, plus souples.

### *B. La maladresse des arguments avancés*

Le quatrième paragraphe de la présente décision indique que « les dispositions contestées donnent ainsi au Premier ministre, [...] la possibilité non d'interdire, par une mesure individuelle, à une personne déterminée de sortir de son domicile, mais de prendre un acte réglementaire à caractère général, [...] et qui n'a d'autre but [...] que de protéger la santé de l'ensemble de la population en prévenant la propagation incontrôlée d'une épidémie. La contestation d'une telle

mesure, eu égard à sa nature et à son objet, n'est pas au nombre de celles que l'article 66 de la Constitution réserve à la compétence de l'autorité judiciaire ».

## 1. Le critère de la nature individuelle ou réglementaire de la mesure

L'argument des requérants s'étonne de cette distinction entre mesures individuelles et réglementaires qui semble innover quant à l'importance de ce critère pour la répartition des compétences contentieuses. Implicitement, le juge se place ici dans le cadre de la loi. L'article L. 3131-18 du CSP peut, en effet, s'interpréter comme réservant au juge administratif le contrôle des mesures réglementaires de l'état d'urgence sanitaire qui « peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés, instruits et jugés selon les procédures prévues aux articles L. 521-1 et L. 521-2 du code de justice administrative ». En contrepoint, les mesures individuelles ayant pour objet la mise en quarantaine et les mesures de placement et de maintien en isolement sont jugées par le juge des libertés et de la détention. Ainsi, la loi entend-elle respecter le partage constitutionnel des compétences. Mais cela repose plus sur le surcroît d'intensité de la limitation de liberté dans le cas de la mise à l'isolement que sur son caractère individuel. Légitimement, on peut penser que la généralité de la mesure accroît le nombre de personnes dont la liberté individuelle se trouve menacée. Inversement, on peine à imaginer la formation judiciaire à laquelle le législateur pourrait penser après QPC pour contrôler directement et généralement la légalité du décret de confinement. C'est pourquoi la solution retenue convainc sans emporter l'adhésion car elle conduit à penser que le juge judiciaire voit son rôle cantonné à un contrôle des conséquences individuelles (concrètes ?) du confinement, dans l'hypothèse étroite de sanctions pénales, quand le Conseil d'Etat conserve le monopole d'un contrôle abstrait et *a priori*. Si là se trouve conforté l'état de la jurisprudence, un lecteur constitutionnaliste pourrait soupirer.

## 2. Le critère du but de la mesure

Le Conseil d'Etat associe le but du confinement à l'évaluation de l'atteinte éventuelle à la liberté individuelle (« et qui n'a d'autre but [...] que de protéger la santé de l'ensemble de la population en prévenant la propagation incontrôlée d'une épidémie »), semblant sous-entendre que

la nature profonde de mesure de police administrative ne saurait permettre que le juge judiciaire en connaisse, ce qui donc l'emporterait sur la réalité des effets de cette mesure. A vrai dire, on ne sait si cet exposé est le fruit d'une maladresse de plume sous-tendue par un tel raisonnement ou bien d'un dévoilement de la logique profonde de l'institution du Conseil d'Etat. Les objectifs, supposés toujours louables, qui font d'un acte administratif un acte de police n'ont rien à voir avec la qualification des effets de ce même acte sur la situation des droits fondamentaux. La police administrative peut méconnaître la liberté individuelle, concrètement dans la situation d'un administré donné mais encore abstraitement lorsque, par ses excès intrinsèques elle ne peut manquer de le faire lors de sa mise en oeuvre. Et cela avant même de réunir les éléments d'une voie de fait qui suppose de sortir des finalités du pouvoir administratif.

Dès lors, signaler que le but de santé publique situe la mesure dans le giron de la police sanitaire ne saurait la soustraire, d'autorité et *a priori*, au champ de l'article 66. Sinon, cela signifierait *a contrario* que la liberté individuelle ne serait en cause que lorsque l'objet de la mesure se réduit à l'objectif d'enfermer dans le seul cadre de la police judiciaire. Ce qui affecterait la manière dont la distinction des deux polices s'opère jusqu'à présent. Cela achèverait en outre un mouvement curieux et inquiétant du législateur (et de son conseil juridique) qui décide *ab initio* (et sans contestation audible rue de Montpensier) de la qualification des actes de police pour en réserver l'exclusivité du contentieux au juge administratif.

## ***II - Le rejet de la QPC motivé par l'absence de violation de toute liberté***

Le Conseil d'Etat rejette ici à la fois la demande de transmission de la QPC et le recours pour excès de pouvoir. Deux aspects intimement liés aux yeux du juge, l'absence de violation d'une liberté ôtant tout caractère sérieux à l'argument de la constitutionnalité. Or, d'une part, les motifs de l'arrêt quant à l'absence de violation de la liberté d'aller et de venir et du droit au recours interrogent, d'autre part, le caractère sérieux d'une QPC portant sur la répartition des compétences ne saurait se réduire à sa légalité administrative.

## A. L'examen superficiel de l'atteinte aux libertés

Une fois la liberté individuelle sommairement écartée des débats, resteraient la liberté d'aller et de venir et le droit au recours. Faute d'argument en ce sens dans la requête, la liberté d'aller et de venir n'est pas examinée dans le cadre de la QPC, ni pour le recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat n'étant pas saisi d'arguments conventionnels. Au-delà des critères utilisés pour identifier la liberté individuelle, la possibilité d'une autre lecture de l'argument aurait pu alimenter le caractère sérieux de la question de constitutionnalité.

### 1. La possibilité d'un confinement ne préjuge pas de l'absence d'atteinte à la liberté individuelle


En effet, si la raison accepte de penser qu'un acte réglementaire puisse, en lui-même et abstraitement, être perçu comme violant la liberté individuelle, en dépassant le seuil fatidique de l'adéquation et de la proportionnalité, et si on entend l'argument de la requête qui estime que le confinement dépasse ce seuil par sa durée et sa systématicité, on ne peut qu'être gêné, comme le Conseil d'Etat lui-même, par l'abstraction de son raisonnement et son approche objective. En effet, l'appréciation de la portée des dérogations possibles, de la souplesse de son application, des nécessités diverses des administrés, dont dépend la constitutionnalité du couple « loi-décret », ne s'opère que malaisément. Ni la détermination législative *in abstracto* de la possibilité d'un confinement, ni l'appréciation de son opportunité au stade de l'adoption du règlement ne préjugent de l'absence individuelle d'atteinte à la liberté individuelle eu égard aux circonstances. Le Conseil d'Etat ne peut pas affirmer que jamais la liberté individuelle ne sera atteinte lors de l'application du décret. Il ne peut donc logiquement en déduire qu'un recours adéquat permettant un contrôle concret n'est pas nécessaire. Ce n'est d'ailleurs pas ce qu'il dit, rappelant que référés et recours pour excès de pouvoir y pourvoient.

Mais alors, si recours il y a, ne faut-il pas le prévoir « judiciaire » ? Un doute subsiste quant à l'hypothèse d'un référé-liberté qui découvrirait une violation concrète et individuelle de la liberté individuelle en dépit d'une lecture abstraite de sa nécessité. On sait qu'un référé (CJA, art. 521-2) peut conduire à des injonctions même s'il constate en même temps une voie de fait pour atteinte au

droit de propriété (CE, ord., 23 janv. 2013, n° 365262, *Commune de Chirongui*, Lebon ; AJDA 2013. 788, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; RFDA 2013. 299, note P. Delvolvé). Le présent arrêt permet qu'il en soit de même en cas d'atteinte à la liberté individuelle, même hors voie de fait, réduisant le rôle du juge judiciaire et de l'article 66 à l'indemnisation des effets de la mesure administrative.

## 2. La nécessité d'un recours juridictionnel toujours adéquat

Les requérants soutiennent encore que, faute de prévoir un examen en temps utile par le juge administratif de la légalité de la mesure d'interdiction de mouvement, cette dernière méconnaîtrait le droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La décision de confiner ne pouvait, selon eux, faire l'objet d'un recours juridictionnel effectif puisque les procédures de référé ouvertes devant le Conseil d'Etat ne permettent pas d'obtenir un examen complet et définitif de la légalité des mesures réglementaires de mise en oeuvre du confinement. En effet, la décision du 22 décembre 2015 (n° 2015-527 QPC, préc., consid. 15) avait fixé, dans le contexte de l'état d'urgence, l'exigence d'un contrôle juridictionnel permettant d'évaluer concrètement « au regard des éléments débattus contradictoirement devant lui, l'existence de raisons sérieuses permettant de penser que le comportement de la personne assignée à résidence constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». Cet argument, portant sur la constitutionnalité, pouvait trouver un certain écho dans les décisions relatives aux assignations et qui stigmatisent le renouvellement de celles-ci (au-delà de trois mois tout de même) sans intervention préalable d'un juge (Cons. const. 16 févr. 2018, n° 2017-691 QPC, consid. 19, AJDA 2018. 365 ; D. 2018. 830, et les obs., note S. Pellé ; *ibid.* 2019. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; Constitutions 2018. 110, chron. O. Le Bot ; *ibid.* 186, Décision ; Cons. const. 29 mars 2018, n° 2017-695 QPC, pt 54, AJDA 2018. 710 ; D. 2018. 876, et les obs., note Y. Mayaud ; *ibid.* 2019. 1248, obs. E. Debaets et N. Jacquinot ; Constitutions 2018. 277, chron. O. Le Bot). Il se trouve néanmoins ici écarté d'un revers de la main par le juge qui rappelle que le recours pour excès de pouvoir demeure ouvert en principe, tout comme les procédures de référé, et que la loi l'a rappelé. La seule recevabilité de la présente requête en atteste d'ailleurs.

Une telle attente aurait sans doute nécessité de saisir le juge d'éléments de conventionnalité. Elle rejoint la logique de l'arrêt *J. M. B. c/ France* (CEDH 30 janv. 2020, n° 9671/15, AJDA 2020. 1064, note H. Avvenire), la procédure de référé (liberté ou suspension) ne permettant pas d'examiner toutes les dimensions de la situation de droit fondamental (par l'exclusion des mesures structurelles), sa seule existence ne fournirait pas toutes les garanties attendues par le juge de Strasbourg. Il est exact que l'article 5 § 4 consacre le droit des personnes arrêtées ou détenues à obtenir « à bref délai » une décision judiciaire sur la régularité de leur détention et mettant fin à leur privation de liberté si elle se révèle illégale. Il en va de même de l'article 4 du quatrième protocole, éventuellement combiné à l'article 13 (CEDH 15 déc. 2016, n° 16483/12, D. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot  ; Rev. crit. DIP 2017. 389, note A. Zölls). Le juge européen s'attend donc à un volet procédural qui permette l'exercice effectif et efficace de la sûreté (en vue d'exiger même des obligations positives, CEDH 26 sept. 2002 [Section III], n° 28212/95 *Benjamin et Wilson c/ Royaume-Uni*).

Cependant ici, à la différence du cas des conditions pérennes et structurelles de détention, un référé pourrait en effet mettre fin, assez rapidement, à un confinement abusif, si ne prédominaient pas les réticences d'un juge unique à se substituer au gouvernement sur un tel sujet en contexte d'urgence sanitaire... Il reste par ailleurs que le Conseil d'Etat a parfois refusé de reconnaître l'urgence à statuer en référé contre les mesures nationales de l'état d'urgence sanitaire mais ce ne fut pas systématique (CE, ord., 13 juin 2020, n° 440846, *Ligue des droits de l'homme, Confédération générale du travail*, AJDA 2020. 1198, contre l'interdiction de manifester). Après la fin de celui-ci, il admet toutefois les recours en référé contre de telles mesures (CE, ord., 13 juill. 2020, n° 441449, *Société Plaza Mad*, JT 2020, n° 234, p. 13, obs. X. Delpech).

Mais le fait que la loi, qui habilite le pouvoir réglementaire, ne prévoit pas expressément un contrôle par l'autorité judiciaire (*a priori* ou *a posteriori*) n'exclut pas non plus qu'un tel contrôle s'exerce indirectement, au fondement de l'article 111-5 du code pénal, lors de l'adoption ou de la contestation de sanctions pénales à l'encontre des personnes qui ne respecteraient pas le confinement. Le principe général de l'article R. 610-5 a été précisé concernant le confinement. La plénitude de compétence du juge pénal sur les actes administratifs qui fondent les poursuites lui

permettrait d'en apprécier le bien-fondé. Certes, il ne s'agit pas d'un contrôle rapide et *ab initio* de légalité sur le principe même du confinement et sur ses modalités générales et abstraites.

### *B. Ingérence et non-violation, un écran administratif devant la Constitution*

Une autre interrogation s'attache plus strictement à la motivation du refus de transmettre la QPC. En substance, le Conseil d'Etat, pour apprécier le caractère sérieux de la question, lie le sort de la QPC à celui de la légalité de la mesure, c'est-à-dire non pas à l'idée que le droit constitutionnel se fait du partage de compétences et du standard constitutionnel de la liberté mais à sa propre évaluation de la violation des droits et libertés, derrière laquelle se cache sa vision de son propre rôle en police administrative. De la légalité (vue par le principal intéressé) découlerait la constitutionnalité. Cette posture rappelle les premières années de la QPC lorsque les « cours suprêmes » des deux ordres se laissaient aller à penser que leur jurisprudence ne saurait être sérieusement contestée. Ce raisonnement ne va pourtant pas de soi.

#### **1. Un contrôle une nouvelle fois affaibli en contexte d'état d'urgence sanitaire**

Il n'est pas certain que l'on doive généraliser la portée de cet arrêt en raison de l'influence marquante du contexte de l'état d'urgence sanitaire. L'examen sommaire de la proportionnalité de la mesure de confinement ne porte pas que sur le seuil d'atteinte à la liberté individuelle mais aussi, implicitement, sur la liberté d'aller et venir, même si l'argument n'a pas été soulevé par la requête. La jurisprudence du Conseil constitutionnel, en contexte d'état d'urgence, n'en exige pas moins que le législateur entoure de garanties les décisions administratives restrictives de libertés : limitation des motifs, contrôle juridictionnel (Cons. const. 11 janv. 2018, n° 2017-684 QPC, *Association La cabane juridique, Association Legal Shelter*, AJDA 2018. 77 ; Cons. const. 11 mai 2020, n° 2020-800 DC, préc.). Celle du Conseil d'Etat a pourtant pu se montrer protectrice de la liberté d'aller et venir dans l'hypothèse d'une exécution d'office d'une mesure restrictive de liberté incertaine quant à ses conséquences (possibilité de sanction de l'usage de la bicyclette pour les adultes pendant le

confinement, CE, ord., 30 avr. 2020, n° 440179, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, AJDA 2020. 2438, note M. Cottereau).

## 2. L'absence de violation d'une liberté fondamentale vaut-elle brevet de constitutionnalité ?

Pour finir, l'arrêt ici commenté refuse d'imaginer qu'il puisse y avoir un quelconque décalage entre sa lecture et celle du Conseil constitutionnel. L'absence de violation des libertés par l'acte administratif rendu nécessaire par les circonstances emporterait constitutionnalité de la loi qui le permet. Ce qui suggère que la jurisprudence du Conseil d'Etat connaîtrait les exigences à venir du Conseil constitutionnel. Celui-ci vient pourtant de rappeler que la Constitution présente une protection autonome, concurrente, notamment à l'égard de l'appréciation que les juges ordinaires peuvent porter au regard des conventions internationales (Cons. const. 2 oct. 2020, n° 2020-858/859 QPC, AJDA 2020. 2158, note J. Bonnet et P.-Y. Gahdoun). L'auto-satisfecit du juge administratif peut-il conduire à évincer la possibilité d'une évolution de la jurisprudence constitutionnelle ? En particulier lorsque la question porte sur sa propre compétence ? La QPC appelle plutôt l'idée de chance pour les libertés que l'idée de risque.