

Arnaud Ménard

Juriste assistant à la cour d'appel de Rouen

arnaud.menard1@outlook.com

L'État de droit en crise du point de vue français

Key words: Constitutional law, European Union law, fundamental rights, health crisis, rule of law crisis

Summary. What's the rule of law from the French point of view and why is it currently going through a crisis? Those two questions are analyzed in this contribution. This shows that even in the country of the Declaration of human and civic rights, the State can be arbitrary, especially during times of crisis. That study is about researching the place of France in the crisis of the rule of law in the European Union, in general, and in the management of the COVID-19 pandemic, in a more specific way. The way in which national authorities manage crises is worrying, while the rule of law is already threatened by a very tense European context.

Kryzys praworządności z perspektywy francuskiej

Słowa kluczowe: prawo konstytucyjne, prawo Unii Europejskiej, prawa podstawowe, kryzys służby zdrowia, kryzys państwa prawa

Streszczenie. Przedmiotem niniejszej pracy jest odpowiedź na pytanie, czym jest państwo prawa z francuskiego punktu widzenia i dlaczego przechodzi ono obecnie kryzys. W pracy wykazuje się, że nawet w kraju deklaracji praw człowieka i obywatela państwo może być arbitralne, zwłaszcza w czasach kryzysu. Studium dotyczy w ogólności zbadania miejsca Francji w kryzysie państwa prawa w Unii Europejskiej, a w szczególności – jej miejsca w zarządzaniu pandemią COVID-19. Sposób, w jaki władze krajowe zarządzają kryzysami okazuje się być niepokojący, a praworządność już zagrożona w bardzo konkretnym kontekście europejskim.

Si le droit est une manière d'appriivoiser l'État, « le plus froid des monstres froids »¹, les droits fondamentaux permettent au moins de le rendre plus docile. Toutefois, même dans un État modéré, les droits fondamentaux ne sont pas à l'abri de dis-

¹ F. Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Leipzig, C. G. Naumann, Henri Albert (trad.), Société du Mercure de France, 1898, p. 61.

cours réducteurs², voire destructeurs³, ce qui est préoccupant parce qu'ils ne sont pas éternels par nature. Rappelons qu'en France, à l'inverse d'autres États européens tels que l'Allemagne⁴, l'Espagne⁵ ou la Pologne⁶, la Constitution de 1958 ne prévoit pas de catalogue de droits et libertés fondamentaux. Ces derniers sont déduits des normes de référence mobilisés par le juge constitutionnel⁷. Ils découlent d'une interprétation extensive des textes auxquels le préambule de la Constitution de 1958 renvoie, en particulier la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (droits individuels, civils et politiques) et le préambule de la Constitution de 1946 (droits collectifs, sociaux et économiques)⁸. En l'absence d'ancrage constitutionnel rendant difficile leur révision, il suffit d'un revirement de jurisprudence ou d'un changement brutal de majorité politique pour en atténuer la prévalence. Éphémères et tributaires de la situation dans laquelle ils sont mobilisés, les droits fondamentaux dépendent de la malléabilité du contentieux et du politique. Ce paradigme est particulièrement inquiétant⁹, en cette période d'élections nationales en France, dans un système où les risques d'arbitraire pourraient ne plus être atténués par des garde-fous efficaces¹⁰. Les événements récents ont montré que cette vulnérabilité juridique des droits fondamentaux en France pouvait fragiliser la conception moderne de l'État de droit.

² V. par ex. É. Ballot, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Paris, Mare & Martin, 2014.

³ V. par ex. G. Lebreton, « Critique républicaine des “droits fondamentaux” de la personne humaine », in J. Foyer et a. (dir.), *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 359-365.

⁴ Le titre I^{er} de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 prévoit une liste d'une vingtaine de droits fondamentaux dont certains ne peuvent faire l'objet d'une révision constitutionnelle, marquant leur caractère intangible.

⁵ Le titre I^{er} de la Constitution du 27 déc. 1978 prévoit les « droits et devoirs fondamentaux » des citoyens espagnols et étrangers.

⁶ Le titre II de la Constitution du 2 avr. 1997 prévoit « les libertés, les droits et les devoirs de l'homme et du citoyen » de la République de Pologne.

⁷ Il faut entendre cette notion dans un sens matériel, c'est-à-dire la compétence pour opérer un contrôle de constitutionnalité, ce qui inclut le Conseil constitutionnel, mais aussi les juridictions administratives et judiciaires.

⁸ On a coutume de situer le point de départ de la reconnaissance des droits fondamentaux en France au 16 juillet 1971, date où le Conseil constitutionnel s'est servi pour la première fois du préambule de la Constitution de 1946 pour imposer au législateur le respect de la liberté d'association ; Cons. cons., déc. n° 71-44 DC du 16 juill. 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*.

⁹ Cette inquiétude a été exprimée par un collectif de professeurs en droit constitutionnel, notamment dans une tribune publiée le 16 avril 2022 dans le journal *Midi Libre*, <https://www.midilibre.fr/elections/presidentielle/tribune-et-re-democratiquement-elue-nautorise-pas-a-reconnaître-la-constitution-10240960.php>

¹⁰ Selon l'une des propositions d'une candidate à l'élection présidentielle de 2022, il ne devrait pas exister de juge capable de remettre en cause une loi votée par les représentants du peuple. Cela remettrait en cause le contrôle de constitutionnalité et donc la garantie des droits, caractéristique d'un l'État de droit.

Qu'est-ce que l'État de droit ? La question de la liaison entre « État » et « Droit » est ancienne et est source de division dans la doctrine. L'État précède-t-il le Droit¹¹ ? Le Droit n'est-il pas le fondement de l'État¹² ? Les deux ne se confondraient-ils pas¹³ ? Dans son acception moderne, l'État de droit est « une forme singulière d'État »¹⁴ dans lequel « la loi elle-même et donc le législateur, fût-il élu, est soumis au respect de la Constitution, des déclarations des droits et des conventions et traités internationaux »¹⁵. Selon la conception la plus répandue, défendue avec force lors de la Révolution de 1789, l'État de droit répond à deux impératifs. D'une part, les principales fonctions étatiques sont interdépendantes, ce qui signifie que les décisions prises dans le cadre de ces fonctions ne sont pas prises par un seul et unique organe et que chaque organe est capable de limiter les abus des autres. D'autre part, la garantie des droits et libertés est « la finalité de l'action normative des pouvoirs publics »¹⁶. Cette garantie des droits et cette séparation des pouvoirs sont assurées et déterminées par la Constitution qui, au sens juridique, est conçue, d'un point de vue formel, comme la notice de fabrication des normes d'un ordre juridique et, d'un point de vue matériel, comme l'étalon de mesure ultime de leur régularité. Dans un État de droit, il existe donc un système de normes constitutionnelles visant à imposer le respect des droits fondamentaux lors de la production, de l'exécution et de l'application des lois, en faisant en sorte que ces trois fonctions soient équilibrées et modérées. Le but étant d'éviter *in fine* l'arbitraire¹⁷. Pour cela, elles doivent être exercées par une pluralité d'organes habilités à empêcher les excès des autres. Reprenant cette théorie, Raymond Carré de Malberg écrit que l'État de droit suppose « que la Constitution détermine supérieurement et garantisse aux citoyens ceux des droits individuels qui doivent demeurer au-dessus des atteintes du législateur »¹⁸. En France, la dernière révision constitutionnelle en date a permis aux citoyens de revendiquer le respect des droits fondamentaux par le législateur devant le juge constitutionnel, à travers la procédure de « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC), contrôle de constitutionnalité *a posteriori* par voie

¹¹ C'est la position défendue par Carré de Malberg dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, p. 62.

¹² C'est la position défendue par Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel*, T. 2. La Théorie générale de l'État, Partie 1. Éléments, fonctions et organes de l'État, 1928, rééd. CNRS, 1972.

¹³ Selon la théorie normativiste, l'État ne se conçoit que d'un point de vue juridique et le droit ne peut émaner que d'un État ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 370.

¹⁴ D. Rousseau, « De quoi l'État de droit est-il le nom ? », *RUE*, 2022, 229.

¹⁵ *Ibid.*, p. 230 ; D. Rousseau, « Présentation », *RDP*, 2021, 5.

¹⁶ D. Rousseau, « De quoi l'État de droit est-il le nom ? », préc., p. 229.

¹⁷ C. Spector, « Aux sources du concept d'État de droit : la théorie des institutions libres dans *L'Esprit des lois* de Montesquieu », *RUE*, 2022, 221.

¹⁸ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, *op. cit.*, §164.

d'exception¹⁹. À mesure des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, un ensemble de droits et libertés fondamentaux se dessine, dont la prévalence s'articule de manière concrète et évolutive²⁰. Beaucoup ont pu avancer qu'il s'agissait du parachèvement de l'État de droit en France²¹. La période récente a toutefois montré que cette conception pouvait être remise en cause et remplacée par une conception alternative alimentée par des crises.

En quoi l'État de droit est-il en crise ? Comme pour attester de son efficacité, deux crises majeures sont venues éprouver l'État de droit²² : une crise institutionnelle au cœur de l'Union européenne qui est devenue une crise de l'État de droit lui-même²³, et une crise sanitaire mondiale liée à la pandémie de covid-19 qui a testé la capacité pour les droits et libertés à résister aux périodes de crise. La première se manifeste par le rejet, au sein des États membres, de la conception de l'État de droit promue et garantie par les traités et les cours européennes²⁴. La diffusion de cette conception alternative de l'État de droit trouve quelques manifestations ponctuelles en France, notamment à travers la jurisprudence²⁵ et au sein de la classe politique²⁶, où l'État de droit est considéré comme une contrainte pour l'exercice du pouvoir politique, ce qui affaiblit l'État²⁷. La seconde crise se manifeste par la coordination, au niveau européen, d'un ensemble de législations nationales d'exception, portant une atteinte grave aux libertés individuelles, destinées à faire face à la pandémie de covid-19. En France, cela s'est concrétisé par l'appari-

¹⁹ Art. 29 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juill. 2008 de modernisation des institutions de la V^e République qui crée l'art. 61-1 de la Constitution. Sur les liens entre QPC et État de droit, voy. R. Colavitti et S. Corioland (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et État de droit*, Paris, L'Harmattan, 2021.

²⁰ Sur la classification des droits fondamentaux par ordre de prévalence, voy. A. Ménard, *L'office des juges constitutionnels français des droits fondamentaux*, J.-Ph. Derosier (dir.), Thèse dactylographiée, Université de Rouen Normandie, 2020, 756 p.

²¹ V. not. le dossier consacré au thème : « Les droits et libertés fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ? », *Politeia*, n° 30, 2016.

²² L'objet de la présente contribution n'est pas de définir la notion de crise qui sera comprise de manière générale comme une « situation de trouble, due à une rupture d'équilibre et dont l'issue est déterminante pour l'individu ou la société » (<https://www.cnrtl.fr/definition/crise>).

²³ R. Mehdi, « Heurs et malheurs de l'État de droit, l'Union européenne au défi d'une crise essentielle », *RUE*, 2022. 240.

²⁴ V. par ex. l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020, *Weiss*, BVerfG, 2 BvR 859/15 et le jugement rendu par le Tribunal constitutionnel polonais le 7 oct. 2021, K 3/21.

²⁵ V. par ex. l'arrêt d'Assemblée rendu par le Conseil d'État le 21 avr. 2021, *French data network et autres*, req. n° 393099. Le juge fait prévaloir les exigences constitutionnelles de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pénales sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui limite la possibilité d'imposer la conservation des données de connexion des utilisateurs de télécommunication (CJUE, 6 oct. 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, *French Data Network e.a.*, aff. C-511/18 et s.).

²⁶ V. par ex. le rapport d'information du Sénat du 29 mars 2022 sur « La judiciarisation de la vie publique », n° 592.

²⁷ D. Rousseau, « De quoi l'État de droit est-il le nom ? », préc., p. 227.

tion d'un dispositif législatif de gestion de la crise sanitaire. Celui-ci a justifié des limitations générales et absolues de nombreuses libertés, dans le but de prévenir les atteintes à l'ordre sanitaire. Tant au niveau de l'Union européenne (I) qu'au niveau de l'État français (II), ces crises ont montré que l'État de droit pouvait être remis en cause et détourné de sa finalité visant la garantie des droits fondamentaux. Cette étude est ainsi l'occasion de rappeler que nul État, pas même le « Pays des Droits de l'Homme », n'est à l'abri des dérives arbitraires.

I - L'État de droit menacé : la réponse à la crise de l'État de droit dans l'Union européenne

L'État de droit dans l'Union européenne. À l'origine fondée sur une coopération économique, l'Union européenne s'est rapidement orientée, à la demande des États membres, vers une union de droits et de valeurs politiques²⁸ qui dépassent les principes du libéralisme économique²⁹. Parmi ces valeurs prévues à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne (TUE), l'État de droit est privilégié³⁰. Façonnée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), sa définition est toutefois singulière dans l'Union³¹, alimentée par des avis et rapports rendus par des commissions extérieures³². Cette valeur renvoie à l'obligation de respecter la hiérarchie des normes, ce qui implique le respect par les États membres de la règle de primauté du droit de l'Union³³, garantie par un système juridictionnel indépendant et impartial³⁴. L'État de droit est la « matrice » du projet d'intégra-

²⁸ CJCE, 23 avr. 1986, *Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen*, aff. n° 294/83, pt. 23 ; CJUE, 29 juin 2010, *E. F.*, aff. n° C-550/09, pt. 44.

²⁹ E. Kohlhauser, « Heurs et malheurs de la légitimité : le cas de l'État de droit dans l'Union européenne », *RDP*, 2021. 1047.

³⁰ V. la Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil, « Un nouveau cadre de l'Union européenne pour renforcer l'État de droit », 11 mars 2014, COM(2014) 158 final, p. 5. La Commission a mis en place, de sa propre initiative, une procédure de « sauvegarde de l'État de droit » destinée à préparer l'activation de la procédure de sanction prévue à l'art. 7 TUE. Cette procédure est composée de trois étapes : une évaluation de la situation dans l'État membre visé, une recommandation par la Commission et un suivi de la recommandation.

³¹ V. par ex. É. Carpano, « La définition du standard européen de l'État de droit », *RTD eur.*, 2019. 255.

³² V. la liste des critères de l'État de droit adoptée par la Commission de Venise lors de sa 106^e session plénière (Venise 11-12 mars 2016, CDL-AD 2016(007)), approuvée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe lors de la 1263^e réunion des délégués des ministres (6-7 sept. 2016). Par exemple, dans son arrêt du 24 juin 2019 (étudié *infra*), la CJUE a expressément cité un avis de la Commission de Venise (avis n° 904/2017 [CDL-AD(2017)031]).

³³ V. le Rapport de la Commission de Venise sur la prééminence du droit, étude n° 512/2009, 28 mars 2011, p. 8.

³⁴ CDL-AD 2016(007), préc., §74.

tion européenne³⁵, que ce soit au niveau des échanges économiques³⁶, de l'adhésion politique³⁷, ou du respect d'un ensemble de valeurs communes³⁸. Il se présente dès lors comme une condition des bonnes relations entre l'Union européenne et l'extérieur, entre les États membres et l'Union, et entre les États membres eux-mêmes. Par la jurisprudence puis par les traités, toujours sur la base des traditions constitutionnelles communes, l'Union s'est « acclimatée » à l'État de droit. Pourtant, bon nombre d'États membres dénoncent « [l']incapacité de l'Union européenne à traiter les problèmes d'État de droit »³⁹. Depuis quelques années, le manque de volonté politique pour sanctionner les violations systématiques aux droits fondamentaux par les États affaiblit les dispositifs institutionnels de lutte contre les violations de l'État de droit, comme le mécanisme prévu à l'article 7 du TUE qui requiert, à un moment de la procédure, l'unanimité des vingt-sept.

La crise de l'État de droit dans l'Union européenne. Parce que l'État de droit est une valeur se situant au fondement de l'ordre juridique de l'Union, la crise de l'État de droit est une menace « vitale » pour l'Union elle-même⁴⁰. Cette crise est née du développement des gouvernements dits « illibéraux » dans certains États d'Europe centrale et orientale. Ces gouvernements, régulièrement et durablement installés, font de l'élection par le peuple la justification de toutes les décisions politiques, mêmes si elles sont contraires à la Constitution et aux conventions internationales. La légitimité démocratique l'emporte, selon cette conception, sur la prééminence du droit. Tout ce qui ne serait pas issu de la majorité politique au pouvoir serait illégitime et donc contestable. Ce serait la fin des droits de l'opposition et des contre-pouvoirs et le retour aux risques avérés de l'arbitraire de la majorité.

Les solutions à la crise de l'État de droit dans l'Union européenne. Avant tout politique et institutionnelle, la crise de l'État de droit s'est rapidement juridictionnalisée⁴¹, en l'absence d'un effort suffisant de la part des instances exécutives de l'Union pour l'endiguer. Quatre principaux éléments en témoignent. Premièrement, le double échec de l'application de l'article 7 TUE. Deuxièmement, le recours fréquent aux instruments de *soft law* par le Parlement européen⁴². Troisièmement, la tentative de transaction passée entre le Conseil, la Pologne et la Hongrie pour sus-

³⁵ R. Mehdi, « Heurs et malheurs de l'État de droit... », préc., p. 241.

³⁶ R. Mehdi, « Le respect de l'État de droit en droit européen et dans les relations extérieures de l'Union », in *L'État de droit en droit international*, Colloque de la SFDI, Paris, Pedone, 2009, p. 319.

³⁷ Art. 49 TUE.

³⁸ Art. 2 TUE.

³⁹ P. Bonhecarrère et J.-Y. Leconte, « L'État de droit dans l'Union européenne », Rapport d'information n° 457 fait au nom de la commission des affaires européennes, Sénat, 18 mars 2021, p. 7.

⁴⁰ R. Mehdi, « Heurs et malheurs de l'État de droit... », préc., p. 241.

⁴¹ V. not. A. Ménard, « La réponse de la Cour de justice de l'Union européenne à la crise de l'État de droit, à l'aune des cas polonais et hongrois », *RUE*, 2022. 255-262.

⁴² V. not. L. Popravka, « Le volontarisme du Parlement européen en matière d'État de droit », *RUE*, 2022. 249-254.

pendre l'application du règlement européen de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union⁴³. Quatrièmement, la réticence, de la part de la Commission, d'appliquer ce même règlement avant que la Cour de justice ne se soit prononcée sur sa conformité aux traités. Les choses ont évolué, depuis que la CJUE a donné le champ libre aux institutions pour reprendre la main sur la gestion de cette crise. Dans ses arrêts du 16 février 2022⁴⁴, l'Assemblée plénière de la Cour a rejeté les recours de la Pologne et de la Hongrie portés à l'encontre du règlement de conditionnalité. La Cour rappelle avec force l'autorité du droit de l'Union et le caractère obligatoire de ses arrêts qui ont donné de la substance aux obligations destinées à faire respecter l'État de droit dans l'Union⁴⁵.

Les solutions du point de vue français. En France, lors d'une affaire concernant un ressortissant polonais faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen émis par des autorités polonaises, le Conseil d'État a repris la jurisprudence de la CJUE⁴⁶, dans une décision rendue le 10 juin 2020⁴⁷. Cette solution par les juges ne pouvait cependant s'inscrire dans la durée sans l'appui des institutions. Conformément à son programme, on pouvait attendre de la présidence française du Conseil de l'Union européenne des actions concrètes menées en faveur de l'État de droit⁴⁸. La guerre en Ukraine a toutefois attiré toute l'attention depuis plusieurs semaines⁴⁹. Citons la conférence des chefs des cours suprêmes des États membres, réunie le 21 février 2022, qui a mis l'accent sur le rôle des juges dans la consolidation de l'État de droit en Europe. À l'occasion d'un atelier consacré à la protection des droits fondamentaux et à l'articulation du droit national et des droits européens⁵⁰, les représentants des cours suprêmes présents ont rappelé que l'État de droit, valeur fondatrice de l'Union européenne, « suppose, au moins, l'égalité devant la loi, le

⁴³ Règlement UE, Euratom n° 2020/2092 du Parlement européen et du Conseil en date du 16 déc. 2020, relatif à un régime général de conditionnalité pour la protection du budget de l'Union.

⁴⁴ Aff. C-156/21 et C-157/21.

⁴⁵ CJUE, 27 févr. 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c/ Tribunal de Contas*, aff. C-64/16.

⁴⁶ CJUE, 25 juill. 2018, *Minister for Justice and Equality c/ LM*, aff. C-216/18 PPU.

⁴⁷ CE, 10 juin 2020, *M. A. B.*, req. n° 435348.

⁴⁸ L'une des trois ambitions portées par la présidence française du Conseil, intitulée « Une Europe humaine » met l'accent sur la défense de « l'État de droit » ; <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/fr/programme/programme-de-la-presidence/>

⁴⁹ V. par ex. le colloque organisé le 27 avr. 2022 dans le cadre de la présidence française du Conseil portant sur « Le rôle des médiateurs en temps de crise », dans le cadre de la guerre en Ukraine ; <https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/fr/evenements/defis-post-pandemiques-le-role-des-defenseurs-des-droits/>

⁵⁰ V. la note de présentation de l'atelier organisé par la Cour de cassation française : https://www.courdecassation.fr/files/files/Colloques/Note%20d'atelier%20Cour%20de%20cassation_Workshop%20note%20Court%20of%20cassation_EN%20FR.pdf

respect de la hiérarchie des normes et la séparation des pouvoirs »⁵¹. Certains juges ont toutefois signalé le besoin d'un « assouplissement du dialogue, dans son sens tant juridictionnel qu'institutionnel », entre la CJUE et les juridictions nationales, notamment dans l'interprétation et l'application des normes issues des traités⁵², traduisant une réserve. Depuis, la gestion de la crise semble être à nouveau reprise par la Commission européenne qui a adopté, le 2 mars 2022, des lignes directrices destinées à l'application du règlement de conditionnalité qui prévoit une définition plus précise et technique aux obligations des États membres découlant du respect de l'État de droit⁵³. La crise de l'État de droit dans l'Union européenne a révélé des dysfonctionnements institutionnels importants qui ont été exacerbés durant la pandémie de covid-19, période où la situation des libertés s'est gravement détériorée.

II – L'État de droit DÉtournÉ : la gestion de la crise sanitaire en France

L'état d'urgence sanitaire et la gestion de la sortie de crise sanitaire. Comme dans de nombreux États, notamment européens⁵⁴, la crise sanitaire a éprouvé l'État de droit en France⁵⁵. En créant un nouvel état d'exception sans cadre constitutionnel clair⁵⁶, le législateur français a testé la capacité pour les droits fondamentaux à s'adapter aux périodes de crise et à résister aux mesures exceptionnelles excessives. Durant les deux dernières années, une douzaine de lois ordinaires dédiées à la covid-19 ont été adoptées, complétées par une centaine d'ordonnances prises sur habilitation du Parlement. La loi du 23 mars 2020⁵⁷ a servi de base à l'édiction de nombreuses mesures de police administrative exceptionnelle poursuivant l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. Elle prévoit, en cas de déclai-

⁵¹ V. la restitution orale de l'atelier : <https://www.courdecassation.fr/files/files/Discours/Texte%20restitution%20Atelier%20C%20CASS%2021.02.2022%20version%20finale%20format%20lecture.pdf>

⁵² *Ibid.*, p. 5.

⁵³ Selon l'art. 2 du Règlement, l'État de droit « recouvre le principe de légalité, qui suppose l'existence d'un processus législatif transparent, responsable, démocratique et pluraliste, ainsi que les principes de sécurité juridique, d'interdiction de l'arbitraire du pouvoir exécutif, de protection juridictionnelle effective, y compris l'accès à la justice, assurée par des juridictions indépendantes et impartiales, également en ce qui concerne les droits fondamentaux, de séparation des pouvoirs, de non-discrimination et d'égalité devant la loi. »

⁵⁴ V. le rapport de la Fondation R. Schuman, *Gérer la covid-19, un tour d'Europe*, printemps 2020, https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/divers/Covid-19_Tour_Europe.pdf ; https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_3761

⁵⁵ Dans le même sens, v. D. Rousseau, « Présentation », préc., p. 5.

⁵⁶ La seule notice de fabrication spécifique aux lois d'exception en France est issue d'une jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle le législateur est autorisé à créer un nouvel état d'urgence en dehors des régimes constitutionnels ; Cons. cons., déc. n° 85-187 DC du 25 janv. 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 4.

⁵⁷ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

ration de l'état d'urgence sanitaire par décret du président de la République, délibéré en Conseil des ministres, l'attribution de prérogatives assez larges au premier ministre et au ministre de la santé, justifiées par une « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »⁵⁸. L'année suivante, le législateur français est venu compléter ce régime⁵⁹ tout en créant un autre dispositif légal destiné à gérer la sortie de la crise sanitaire⁶⁰. Ce second régime subordonne l'allègement des mesures restrictives des libertés et la reprise progressive des activités économiques et de loisir au respect de nouvelles règles transitoires, comme la mise en place d'un système européen de contrôle sanitaire informatisé de la population (le « passe sanitaire », devenu « passe vaccinal »⁶¹) assortie d'une obligation vaccinale des personnels et étudiants de santé⁶². Ce régime parallèle, qui justifie le maintien de certaines restrictions dans une forme plus édulcorée, n'est pas assorti des mêmes garanties contre les abus, ce qui accroît les risques d'atteintes à l'État de droit. Il s'applique en l'absence de déclaration d'état d'urgence sanitaire, ce qui le prive notamment du contrôle parlementaire prévu sur la durée. La gestion de la crise sanitaire en France a détourné l'État de droit, tant sur des aspects formels que sur des aspects matériels.

Le détournement formel de l'État de droit. D'un point de vue formel, l'État de droit repose sur le respect de la hiérarchie des normes et la prééminence de la Constitution. Pourtant, les fondements légaux de l'état d'urgence sanitaire ne reposent pas sur un cadre constitutionnel normal⁶³. D'une part, parce que la loi du 23 mars 2020, édictée en seulement quatre jours⁶⁴, n'a pas été soumise au contrôle de constitutionnalité qui est facultatif, même pour les lois d'exception. Ce contrôle préventif aurait permis d'éviter certains abus qui n'ont pu être censurés que tardivement, lors de contrôles concrets sur des situations potentiellement irréversibles⁶⁵.

⁵⁸ Art. L. 3131-12 du code de la santé publique.

⁵⁹ Loi n° 2021-1465 du 10 nov. 2021 portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

⁶⁰ Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

⁶¹ Loi n° 2022-46 du 22 janv. 2022 renforçant les outils de gestion de crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique. La loi élargit les possibilités de contrôle et renforce les sanctions en cas de fraude au passe.

⁶² Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

⁶³ M. Verpeaux, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*. 2020. 839.

⁶⁴ Le projet de loi, élaboré en Conseil des ministres le 18 mars, a été déposé au Parlement le même jour, examiné et adopté le 22, puis promulgué le lendemain. C'est un délai très court par rapport à une moyenne d'environ sept mois pour produire une loi en France.

⁶⁵ On pense par ex. aux nombreuses ordonnances prises sur habilitation du Parlement dont certaines ont entraîné des abus, notamment à l'égard des droits de la défense devant les juridictions pénales (Cons. cons., déc. n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, *M. Krzystof B*). On pense aussi aux poursuites pénales engagées sur la base d'arrêtés municipaux dont la légalité dépendait d'une interprétation donnée à la répartition des compétences entre l'autorité de police nationale et l'autorité de police locale (CE, ord., 17 avr. 2020, *Commune de Sceaux*, req. n° 440057).

Cela pose de nouveau la question de la constitutionnalisation des états d'exception⁶⁶ (en France, les états d'urgence ne sont pas prévus par la Constitution⁶⁷), ainsi que celle du contrôle systématique des lois d'urgence par le Conseil constitutionnel⁶⁸. D'autre part, parce que la loi organique du 30 mars 2020⁶⁹ (suspendant pendant trois mois le délai de traitement des QPC) a été déclarée conforme à la Constitution, dans une décision du 26 mars 2020, malgré son adoption au regard d'une procédure manifestement irrégulière⁷⁰. Pour valider la procédure irrégulière, le Conseil constitutionnel se fonde sur les « circonstances particulières de l'espèce », à savoir la crise sanitaire. L'état d'urgence sanitaire repose ainsi sur un ensemble de normes « para-constitutionnelles », c'est-à-dire des normes parallèles au système constitutionnel ordinaire. Ces normes sont utilisées de manière dérogatoire, comme références au contrôle de constitutionnalité en période d'exception. En justifiant la validité de lois produites de façon irrégulière au regard du système constitutionnel ordinaire, le Conseil se sert d'un ordre constitutionnel dérogatoire qui fonde la production des lois d'exception. Ce « paradoxe »⁷¹ peut s'expliquer par le fait que l'ordre constitutionnel général a implicitement prévu l'existence d'un ensemble de normes constitutionnelles spéciales. Par exemple, la loi du 23 mars 2020 a été adoptée conformément aux règles de production ordinaire. En outre, les règles relatives au contrôle de constitutionnalité, desquelles est issue la décision du 26 mars 2020, sont fondées sur l'article 61 de la Constitution qui est la procédure ordinaire de contrôle de la loi. De même, plusieurs dispositions prévues par les régimes d'exception opèrent des renvois vers l'ordre juridique général. Par exemple,

⁶⁶ Contre la constitutionnalisation, v. par ex. O. Beaud, « Il ne faut pas constitutionnaliser l'état d'urgence », *Le Monde*, 2 déc. 2015 ; L. Fontaine, « La constitutionnalisation des pouvoirs d'exception comme garantie des droits ? L'exemple des démocraties européennes à la fin du XX^e siècle », *CRDF*, 2007, 39-60. Pour la constitutionnalisation, v. par ex. J.-Ph. Derosier, « Pour un état d'urgence constitutionnalisé », *La Constitution décodée*, www.constitutiondecodee.fr, 20 avr. 2020.

⁶⁷ Seuls les pouvoirs exceptionnels du chef de l'État (art. 16) et l'état de siège (art. 36) sont prévus par la Constitution. Les autres régimes d'exception sont soit de nature législative (c'est le cas de l'état d'urgence et de l'état d'urgence sanitaire) soit de nature jurisprudentielle (c'est le cas de la théorie des circonstances exceptionnelles).

⁶⁸ Dans son étude annuelle 2021 relative aux états d'urgence, le Conseil d'État propose d'instaurer un contrôle systématique des lois d'urgence. Cette proposition a été relayée par Laurent Fabius, président du Conseil constitutionnel, dans le rapport d'activité du Conseil constitutionnel 2020-2021.

⁶⁹ Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁷⁰ Le projet de loi organique a été examiné en séance publique le lendemain de son dépôt initial devant le Sénat, ce qui est contraire à l'art. 46 de la Constitution relatif à la procédure d'adoption des lois organiques. Cette procédure prévoit qu'en première lecture, la délibération et le vote d'un projet de loi organique (assorti d'une procédure accélérée) ne peuvent être réalisés qu'à l'expiration d'un délai de quinze jours après le dépôt, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ; Cons. cons., déc. n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*, cons. 2-3.

⁷¹ X. Magnon, « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *RDP*, 2021, 11.

l'article L. 3131-18 du code de la santé publique, invoqué en vertu de l'état d'urgence sanitaire, opère un renvoi vers les dispositions ordinaires du code de justice administrative relatives aux procédures de référé. En organisant des liens avec l'ordre juridique ordinaire en l'absence de normalisation constitutionnelle, l'état d'urgence sanitaire repose sur des bases formelles détournées de l'État de droit.

Le détournement matériel de l'État de droit. Les composantes matérielles de l'État de droit sont la séparation des pouvoirs et la garantie des droits, composantes que la gestion de la crise sanitaire a détournées. Sur la séparation des pouvoirs, d'abord, la crise sanitaire a été le théâtre d'une mise à l'écart fréquente du Parlement qui n'a pu assurer sérieusement son rôle de contrôle de l'exécutif. Par ailleurs, la loi du 22 janvier 2022 a prévu une nouvelle cause d'extinction de l'action publique lorsque le prévenu, poursuivi pour un cas de fraude au passe vaccinal, s'insère dans un processus de vaccination qui met fin aux poursuites contre lui. Cela soulève un problème de séparation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, ce que le Conseil constitutionnel n'a pas censuré⁷². Sur la garantie des droits, ensuite, la gestion de la crise sanitaire a autorisé la limitation de l'exercice de plusieurs droits et libertés constitutionnellement garantis aux fins de maintenir l'ordre, par exemple par la mise en place d'un couvre-feu⁷³ ou du confinement de la population sur tout ou partie du territoire national⁷⁴. Ainsi, les autorités investies des pouvoirs exceptionnels de police peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux. L'état d'urgence sanitaire est donc une période dans laquelle les droits fondamentaux sont particulièrement menacés. Cependant, la loi du 23 mars 2020 prévoit une garantie contre les atteintes disproportionnées aux droits et libertés. Le code de la santé publique prévoit que les mesures générales et individuelles prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire doivent être « strictement nécessaires et proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieux ». Il revient ensuite au juge d'appliquer un contrôle juridictionnel rigoureux afin de censurer les mesures disproportionnées. La loi prévoit la compétence du juge administratif des référés pour connaître du contentieux des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, sauf dans les cas où, au regard de l'article 66 de la Constitution, le juge judiciaire serait compétent *par nature* (par exemple en cas de privation de liberté physique). En donnant compétence au juge des référés, le législateur fait le choix de confier un pan important du contentieux de la crise sanitaire à un juge à l'office limité et dépendant des circonstances⁷⁵. En

⁷² Cons. cons., déc. n° 2022-835 DC du 21 janv. 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de santé publique*, §57-64.

⁷³ Art. 51 du décret n° 2020-1262 du 16 oct. 2020.

⁷⁴ Décret n° 2020-1310 du 29 oct. 2020. Le premier confinement, décrété le 16 mars 2020, est intervenu avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2020.

⁷⁵ CE, ord., 22 mars 2020, *Syndicat jeunes médecins*, req. n° 439674.

effet, l'article L. 521-2 du code de justice administrative dispose que l'office du juge du référé liberté est réduit à la réparation des atteintes manifestes aux libertés fondamentales, ce qui est le signe d'un contrôle restreint aux anomalies évidentes⁷⁶. La mise en place du second confinement général par l'article 4 du décret du 29 octobre 2020 n'a, par exemple, pas été considérée comme manifestement illégale⁷⁷. Pourtant, conformément aux dispositions de la loi du 23 mars 2020, le juge aurait dû développer un contrôle plus poussé qui ne relève pas de l'office normal du juge des référés⁷⁸. Néanmoins, son contrôle est resté assez restreint dans l'ensemble⁷⁹. Les motifs retenus dans les ordonnances de référé prennent appui de manière quasi-systématique sur le contexte sanitaire et les travaux scientifiques les plus récents sur la pandémie⁸⁰. Alors que le contexte sanitaire s'améliorait, à partir du mois de juin 2021 qui marque la fin de l'état d'urgence en métropole, le juge des référés n'a pas adapté son raisonnement et a continué d'appliquer un contrôle restreint⁸¹. Afin de maintenir un niveau de garantie acceptable des droits fondamentaux dans un État de droit malgré les circonstances, le juge, en vertu de la loi, aurait pu contrôler la proportionnalité des atteintes portées à ces droits au regard des objectifs d'intérêt général poursuivis par les autorités investies de telles prérogatives. Le même reproche peut être adressé au Conseil constitutionnel. Saisi pour opérer le contrôle préventif de la loi du 14 novembre 2020 de prorogation de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil constitutionnel a limité son contrôle à l'appréciation manifestement inadéquate⁸². Tout en exigeant du législateur de concilier l'objectif de protection de la santé avec les autres droits fondamentaux, le Conseil

⁷⁶ B. Hachem, « Le juge administratif des référés, juge de l'évidence ou de la vraisemblance ? », *LPA*, 2011. 5.

⁷⁷ CE, ord., 7 nov. 2020, req. n° 445821.

⁷⁸ L'art. L. 521-2 du code de justice administrative permet au juge des référés de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté une atteinte grave et manifestement illégale.

⁷⁹ V. par ex. CE, ord., 6 sept. 2020, *Ministre des solidarités et de la santé c. M. D... et autre*, req. n° 443750, §10 ; CE, ord., 6 sept. 2020, *Ministre des solidarités et de la santé c. Association « Les Essentialistes – région Auvergne-Rhône-Alpes »*, req. n° 443751, §10 ; Voy. S. Slama, « Les arrêtés préfectoraux et municipaux durant l'état d'urgence sanitaire », Communication dans le cadre du colloque de l'Université d'Angers du 19 nov. 2020, *Les droits et libertés à l'épreuve du COVID* ; O. Mamoudy, « Les référés libertés, un instrument de défense des droits et libertés pendant la période de l'état d'urgence sanitaire ? », Communication dans le cadre du colloque de l'Université d'Angers du 19 nov. 2020, *Les droits et libertés à l'épreuve du COVID*.

⁸⁰ V. par ex. CE, ord., 29 mars 2021, *Association Civitas*, req. n° 450893 et s. ; CE, ord., 6 mai 2021, *Association Société Habous et Lieux Saints de l'Islam et autre*, req. n° 452144 ; CE, ord., 1^{er} avr. 2021, *M. B...*, req. n° 450956 ; CE, ord., 14 avr. 2021, *Association Comité professionnel des galeries d'art*, req. n° 451085 ; CE, ord., 21 mai 2021, *Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône et de Lyon Métropole et autres*, req. n° 452294 et s.

⁸¹ V. par ex. CE, ord., 26 juill. 2021, *SACD et autres*, req. n° 454792 et s.

⁸² Cons. cons., déc. n° 2020-808 DC du 13 nov. 2020, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*.

n'opère pas de contrôle de proportionnalité approfondi du dispositif légal. La crise sanitaire a montré que les exigences matérielles de l'État de droit peuvent être détournées de leur finalité visant la garantie des droits fondamentaux.

Un noyau dur de droits résilients préservé. Il faut quand même noter la préservation d'un nombre limité de droits et libertés qui s'adaptent aux périodes de crise et résistent aux mesures exceptionnelles excessives, ce qu'on a pu appeler les droits résilients⁸³. Le Conseil constitutionnel a par exemple considéré que les principes généraux du droit pénal devaient résister aux périodes de crise⁸⁴. Par ailleurs, le Conseil d'État a pu estimer que les restrictions à la liberté de manifester sur la voie publique⁸⁵ et à la liberté de culte⁸⁶ devaient s'adapter aux circonstances et prendre en compte l'évolution de la crise. Toutefois, dans le système constitutionnel français, rien, en droit, n'empêche le juge d'altérer ce noyau dur.

* * *

Dans un célèbre poème publié en 1558, Joachim du Bellay exprimait dans ses *Regrets* son sentiment de profonde nostalgie à l'égard de la France qu'il a connue, « mère des lois ». Si elles devaient se systématiser, les crises récentes qui affectent l'État de droit pourraient conduire à un sentiment similaire⁸⁷. Les événements ont montré que la recherche d'un juste équilibre entre la garantie des droits fondamentaux et la préservation de l'ordre public en période de crise ne pouvait aboutir sans un effort partagé entre des juridictions indépendantes et des institutions politiques modérées.

Bibliographie

- Carpano E., « La définition du standard européen de l'État de droit », *RTD eur.*, 2019. 255.
 Carré de Malberg R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920.
Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et État de droit, dir. Colavitti R., Coriolland S., Paris, L'Harmattan 2021.
 Kohlhauser E., « Heurs et malheurs de la légitimité : le cas de l'État de droit dans l'Union européenne », *RDP*, 2021. 1047.
 Magnon X., « Le concept d'état d'exception, une lecture juridique », *RDP*, 2021. 11 ;
 Mehdi R., « Heurs et malheurs de l'État de droit, l'Union européenne au défi d'une crise essentielle », *RUE*, 2022. 240.
 Rousseau D., « De quoi l'État de droit est-il le nom ? », *RUE*, 2022. 227.

⁸³ Voy. A. Ménard, « La garantie des droits fondamentaux dans les états d'exception sous la V^e République », *RFDC*, n° 128, 2021, www.cairn.info.

⁸⁴ Cons. cons., déc. n° 2020-878/879 QPC du 29 janv. 2021, *M. Ion Andronie R. et autres*.

⁸⁵ CE, ord., 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme et autres*, req. n°s 440846 et autres.

⁸⁶ CE, ord., 18 mai 2020, *M. W. et autres*, req. n°s 440366 et autres.

⁸⁷ Sentiment partagé par certains de nos voisins ; M. Verdussen, « Remettre les droits fondamentaux sur le devant de la scène constitutionnelle », in Dossier : Belgique, horizon 2030, *Revue générale*, 2022. 105-113.

Spector C., « Aux sources du concept d'État de droit : la théorie des institutions libres dans *L'Esprit des lois* de Montesquieu », *RUE*, 2022. 221.

Verdussen M., « Remettre les droits fondamentaux sur le devant de la scène constitutionnelle », in Dossier : Belgique, horizon 2030, *Revue générale*, 2022. 105.

Verpeaux M., « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2020. 839.