

**Selarl FELTESSE, WARUSFEL,
PASQUIER & ASSOCIES - FWPA
Société d'Avocats au Barreau de
Paris**

18 rue des Pyramides – 75001 PARIS
Tel : +33(0)142.966.000 - Toque :
#K028 – Mail : jbsoufron@fwpa-
avocats.com

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

(article 61-1 de la Constitution
et article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958)

DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

(état d'urgence sanitaire – constitutionnalité des modalités du confinement)

mémoire distinct à l'appui de la requête n° 440149

POUR

M. Paul Cassia

et

L'Association de Défense des Libertés Constitutionnelles (ADELICO)

Ayants pour avocat :

Maître Jean-Baptiste SOUFRON, Avocat au Barreau de Paris
SELARL FWPA
18, rue des Pyramides, 75001 Paris
Toque K28, jbsoufron@fwpa-avocats.com
élisant domicile au cabinet pour la présente et ses suites

DEMANDEURS

CONTRE

Le 2° du I du nouvel article L. 3131-15 du Code de la santé publique, issu de l'article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

I) FAITS ET PROCEDURE

Depuis l'entrée en vigueur le 24 mars 2020 de l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, la France est en état d'urgence sanitaire en raison de l'épidémie mondiale de coronavirus, pour une période de deux mois en principe.

Cette loi confère des pouvoirs exceptionnels au Premier ministre et au ministre de la santé, en cas de grave catastrophe sanitaire.

Il est apparu au cours des débats parlementaires que le gouvernement était lui-même demandeur de tels pouvoirs exceptionnels, afin de les mettre en œuvre de la manière la plus rapide et complète au regard de la gravité de la situation sanitaire.

L'article 2 de la loi du 23 mars 2020 a inséré dans le Code de la santé publique un nouvel article L. 3131-15 du Code de la santé publique, 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 (...) ».

Sur le fondement de l'article 2 cette loi, le Premier ministre a adopté un décret n° 2020-293 du 24 mars 2020, qui a notamment prévu, au premier alinéa du I de son article 3, un confinement quasi-total de la population française comme modalité de lutte contre cette pandémie :

« Jusqu'au 31 mars 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile est interdit à l'exception des déplacements pour les motifs suivants en évitant tout regroupement de personnes : (...)»

Par décret du 27 mars 2020, le Premier ministre a modifié cette disposition et prolongé jusqu'au 15 avril 2020 la durée de ce confinement, qui devait initialement prendre fin le 31 mars.

Par décret n° 2020-423 du 14 avril 2020 publié au *Journal officiel* du même jour, le Premier ministre a prolongé jusqu'au 11 mai 2020 la durée de ce confinement, de sorte que le premier alinéa du I du 3 du décret du 24 mars 2020 modifié est désormais ainsi rédigé :

« Jusqu'au 11 mai 2020, tout déplacement de personne hors de son domicile est interdit à l'exception des déplacements pour les motifs suivants en évitant tout regroupement de personnes : (...) »

L'exposant a formé, le 20 avril 2020, un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat aux fins de voir annulé l'article 3 du décret du 23 mars 2020 modifié.

A cette occasion, il a soulevé le moyen tiré de l'inconstitutionnalité du 2° du I de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique.

Par le présent mémoire distinct, l'exposant demande au Conseil d'Etat, en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, et à l'appui de sa requête tendant à l'annulation du premier aliéna du I de l'article 3 du décret n° 2020-293 du Premier ministre du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, dans sa version modifiée par le décret n° 2020-423 du 14 avril 2020, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du 2° du I du nouvel article L. 3131-15 du Code de la santé publique.

II) DISCUSSION

Aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel :

« Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) ».

Il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Ces conditions sont ici remplies.

II – A – L'applicabilité au litige de la disposition législative contestée

Le 2° du I de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique est le fondement juridique I du 3 du décret du 24 mars 2020 modifié, dont l'annulation est demandée au Conseil d'Etat.

Ce décret est d'ailleurs pris au visa de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique, et son article 1^{er} dispose que *« Eu égard à la situation sanitaire résultant de l'épidémie de covid-19, le présent décret fixe les mesures propres à garantir la santé publique mentionnées à l'article L.3131-15 du code de la santé publique ».*

II – B – L'absence de déclaration de conformité de la disposition législative contestée

La loi du 23 mars 2020 n'a pas été soumise au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel.

II – C – Le caractère sérieux de la question de constitutionnalité au regard de l'article 66 de la Constitution

1. Le 2° du I du nouvel article L. 3131-15 du Code de la santé publique autorise le Premier ministre à assigner à domicile tout ou partie de la population française, sans prévoir de limitation de plage horaire, mais en principe pour toute la journée sauf exceptions ponctuelles et justifiées. Le principe posé par le législateur est donc celui du confinement domiciliaire quotidien et quasi-permanent pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire.

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.

Par comparaison, la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence va beaucoup moins loin dans l'atteinte à la liberté d'aller et de venir, en prévoyant [en son article 6](#) que les arrêtés individuels d'assignation à résidence adoptés par le ministre de l'Intérieur à l'égard de telle ou telle personne nommément identifiée peuvent comporter une assignation à domicile pour une période maximale de 12 heures par jour (« *la personne mentionnée au premier alinéa du présent article peut également être astreinte à demeurer dans le lieu d'habitation déterminé par le ministre de l'intérieur, pendant la plage horaire qu'il fixe, dans la limite de douze heures par vingt-quatre heures* »).

L'interdiction figurant au I du 2° de l'article L. 3131-15 ne se trouvait pas dans l'avant-projet de loi « covid-19 ».

Dans son [avis n° 399873 du 18 mars 2020](#), le Conseil d'Etat a « *proposé de préciser que ces mesures réglementaires peuvent inclure l'interdiction du déplacement de toute personne hors de son domicile dans la zone géographique qu'elles déterminent* ».

En conséquence, le Conseil des ministres a ajouté cette précision dans le projet de loi qu'il a adopté le 18 mars 2020, au premier alinéa de l'article L. 3131-23 du Code de la santé publique.

Le lendemain, le Sénat a adopté [un amendement parlementaire n° 29](#) présenté en commission des Lois, ayant pour objectif déclaré de « *préciser et encadrer* » les pouvoirs de police administrative du Premier ministre en état d'urgence sanitaire. L'exposé des motifs de l'amendement rappelle que « *conformément à une jurisprudence constitutionnelle constante, il appartient en effet au législateur d'assurer une conciliation équilibrée entre d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, et, d'autre part, la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis* ».

Cet amendement inscrit alors l'interdiction préconisée par le Conseil d'Etat au I du 2° du futur article L. 3131-15 du Code de la santé publique, en ajoutant une possibilité d'y déroger pour certains déplacements impératifs.

Or, même ainsi tempéré dans sa rigueur par le Sénat, cet article n'assure en rien une conformité de la loi à la Constitution, car faute soit de limiter à 12 heures la durée quotidienne de l'assignation à domicile, soit de prévoir l'intervention de l'autorité judiciaire,

il omet de prendre en considération une disposition constitutionnelle pourtant cardinale, qui donne un monopole de compétence à la juridiction judiciaire pour contrôler les « détentions » - au sens large du terme, qui englobe les astreintes durables à demeurer dans un domicile déterminé.

2. Selon l'article 66 de la Constitution,

*« Nul ne peut être arbitrairement détenu.
L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».*

Dans son avis n° 390867 du 17 décembre 2015 sur la constitutionnalité et la compatibilité avec les engagements internationaux de la France de certaines mesures de prévention du risque de terrorisme, le Conseil d'Etat a été saisi d'une demande d'avis du gouvernement sur la question de savoir si, afin de prévenir la commission d'actions violentes, il était possible de priver à titre préventif certaines personnes de la liberté, et prévoir leur rétention dans des centres prévus à cet effet.

Visant l'article 66 de la Constitution, le Conseil d'Etat a alors considéré que :

« toute détention doit être décidée par l'autorité judiciaire ou exercée sous son contrôle. Il appartient aux autorités de police administrative, afin d'assurer la protection de l'ordre public, de prendre des mesures à caractère préventif qui peuvent comporter des mesures affectant ou restreignant des libertés, mais elles ne peuvent prendre à ce titre des mesures privatives de liberté ».

Le mois suivant, dans son avis n° 391004 du 28 janvier 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, le Conseil d'Etat a donné un avis favorable au renforcement du contrôle administratif des retours sur le territoire national des personnes qui ont participé à des activités terroristes à l'étranger et qui pourraient constituer une menace pour la sécurité publique, car

« la nécessité de prévenir la commission d'actions violentes par celles de ces personnes à l'égard desquelles des poursuites judiciaires ne seraient pas engagées faute d'éléments suffisants, au moment de leur retour, justifie que l'autorité compétente en matière de police administrative puisse prendre, à leur endroit, des mesures de contrôle et de surveillance appropriées, dès lors que ces mesures ne sont pas privatives de liberté ».

Le Conseil d'Etat paraît donc avoir exclu par principe que l'autorité de police administrative puisse prendre une mesure de contrainte privative de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution, dès lors que cette mesure n'est pas « de très courte durée » (avis du 17 décembre 2015, pt I.2).

3. Dans sa jurisprudence la plus récente, le Conseil constitutionnel a considéré que l'article 66 de la Constitution fait relever du contrôle de la seule autorité judiciaire toutes les atteintes durables à la liberté d'aller et de venir, y compris si elles résultent de mesures de police administrative, prises par une autorité administrative à titre préventif, pouvant être analysées comme une privation de cette liberté.

Le Conseil constitutionnel a en effet admis que, dans le but exclusif d'assurer des soins ou de protéger des personnes, des privations de liberté d'aller et de venir de très courte durée – quelques heures, comme pour la personnes trouvées en état d'ivresse sur la voie publique (CC décision n° 2012-253 QPC du 8 juin 2012), ou quelques jours, comme pour les étrangers en situation irrégulière placés en rétention – pouvaient être réalisées dans un cadre administratif, c'est-à-dire à titre préventif et sans intervention préalable ou concomitante de l'autorité judiciaire, celle-ci devant nécessairement se prononcer si la privation de liberté d'aller et de venir devait ne pas être instantanée.

En revanche, pour toute autre privation de la liberté d'aller et de venir « non-brève », « *la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible* », de sorte que, au cas d'espèce, les dispositions législatives litigieuses « *qui permettent que l'hospitalisation d'office soit maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution* » (CC décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, considérant 13). S'agissant toujours de l'hospitalisation sans consentement, le Conseil constitutionnel avait précédemment jugé que « *ni l'obligation faite à certains magistrats de l'autorité judiciaire de visiter périodiquement les établissements accueillant des personnes soignées pour des troubles mentaux, ni les recours juridictionnels dont disposent ces personnes pour faire annuler la mesure d'hospitalisation ou y mettre fin ne suffisent à satisfaire aux exigences* » de l'article 66 de la Constitution ([CC décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010](#), considérant 26).

Ainsi que l'a jugé la Cour de cassation en renvoyant au Conseil constitutionnel la QPC n° 2020-844 relative à l'interprétation de l'article 66 de la Constitution, cet article « *impose le contrôle systématique du juge judiciaire* » à l'égard de toute mesure caractérisant une « *privation de la liberté* » d'aller et de venir ([Cass. civ. 1^{ère} 5 mars 2020, P 19-40.030](#)).

Ce monopole de compétence constitutionnelle qu'a l'autorité judiciaire, y compris dans le champ de l'ordre public sanitaire, peut être exercé soit avant, soit après (comme pour l'hospitalisation d'office, décidée par le préfet) l'adoption de la mesure de police administrative, mais il est nécessaire qu'à un moment la juridiction judiciaire puisse être saisie : « *si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté* » (CC décision n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011, considérant 9).

4. Or en l'occurrence, il est en premier lieu incontestable que l'assignation à domicile qui peut être décidée par le Premier ministre en état d'urgence sanitaire est une mesure de police administrative non pas simplement restrictive, mais privative de la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution, dès lors que l'article L. 3131-15 du Code de la santé

publique n'en limite pas le prononcé par le Premier ministre à une limite de 12 heures quotidiennes, à la différence des assignations à domicile de l'état d'urgence sécuritaire (CC [décision n° 2015-527 QPC Domendjoud du 22 décembre 2015](#), considérant 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* »).

D'ailleurs, très concrètement, à l'exception de l'heure d'activité physique quotidienne, toute personne résidant sur le territoire français doit demeurer confinée 23 heures sur 24, sous peine de sanctions contraventionnelles puis le cas échéant pénales en cas de récidive, ou 15 heures sur 24 si elle peut encore exercer une activité professionnelle. Le degré de contrainte de l'astreinte à demeurer à domicile est plus élevé encore dans l'état d'urgence sanitaire que dans l'état d'urgence sécuritaire.

Le confinement de l'état d'urgence sanitaire est une mesure privative de liberté d'aller et de venir organisée à des fins de police administrative, qui en cela déjà paraît contraire au sens de l'avis précité du Conseil d'Etat du 17 décembre 2015.

En deuxième lieu, cette privation de la liberté d'aller et de venir susceptible d'être décrétée par le Premier ministre n'est – chacun peut le constater depuis le 17 mars, midi – pas « brève » au sens de la jurisprudence constitutionnelle relative à l'article 66 de la Constitution, car :

- l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 enclenche l'état d'urgence sanitaire pour une période de deux mois à compter du 24 mars ;
- indépendamment de la situation actuelle, le déclenchement de l'état d'urgence sanitaire par décret en conseil des ministres permet au Premier ministre d'assigner à domicile tout ou partie de la population française pendant un mois ;
- en cas de prolongation de l'état d'urgence sanitaire par le Parlement, l'assignation à domicile pourra s'étaler sur toute la durée de cette prolongation, qui ne comporte pas de limite temporelle et est attachée à la persistance de la catastrophe sanitaire.

Enfin, en dernier lieu, l'intervention de l'autorité judiciaire n'a pas été prévue par la loi du 23 mars 2020. A l'inverse même, elle a été exclue par la précision, figurant dans le nouvel article L. 3131-18 du Code de la santé publique, selon lequel les mesures réglementaires de l'état d'urgence sanitaire « *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* ».

5. Certes, le monopole de compétence constitutionnelle dont dispose l'autorité judiciaire pour vérifier l'absence d'arbitraire d'une mesure administrative privative de la liberté d'aller et de venir doit se concilier avec d'autres dispositions constitutionnelles, en particulier le principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel, l'annulation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, relève de la compétence de la juridiction administrative (CC, [déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité](#), considérant 65).

Cette conciliation peut permettre au législateur d'organiser les règles de compétence entre les deux ordres de juridiction et, par suite, de 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 ([CC 4 octobre 2019, n° 2019-807 QPC, Compétence du juge administratif en cas de contestation de l'arrêté de maintien en rétention faisant suite à une demande d'asile formulée en rétention](#), considérant 5), de sorte que cette autorité doit indifféremment être mise en capacité d'intervenir soit en aval, soit très rapidement en amont de la privation de la liberté d'aller et de venir. Mais elle ne peut conduire à *exclure* l'autorité judiciaire lorsque la mesure de police administrative porte atteinte à la liberté individuelle au sens de l'article 66 de la Constitution. Ainsi, si la légalité d'un arrêté de maintien en rétention administrative d'un étranger peut faire l'objet d'une demande d'annulation devant la juridiction administrative, l'article 66 de la Constitution n'est pas méconnu lorsque le juge des libertés et de la détention contrôle tant le placement en rétention que sa prolongation, et peut interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention (CC 4 octobre 2019, préc.).

Or, si les décrets du Premier ministre pris sur le fondement de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, la loi du 23 mars 2020 ne prévoit à aucun moment l'intervention de l'autorité judiciaire lorsque, à la suite du déclenchement de l'état d'urgence sanitaire et pendant sa durée, le Premier ministre décide par décret d'obliger toute personne à demeurer à résidence plus de 12 heures par jour.

6. En définitive, le 2° du I de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique a posé un principe de confinement domiciliaire quotidien et permanent tout au long de la journée et pendant toute la durée de l'état d'urgence, qui constitue une « *détention* » au sens du premier alinéa de l'article 66 de la Constitution.

Mais il n'a pas prévu l'intervention de l'autorité judiciaire, soit *a priori* (avant la publication du décret réglementaire du Premier ministre, par exemple par une procédure d'avis conforme demandé à une autorité judiciaire), soit *a posteriori* (par exemple par la création d'une voie de droit *ad hoc* en parallèle au recours pour excès de pouvoir pouvant être formé devant le Conseil d'Etat), aux fins de vérification de l'absence du caractère arbitraire de cette détention.

Par sa carence, le législateur a méconnu le monopole de compétence de l'autorité judiciaire posé par le second alinéa de l'article 66 de la Constitution.

La présente question de constitutionnalité présente de toute évidence un caractère sérieux.

PAR CES MOTIFS

Et tous autres à produire, à déduire ou à suppléer, au besoin d'office, il est demandé au Conseil d'Etat de : **renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la Constitution du 2° du I de l'article L. 3131-15 du Code de la santé publique.**

À Paris,

Le 18 avril 2020

Jean-Baptiste SOUFRON
Avocat au Barreau de Paris
jbsoufron@fwpa-avocats.com