

Paris, le 3 décembre 2020

---

**Avis du Défenseur des droits n°20-10**

---

**La Défenseure des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Emet l'avis ci-joint à l'attention de la mission d'information de l'Assemblée nationale sur le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire.

La Défenseure des droits,

Claire HÉDON

La loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a créé le régime d'exception de l'état d'urgence sanitaire, aux articles L3131-12 et suivants du code de la santé publique (CSP) et l'a déclaré sur l'ensemble du territoire national. Le 11 mai, le législateur l'a prorogé jusqu'au 10 juillet 2020. A la suite de l'instauration d'un « régime transitoire » organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, il a été déclaré à nouveau le 14 octobre dernier et prorogé jusqu'au 16 février 2021 (par la loi du 14 novembre 2020). Puis, à cette date, sera mis en place le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire prévu par la loi du 9 juillet 2020, jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021.

Aux termes de l'article 3131-12 du CSP : « L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population. »

Le régime de l'état d'urgence sanitaire est applicable jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021.

Comme la Défenseure des droits a eu l'occasion de le dire à plusieurs reprises, la pandémie mondiale inédite que nous vivons depuis plusieurs mois appelle légitimement que des mesures sanitaires nationales soient prises pour l'enrayer et préserver la santé et la vie de la population, dans un contexte qui est marqué par un service public hospitalier fragilisé et sous tension.

La situation de crise exceptionnelle suppose des mesures exceptionnelles. Cependant, nous devons veiller à ce que les mesures susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes répondent aux principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité, qu'elles soient suffisamment précises et encadrées par la loi et entourées de garanties pour assurer une protection contre les risques d'abus et d'arbitraire.

Préserver – en toutes circonstances - un juste équilibre entre les différents impératifs poursuivis est une exigence de notre Etat de droit. Le respect des libertés doit demeurer la règle et les restrictions, l'exception.

Nous devons veiller à ne pas laisser s'installer une habitude au rétrécissement progressif de nos libertés.

S'il est envisagé d'inscrire définitivement le régime de l'état d'urgence sanitaire dans le droit commun, la Défenseure des droits appelle le Gouvernement ainsi que le Parlement à reporter ce projet. Il ne serait en effet pas raisonnable de légiférer en temps de crise sanitaire et dans l'urgence, sans le recul nécessaire sur la gestion de la crise et la mise en œuvre du régime d'état d'urgence sanitaire, et sans une évaluation appropriée de son efficacité et de ses effets sur les droits et libertés et sur la population.

En mars 2020, la Commission des lois du Sénat préconisait déjà la nécessité d'une réflexion « à froid » sur l'introduction d'un dispositif pérenne, une fois la crise passée et après consultation.<sup>1</sup>

## I. L'état d'urgence sanitaire, un régime qui doit demeurer exceptionnel et temporaire

Le régime de l'état d'urgence sanitaire est un régime exceptionnel en ce qu'il confère au pouvoir exécutif des prérogatives considérables en matière de restriction des droits et libertés, en vue de garantir la santé publique.

Par son champ d'application temporel, géographique et matériel, ce régime porte des atteintes considérables et inédites aux droits et libertés des personnes.

Aux fins de garantir la santé publique, le pouvoir exécutif peut en effet :

- **Restreindre voire interdire la liberté d'aller et venir** (des mesures peuvent être prises pour la circulation des personnes et des véhicules, interdire les sorties de domicile (confinement/couvre-feu)) ;
- **Priver de liberté des personnes en vue de leur placement en quarantaine et/ou en isolement ;**
- **Porter des atteintes aux libertés de culte, de réunion, de manifestation, d'entreprendre** (des mesures peuvent être prises pour la fermeture et la réglementation de l'ouverture des lieux de réunion, pour limiter ou interdire des rassemblements sur la voie publique...)
- Ces restrictions peuvent porter **atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale.**

Ces mesures sont également d'une ampleur inédite : elles peuvent concerner l'ensemble de la population, soit des millions de personnes, durer plusieurs mois et s'immiscer dans toutes les sphères de leur vie quotidienne, familiale, professionnelle, privée, sociale.

Par ailleurs, on commence également à percevoir les dommages collatéraux sociaux, économiques, psychologiques de ces mesures.

---

<sup>1</sup> Sénat, Commission des lois, Rapport sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, mars 2020.

Elles ont également un impact significatif sur le fonctionnement et l'équilibre des institutions de la République.

Ce régime d'exception n'a donc vocation qu'à durer le temps strictement nécessaire à la gestion de la « catastrophe sanitaire ».

Or, depuis le 23 mars 2020, nous avons vécu quasiment en état d'urgence sanitaire permanent.

Les institutions du Conseil de l'Europe dont la France est membre – l'Assemblée parlementaire, la Commission de Venise,<sup>2</sup> la Secrétaire générale – l'ont rappelé aux Etats : les mesures d'urgence prises pour faire face à la pandémie ne doivent « *pas excéder la durée de la situation d'urgence qui les justifie* ». <sup>3</sup> « *Le régime de l'état d'urgence (ou similaire) a pour but principal de contenir le développement d'une crise et de revenir, aussi rapidement que possible, à la normalité* ». Par conséquent, il doit être mis fin à l'état d'urgence dès que l'urgence a cessé et que les pouvoirs établis par la législation ordinaire suffisent à faire face à la situation.<sup>4</sup>

Comme lors de l'état d'urgence sécuritaire qui a duré près de deux années, le Défenseur des droits alerte les autorités sur les risques que présente la reconduction de l'état d'urgence sanitaire : la banalisation du régime, l'accoutumance de la population à ses mesures et/ou sa résignation, l'érosion progressive de notre Etat de droit et de nos acquis en matière de droits et libertés fondamentaux, un déséquilibre des institutions, et la pérennisation des mesures. Ce qui s'est produit avec la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (« loi SILT ») en 2017.

## II. L'impact sur les droits et libertés : ce qu'il ressort des travaux du Défenseur des droits

Comme pendant l'état d'urgence sécuritaire, le Défenseur des droits a souhaité exercer les missions que lui confèrent la loi organique de 2011, afin de veiller au respect des droits et libertés dans ce contexte inédit.

---

<sup>2</sup> La Commission de Venise est la commission du Conseil de l'Europe pour la démocratie par le droit. C'est un organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles, qui adresse des conseils juridiques aux Etats membres sur les normes et l'expérience internationales en matière de démocratie, de droits de l'homme et de prééminence du droit.

<sup>3</sup> APCE, Les démocraties face à la pandémie de covid-19, 9 octobre 2020.

<sup>4</sup> Commission de Venise, Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'Etat de droit en situation d'état d'urgence : réflexions, 26 mai 2020.

Le Défenseur des droits a adressé des avis au Parlement (avis-20-03/audition au Sénat, courriers en mars, mai, juin, septembre 2020). Il l'a alerté sur l'opportunité d'un contrôle parlementaire renforcé, ainsi que sur la nécessité de respecter les principes de légalité, de prévisibilité, de nécessité et de proportionnalité, et de s'assurer que les dispositions permettant de restreindre les libertés soient suffisamment précises et strictement encadrées par la loi pour garantir aux individus une protection contre les risques d'abus et d'arbitraire.

Entre le 16 mars et le 1<sup>er</sup> juin 2020, le Défenseur des droits a reçu 713 saisines au siège et 711 auprès de ses délégués territoriaux en lien avec la crise sanitaire, soit un total de 1424 saisines.

Le Défenseur des droits a rendu un bilan en juin dernier. Il a fait un premier constat : outre les atteintes portées aux droits et libertés, la crise sanitaire a exacerbé les inégalités sociales et territoriales et le recul des services publics. A travers les réclamations qu'il a reçues, il s'est efforcé de défendre les droits de chacune et de chacun dans les problèmes quotidiens qu'ils ont pu rencontrer en lien avec cette crise. Il a porté à cet égard une attention particulière aux personnes handicapées, aux groupes sociaux les plus vulnérables et au respect des droits des enfants, et surtout à ceux pris en charge en protection de l'enfance.

Voici quelques exemples d'atteintes aux droits et libertés en lien avec l'état d'urgence sanitaire, pour lesquelles le Défenseur des droits a exercé ses pouvoirs d'action (interventions auprès des autorités compétentes, recommandations, observations en justice...).

### **1. Le DDD a été saisi de plus de 400 saisines relatives aux droits et libertés dans les relations avec les services publics.**

- **La situation des personnes en détention.** Les questions ont porté/portent sur les conditions de détention, les risques de contamination et les conditions sanitaires, l'octroi des masques aux auxiliaires, l'accès aux masques et gels hydro-alcooliques des détenus, aux soins, à la douche, les conditions d'aménagement et d'exécution des peines, la suspension des parloirs en détention, l'usage de la téléphonie, la rupture du paiement du travail ainsi que les violences entre détenus. Le Défenseur des droits est intervenu à cet égard auprès des autorités compétentes.

L'une des questions qui a fait l'objet de nombreuses observations a porté sur la possibilité de prolongation de plein droit de la détention provisoire sans intervention du juge judiciaire, prévue par voie d'ordonnance (25 mars 2020), ce qui était problématique au regard de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à la liberté et à la sûreté. Par des arrêts adoptés en mai 2020, la Cour de cassation a rétabli le contrôle du juge. Elle affirme que le système ainsi institué dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire n'est compatible avec la Convention qu'à la condition qu'un juge judiciaire examine à bref délai, s'il ne l'a déjà fait, la nécessité de la détention en cause. Dans toutes les hypothèses où un tel

contrôle du juge n'a pu ou ne peut plus être exercé, la personne détenue devra être libérée. La loi du 11 mai 2020 est venue corriger l'ordonnance à cet égard.

- **Les personnes en rétention administrative.** En l'absence de perspective d'éloignement dans un délai raisonnable et compte tenu des conditions de protection insuffisantes relevées au sein des centres de rétention administrative (CRA), le Défenseur des droits est intervenu pour demander leur fermeture immédiate (décision n°2020-82 portant observations en justice devant le Conseil d'Etat et décision n°2020-96 portant recommandations au ministre de l'Intérieur). Les CRA sont néanmoins restés partiellement ouverts, le Conseil d'Etat saisi en référé ayant jugé qu'il n'y avait pas d'atteinte grave et manifestement illégale dès lors « *que le nombre de personnes retenues dans les CRA a diminué dans des proportions très importantes depuis que l'épidémie de COVID-19 a atteint la France (et que) le nombre des personnes nouvellement placées en rétention s'est, de même, très substantiellement réduit et devrait être marginal dans la période à venir* ».

- **L'accès effectif à l'asile.** Saisi d'une réclamation relative à la fermeture du dispositif d'enregistrement des demandes d'asile et à l'arrêt du fonctionnement de la plateforme téléphonique de l'OFII, le Défenseur des droits a adressé des observations au Conseil d'Etat saisi d'une requête (décision n°2020-100). Il l'a accueillie favorablement.

- **La situation des résidents des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD).** Les mesures sanitaires ont des conséquences particulièrement préoccupantes pour les résidents des EHPAD. Etant saisie de nombreuses réclamations de résidents se plaignant de la limitation du nombre de visites de proches et des possibilités de sorties, l'institution est particulièrement attentive aux restrictions qui pourraient être prises à l'égard de ces personnes vulnérables et qui pourraient porter une atteinte disproportionnée à leur droit au respect du maintien des liens familiaux et sociaux. Celles-ci pourraient en effet accroître leur isolement et avoir des conséquences négatives non seulement sur leur bien-être mais également sur leur état de santé. Les mesures sanitaires devraient dès lors se fonder sur un principe de prévention individuelle du risque et non sur un principe de précaution générale. Le Défenseur des droits a interpellé le ministre des Solidarités et de la Santé à cet égard.

- **Protection sociale.** Certains assurés ayant été impactés par la crise sanitaire et ayant vu leurs ressources diminuer, le Défenseur des droits est intervenu pour que leur situation soit prise en compte en cas de recouvrement d'indus.

## 2. Le Défenseur des droits a également reçu des **saisines concernant les droits de l'enfant** (127 saisines)

Elles concernent en particulier : le refus d'accès des enfants aux supermarchés durant le premier confinement pour lequel le DDD est intervenu auprès du gouvernement et des

enseignes de grande distribution, qui a fortement mobilisé le réseau territorial ; le droit à la protection de l'enfant et les violences intrafamiliales ; le respect du droit d'être entendu alors que l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoyait la possibilité de prendre des décisions sans contradictoire ; les difficultés pour assurer la continuité de la mission de la protection de l'enfance ; le respect des droits de visite et d'hébergement et le maintien des liens familiaux ; l'absence de scolarisation et d'activités extérieures ; l'accueil et la mise à l'abri des mineurs non accompagnés ; l'impact psycho-social du confinement ; les risques d'inégalités et le décrochage social et éducatif.

3. Le Défenseur des droits a été saisi de **réclamations liées au respect de la déontologie de la sécurité** (169 saisines).

Plusieurs saisines portent sur des situations intervenues à l'occasion de contrôles d'attestation de déplacement par les forces de l'ordre mettant en cause des violences, des propos déplacés, des contestations des verbalisations, ou encore l'absence de port de protection sanitaire par les forces de l'ordre. Il a également été saisi de situations mettant en cause les contrôles d'identité survenus dans certains quartiers populaires dans le cadre du confinement pour déplacement non essentiel ou dénigrant l'attitude des forces de l'ordre. Le Défenseur des droits s'est également saisi de la situation des personnes sans domicile fixe dans le contexte du confinement, des difficultés rencontrées par les personnes vulnérables (handicap...).

4. **Le DDD a été saisi de situations de discriminations liées à la crise sanitaire** (290 saisines).

L'accès aux biens et services des personnes particulièrement vulnérables économiquement a pu faire l'objet de difficultés particulières s'apparentant à des discriminations indirectes. Quelques exemples de saisines : le refus de commerçants d'accepter le paiement en espèces opposé aux personnes, notamment les plus vulnérables (majeurs protégés, personnes en situation de précarité sociale ou économique), qui a entraîné la saisine des autorités et des instances concernées, ainsi qu'une forte mobilisation du réseau territorial ; difficultés propres aux personnes en situation de handicap et risques de discrimination face à l'insuffisante prise en compte de la réalité multiforme du handicap dans la gestion de la pandémie (recours aux attestations de sortie dérogatoires, accompagnement des personnes pour faire des courses ou problèmes liés à leur accès à divers biens et services en période de confinement, accès à l'hospitalisation et aux soins de réanimation).

### III. L'impact de l'état d'urgence sanitaire sur le fonctionnement et l'équilibre des institutions

Le régime de l'état d'urgence sanitaire vient déséquilibrer les institutions et leur fonctionnement, en ce qu'il confère des prérogatives exceptionnelles au pouvoir exécutif pour faire face à la catastrophe sanitaire.

Le déséquilibre vis-à-vis du Parlement peut se voir amplifier lorsque ses pouvoirs sont réduits en cas d'habilitation du Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie. Cela s'est produit pendant le premier état d'urgence sanitaire (loi du 23 mars 2020) et se produit à nouveau aujourd'hui (loi du 14 novembre 2020).

En aucun cas, le Parlement ne devrait se dessaisir de sa mission, en autorisant le pouvoir exécutif à prendre par ordonnances des mesures nouvelles ou à perpétuer sans limite dans le temps celles déjà en place.

Un déséquilibre vis-à-vis du juge apparaît également.

Le contrôle juridictionnel préalable des mesures, qui est pourtant une garantie essentielle pour la protection des droits et libertés, n'est pas prévu.

On peut se demander quelles raisons conduisent à s'affranchir d'une telle garantie dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. L'urgence de la mesure ne saurait justifier la mise à l'écart du juge, ce dernier ayant déjà démontré sa capacité à statuer en urgence. Le Défenseur des droits avait préconisé le contrôle systématique du juge des libertés et de la détention dans les 48 heures de la mise en placement en quarantaine/isolement.

Enfin, le juge constitutionnel n'intervient que trop rarement. On constate que pendant les deux états d'urgence (sécuritaire et sanitaire), le Conseil constitutionnel n'a été que trop rarement saisi *a priori* sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. Il ne l'est que plus tard par la voie de questions prioritaires de constitutionnalité, à l'occasion de quelques contentieux qui ont été portés devant le juge.

### IV. Un régime d'exception qui appelle la mise en place de garanties suffisantes et de contrôles renforcés

Comme tout régime d'exception, l'état d'urgence sanitaire doit être encadré strictement par la loi et entouré de garanties permettant de compenser les insuffisances du dispositif au



regard des principes de l'Etat de droit et des droits fondamentaux et de garantir le juste équilibre entre les différents impératifs.

Si le caractère exceptionnel de la situation justifie l'adoption de mesures exceptionnelles, elles doivent être entourées de garanties suffisantes et de contrôles renforcés.

Le Défenseur des droits formule à cet égard plusieurs recommandations :

**1. Un cadre législatif suffisant répondant aux exigences fixées par le droit interne et conventionnel pour protéger les droits et libertés**

- La loi devrait encadrer strictement le régime de l'état d'urgence sanitaire et respecter les principes de légalité (ce qui implique clarté, précision, prévisibilité et intelligibilité de la loi), de nécessité et de proportionnalité.

- La durée de l'état d'urgence sanitaire devrait être limitée au temps strictement nécessaire pour gérer la crise et se doter de moyens de droit commun adaptés afin de préparer un retour rapide à la normalité.

Sur le principe de proportionnalité, la Commission de Venise du Conseil de l'Europe rappelle que « *en vertu de [ce] critère (...), l'État ne saurait recourir à des mesures manifestement hors de proportion avec l'objectif légitime visé (eu égard à leur sévérité ou à la zone géographique couverte par les mesures d'urgence). Si plusieurs possibilités s'offrent à lui, l'État doit opter pour les mesures les moins radicales.* »<sup>5</sup>

Parmi les questions qui doivent être posées pour l'élaboration d'une loi nouvelle :

Comment délimite-t-on ce qu'on entend par « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population », condition pour déclarer l'état d'urgence sanitaire ? Comment la différencie-t-on de la « menace sanitaire grave » qui permet de déclencher un autre régime moins restrictif, prévu à l'article 3131-1 ? Cet article prévoit notamment que le ministre de la santé peut y recourir après la fin de l'état d'urgence sanitaire, afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire (lors des débats parlementaires, le Sénat avait d'ailleurs tenté de clarifier et sécuriser ce régime juridique). Ne faudrait-il pas fixer la durée de l'état d'urgence sanitaire dans la loi, ce qui garantirait l'intervention du Parlement à intervalles réguliers ?

**2. La recherche constante d'un juste équilibre entre la protection de la santé publique et la préservation des droits et libertés de chacun**

---

<sup>5</sup> Document précité.

La conciliation de l'état d'urgence sanitaire avec les droits et libertés fondamentaux est un exercice ardu dans un contexte inédit de pandémie mondiale, d'incertitude concernant un virus sur lequel l'état des connaissances évolue et d'un service public hospitalier fragilisé.

Aussi, un juste équilibre devrait être trouvé entre la protection de la santé publique et la préservation des droits et libertés de chacun, en s'interrogeant systématiquement sur le caractère nécessaire et proportionné des mesures eu égard à l'objectif poursuivi, la situation sanitaire, les données disponibles, les connaissances, l'éventuelle insuffisance des mesures précédentes, leur efficacité et les bénéfices attendus. Si un objectif peut être atteint avec une mesure moins attentatoire aux droits et libertés, celle-ci doit prévaloir. Cet examen devrait être effectué périodiquement compte tenu de l'évolution de la situation et donner lieu, le cas échéant, à une révision des mesures, tout en garantissant leur clarté, leur cohérence et la sécurité juridique. Cet examen ne devrait pas reposer uniquement sur l'exécutif.

Les différents contrôles (parlementaire, juridictionnel...) doivent pouvoir à veiller à ce juste équilibre et compenser ainsi la forte concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif. Ces contrôles sont des garanties essentielles pour la préservation des droits et libertés et la protection des personnes contre les risques d'abus et d'arbitraire.

Les mesures sanitaires prises et leur impact concret sur la vie des individus, leurs droits et libertés, devraient être suffisamment pris en compte dans ce processus, notamment la situation des personnes vulnérables : les personnes résidant en EHPAD, les personnes en situation de handicap, les enfants, les personnes privées de liberté (prison, rétention...), les personnes en situation de précarité, les personnes sans domicile fixe, les demandeurs d'asile, les personnes vivant dans les campements, les personnes victimes de violences intrafamiliales...

### **3. Un contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel systématique**

On ne peut que regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas été saisi de l'ensemble des dispositions des lois depuis mars 2020. Il l'a été concernant la loi du 11 mai 2020 (décision n°2020-800) et la loi du 14 novembre 2020 (décision n°2020-808). Il n'a en revanche pas été saisi de la loi du 23 mars 2020 qui crée le régime juridique de l'état d'urgence sanitaire et notamment, des mesures qu'il prévoit, telles que les interdictions aux personnes de sortir du domicile, qui peuvent donner lieu à un confinement ou à un couvre-feu.

Le Conseil constitutionnel devrait être saisi systématiquement des lois relatives aux régimes d'exception tels que l'état d'urgence sanitaire compte tenu de leur caractère très attentatoire aux droits et libertés.

### **4. Le renforcement du contrôle du Parlement à plusieurs niveaux**

L'article 3131-13 du CSP prévoit que l'Assemblée nationale et le Sénat sont informés « *sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire* » et qu'ils

peuvent « *requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures* ».

– **Le Parlement devrait pouvoir être saisi rapidement lorsqu'il est fait recours à l'état d'urgence sanitaire ou lorsqu'il est prorogé.** Dans le cadre de l'état d'urgence sécuritaire de la loi du 3 avril 1955, le Parlement est saisi au bout de 12 jours pour la prorogation. Dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, il ne l'est qu'un mois après.

En octobre dernier, le couvre-feu, qui s'assimile à un confinement nocturne, puis l'état d'urgence sanitaire ont été déclarés et mis en œuvre sans intervention du législateur. Il a fallu attendre le projet de loi de prorogation pour que le législateur en soit saisi.

Les débats parlementaires sur ce texte ont abouti à un échec de la Commission mixte paritaire le 30 octobre 2020. Il est révélateur de divergences profondes, notamment sur le rôle du Parlement dans la crise. Le sénateur Philippe Bas, qui regrettait à cet égard le manque de temps pour rechercher les voies d'un accord, soulignait l'importance du contrôle parlementaire dans notre démocratie : « *Plus des mesures restreignant les libertés publiques sont nécessaires – et nous ne disons pas qu'elles ne le sont pas, puisque nous accordons au Gouvernement l'autorisation de les prendre – pour lutter contre l'épidémie, plus, en contrepartie, nos citoyens attendent du Parlement qu'il exerce, par le vote de la loi, son contrôle.* »<sup>6</sup>

A cet égard, les institutions du Conseil de l'Europe, comme l'Assemblée parlementaire (APCE), ont interpellé les Etats sur le rôle crucial joué par le Parlement en temps de crise, dans une résolution du 13 octobre dernier :<sup>7</sup>

*« (...) on ne saurait permettre que la démocratie, les droits humains et l'État de droit deviennent les dommages collatéraux de la pandémie. Aucune urgence de santé publique ne peut servir de prétexte à la destruction de l'acquis démocratique.*

*(...) les parlements, institutions fondamentales de la démocratie, doivent continuer à jouer leur triple rôle en matière de représentation, de législation et de contrôle, ce dernier étant encore plus essentiel en situation d'urgence, où l'exécutif acquiert des pouvoirs supplémentaires. La continuité et la couverture médiatique des travaux du parlement en cas d'urgence sanitaire sont également essentielles, dans la mesure où elles permettent à toutes les grandes forces politiques d'être représentées et de participer à la prise de décision démocratique, ce qui garantit également la légitimité du gouvernement. »*

A l'instar de l'APCE, le Défenseur des droits rappelle que la confiance des citoyens dans les institutions et les processus démocratiques est essentielle en temps de crise : « *Le fait de*

---

<sup>6</sup> CMP, rapport du 30 octobre 2020.

<sup>7</sup> APCE, Les démocraties face à la pandémie de covid-19, Résolution 2337 (2020) du 13 octobre 2020.

*réduire le débat public et de restreindre le fonctionnement des éléments clés du système démocratique risque non seulement de compromettre la démocratie en soi, mais aussi de nuire, d'une part, à l'adhésion des citoyens à toute politique et mesure d'urgence visant à traiter les causes premières de la crise et à protéger la population et, d'autre part, à leur efficacité. »*

Le Défenseur des droits relève également que dans plusieurs pays, le contrôle parlementaire est renforcé dans le cadre des états d'urgence. Un rapport du Sénat en 2016 et la Commission de Venise cette année relèvent que l'exécutif a le droit de déclarer l'état d'urgence, sous réserve de l'accord du Parlement.<sup>8</sup>

– **Le Parlement pourrait proposer la levée de l'état d'urgence sanitaire lorsqu'il estime qu'il n'est plus nécessaire** (notamment lorsque les conditions justifiant ce régime ne sont plus réunies). A cet égard, la Commission de Venise relève que la plupart des parlements ont aussi le pouvoir de réexaminer l'état d'urgence et de le suspendre si nécessaire. Elle recommande ainsi que *« Le Parlement devrait pouvoir examiner l'état d'urgence à intervalles réguliers et, le cas échéant, le suspendre. »*<sup>9</sup>

Selon la Commission, *« la question de savoir qui met fin à l'état d'exception, à quel moment et selon quelles modalités, ne peut être laissée à l'appréciation de l'exécutif qui exerce un pouvoir accru. C'est une question qui s'adresse au Parlement. »*<sup>10</sup>

– Le Parlement devrait également effectuer un contrôle exigeant et resserré des actions mises en œuvre dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, qui inclurait un contrôle du respect de la loi et des principes précités, une évaluation périodique de la nécessité des mesures au regard de l'objectif recherché, qui comprendrait l'analyse de son impact sur l'exercice des droits et libertés et la société à travers une diversité de sources d'informations et d'expertises (acteurs impliqués dans la mise en œuvre des mesures, autres instances compétentes, acteurs de la société civile, avocats, associations, ...).

## **5. Renforcer le contrôle juridictionnel**

Il est nécessaire qu'un mécanisme de contrôle juridictionnel de la régularité et de la nécessité des mesures de mise en œuvre intervienne plus en amont. Le Défenseur des droits a toujours défendu le principe d'un contrôle juridictionnel préalable.

## **6. Impliquer davantage les autorités indépendantes**

---

<sup>8</sup> Rapport d'avril 2020 précité. Sénat, Législation comparée, Le régime de l'état d'urgence, 2016.

<sup>9</sup> Commission de Venise, Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'état d'urgence : réflexions, mai 2020.

<sup>10</sup> Commission de Venise, Opinions and report on states of emergency, avril 2020.

Les autorités indépendantes (CNCDH, CNIL, Défenseur des droits par exemple) doivent être sollicitées sur les questions qui relèvent de leur compétence, notamment dans le cadre d'auditions par le Parlement sur la mise en œuvre des mesures.

### **7. Organiser un débat démocratique public de fond**

Il devrait permettre de discuter la nécessité de protéger les droits et libertés et de renforcer les services publics, le caractère adapté, nécessaire et proportionné des mesures sanitaires, afin de préserver le juste équilibre entre les objectifs recherchés.

L'adhésion des citoyens à une mesure repose sur une série d'éléments : la clarté de la mesure envisagée, son caractère exceptionnel et temporaire, le fait qu'elle ait fait l'objet d'un débat démocratique et qu'elle soit le résultat d'un consensus fort (ce qui réduirait la perception du caractère autoritaire ou arbitraire de la mesure que certains pourraient avoir), la conviction que la mesure est justifiée et efficace au regard de la situation sanitaire (cela passerait par la démonstration de sa légitimité, de sa nécessité et de sa proportionnalité), une communication adaptée auprès du public, des contrôles renforcés...

### **8. Transparence et accessibilité de l'information**

– Rendre publics sans délai l'ensemble des données à partir desquelles les décisions sont prises, ainsi que les avis du Conseil d'Etat, du comité de scientifiques afin de renforcer la transparence et la confiance de la population.

– Veiller à ce que les mesures nationales déclinées localement soient systématiquement justifiées au regard des principes de nécessité et de proportionnalité et fassent l'objet d'une information adaptée et accessible auprès de l'ensemble de la population.

### **9. Accroître les espaces de délibération**

Le Défenseur des droits préconise, d'une part, le renforcement du conseil scientifique par la présence de juristes spécialistes des libertés publiques, mais aussi de psychiatres, susceptibles de l'éclairer sur l'impact des restrictions de libertés et sur la santé publique, d'autre part, la mise en place d'un conseil de citoyens qui aiderait à anticiper, pour chacune des mesures préconisées, la façon dont elle sera appréhendée par l'ensemble du corps social.

### **10. Veiller à ce que les mesures prises pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie concernant le fonctionnement des services publics soient respectueuses des droits fondamentaux**

A titre d'exemple, on a pu constater ces derniers mois que les adaptations procédurales prises dans le domaine de la justice ont porté atteinte à la substance même des garanties constitutionnelles ou conventionnelles qui régissent la procédure pénale et la conduite du

procès. On l'a vu avec les mesures prises concernant les prolongations de plein droit de la détention provisoire et l'utilisation de la visio-conférence lors des audiences devant les cours d'assises et les cours criminelles, censurées ensuite par le juge.

**11. Enfin, le Défenseur des droits recommande que, dans le cadre de la réflexion menée sur le régime de l'état d'urgence sanitaire, ce qui a été mis en place dans d'autres Etats européens soit examiné**

Au niveau du Conseil de l'Europe, par exemple, la Commission de Venise a créé un observatoire sur la mise en œuvre des déclarations d'états d'urgence ou de la législation d'urgence dans ses Etats membres.