

INTERNATIONAL JOURNAL OF OPEN GOVERNMENTS

REVUE INTERNATIONALE DES GOUVERNEMENTS OUVERTS



Vol. 11 – 2022

ISSN 2553-6869

International Journal of Open Governments
Revue internationale des gouvernements ouverts

Direction :
Irène Bouhadana & William Gilles

ISSN : 2553-6869

IMODEV
49 rue Brancion 75015 Paris – France
www.imodev.org
ojs.imodev.org

*Les propos publiés dans cet article
n'engagent que leur auteur.*

*The statements published in this article
are the sole responsibility of the author.*

Droits d'utilisation et de réutilisation

Licence Creative Commons – Creative Commons License -



Attribution

Pas d'utilisation commerciale – Non Commercial

Pas de modification – No Derivatives

À PROPOS DE NOUS

La **Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ the International Journal of Open Governments** est une revue universitaire créée et dirigée par Irène Bouhadana et William Gilles au sein de l'IMODEV, l'Institut du Monde et du Développement pour la Bonne Gouvernance publique.

Irène Bouhadana, docteur en droit, est maître de conférences en droit du numérique et droit des gouvernements ouverts à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où elle dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts au sein de l'École de droit de la Sorbonne. Elle est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Elle est aussi fondatrice et Secrétaire générale de l'IMODEV. Enfin, associée de BeRecht Avocats, elle est avocate au barreau de Paris et médiatrice professionnelle agréée par le CNMA.

William Gilles, docteur en droit, est maître de conférences (HDR) en droit du numérique et en droit des gouvernements ouverts, habilité à diriger les recherches, à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne où il dirige le master Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts. Il est membre de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). Il est aussi fondateur et Président de l'IMODEV. Fondateur et associé de BeRecht Avocats, il est avocat au barreau de Paris et médiateur professionnel agréé par le CNMA.

IMODEV est une organisation scientifique internationale, indépendante et à but non lucratif créée en 2009 qui agit pour la promotion de la bonne gouvernance publique dans le cadre de la société de l'information et du numérique. Ce réseau rassemble des experts et des chercheurs du monde entier qui par leurs travaux et leurs actions contribuent à une meilleure connaissance et appréhension de la société numérique au niveau local, national ou international en analysant d'une part, les actions des pouvoirs publics dans le cadre de la régulation de la société des données et de l'économie numérique et d'autre part, les modalités de mise en œuvre des politiques publiques numériques au sein des administrations publiques et des gouvernements ouverts.

IMODEV organise régulièrement des colloques sur ces thématiques, et notamment chaque année en novembre les *Journées universitaires sur les enjeux des gouvernements ouverts et du numérique / Academic days on open government and digital issues*, dont les sessions sont publiées en ligne [ISSN : 2553-6931].

IMODEV publie deux revues disponibles en open source (ojs.imodev.org) afin de promouvoir une science ouverte sous licence Creative commons **CC-BY-NC-ND** :

- 1) la *Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)/ International Journal of Open Governments* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) la *Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)/ International Journal of Digital and Data Law* [ISSN 2553-6893].

ABOUT US

The **International Journal of Open Governments / Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)** is an academic journal created and edited by Irène Bouhadana and William Gilles at IMODEV, the Institut du monde et du développement pour la bonne gouvernance publique.

Irène Bouhadana, PhD in Law, is an Associate professor in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where she is the director of the master's degree in data law, digital administrations, and open governments at the Sorbonne Law School. She is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). She is also the founder and Secretary General of IMODEV. Partner at BeRecht Avocats, she is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

William Gilles, PhD in Law, is an Associate professor (HDR) in digital law and open government law at the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne, where he is the director of the master's degree in data law, digital administration and open government. He is a member of the Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS). He is also founder and President of IMODEV. Founder and partner at BeRecht Avocats, he is an attorney at law at the Paris Bar and a professional mediator accredited by the CNMA.

IMODEV is an international, independent, non-profit scientific organization created in 2009 that promotes good public governance in the context of the information and digital society. This network brings together experts and researchers from around the world who, through their work and actions, contribute to a better knowledge and understanding of the digital society at the local, national or international level by analyzing, on the one hand, the actions of public authorities in the context of the regulation of the data society and the digital economy and, on the other hand, the ways in which digital public policies are implemented within public administrations and open governments.

IMODEV regularly organizes conferences and symposiums on these topics, and in particular every year in November the Academic days on open government and digital issues, whose sessions are published online [ISSN: 2553-6931].

IMODEV publishes two academic journals available in open source at ojs.imodev.org to promote open science under the Creative commons license CC-**BY-NC-ND**:

- 1) the *International Journal of Open Governments / Revue Internationale des Gouvernements ouverts (RIGO)* [ISSN 2553-6869] ;
- 2) the *International Journal of Digital and Data Law / Revue internationale de droit des données et du numérique (RIDDN)* [ISSN 2553-6893].

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE FACE À L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

par **Jean HARIVEL**, Docteur en droit public, chargé
d'enseignement à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne

L'étude 2021 du Conseil d'État commence par la mise en exergue d'une phrase d'Albert Camus¹ : « Ils se croyaient libres et personne ne sera jamais libre tant qu'il y aura des fléaux »

Face à des situations exceptionnelles, le gouvernement a toujours été tenté de réagir à travers des lois d'exception instaurant des états d'urgence restreignant les libertés individuelles. Comme l'écrit le Conseil d'État dans son étude 2021² :

« depuis les attentats du 13 novembre 2015, la France a vécu plus de la moitié du temps sous un régime d'état d'urgence : d'abord l'état d'urgence dit « sécuritaire » ou « antiterroriste » issu de la loi du 3 avril 1955, ensuite l'état d'urgence sanitaire nouvellement institué pour faire face à l'épidémie de covid-19 »

Ces états d'urgence sont des états d'exception encadrés soit par la Constitution, soit par la loi et n'existent que dans des États démocratiques. Ils donnent au gouvernement des pouvoirs exorbitants de droit commun pour protéger les institutions ou la population.

La pandémie de COVID 19 n'a pas dérogé à la règle et elle a amené les gouvernements à restreindre certaines libertés individuelles pour essayer d'endiguer la pandémie. Dans notre société numérisée et individualiste, pour aider à sortir de l'état d'urgence sanitaire et d'un confinement plus ou moins stricte, un passe sanitaire a été créé, soit papier, soit numérisé sur un smartphone mais toujours accessible au travers d'un QR code. Ce passe sanitaire a provoqué des réactions individuelles de rejet proches du mouvement des gilets jaunes. Ce passe sanitaire et ses implications ont été ressentis comme une obligation à la vaccination. Obligation de vaccination ou passe sanitaire sont-ils des outils liberticides pire que le confinement ? Ils ne semblent pas être non conformes à la Constitution selon les décisions du Conseil constitutionnel, mais la CNIL a émis plusieurs avis concernant les conditions de mise en œuvre des dispositifs de lutte ou de prévention contre la COVID 19.

¹ A. CAMUS, *La Peste*, chapitre III.

² B. LASSERRE, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, La Documentation française, 2021, p. 9.

§ 1 – LA PEUR DES SOCIÉTÉS FACE AUX RISQUES TERRORISTES OU PANDÉMIQUES

L'histoire rapporte les conséquences des grandes épidémies qui ont drastiquement diminué la population au travers des siècles jusqu'à ce que la médecine sache endiguer de telles hécatombes, que ce soit la peste ou le choléra. Si la lèpre depuis l'antiquité a provoqué l'isolement et l'exclusion des malades jusqu'à la construction des léproseries où ils étaient soignés et regroupés, la peste a incité à mettre en place des dispositifs disciplinaires où se lit la hantise des contagions.

Michel Foucault³ rapporte un règlement du XVII^e siècle⁴ concernant les mesures à prendre quand la peste se déclarait dans une ville :

« Un strict quadrillage spatial : fermeture de la ville et du terroir, interdiction d'en sortir sous peine de vie, mise à mort de tous les animaux errants, découpage de la ville en quartiers distincts où on établit le pouvoir d'un intendant. Chaque rue est placée sous l'autorité d'un syndic [...]. On demande à chacun de s'enfermer dans sa maison : défense d'en sortir sous peine de vie. Le syndic vient lui-même fermer, de l'extérieur, la porte de chaque maison ; il emporte la clé qu'il remet à l'intendant du quartier ; celui-ci la conserve jusqu'à la fin de la quarantaine. [...] S'il faut absolument sortir des maisons, on le fera à tour de rôle, et en évitant toute rencontre. »

Les grandes pandémies ont progressivement disparu dans la société moderne et aseptisée. La dernière pandémie du XX^e siècle a été celle de la grippe espagnole apparue à la fin de la Première Guerre mondiale⁵.

Au XXI^e siècle, le monde est confronté à une pandémie avec la COVID 19 originaire de la province de Wuhan en Chine. Le dispositif décrit précédemment pour la peste, n'est pas sans rappeler les images vues dans les villes chinoises ou indiennes où des quartiers étaient bouclés et surveillés par l'armée ou la police. Dans nos États, des dispositions de lutte contre la COVID 19 ont été prises pour essayer d'endiguer cette pandémie. Ces dispositions ont restreint les libertés fondamentales garanties par la loi ou la Constitution en restant dans un strict respect de la proportionnalité des moyens.

³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Éditions Gallimard, 1975, pp. 228-233.

⁴ Extrait des Archives militaires de Vincennes.

⁵ Apparue aux USA puis en Europe, cette forme virulente et contagieuse de grippe a fait entre 1918 et 1919 plus de 34 millions de victimes dans le monde, soit plus que la peste noire de 1348. (source Marine Pohan, « Grippe espagnole : dates, origines, morts de la pandémie de 1918 », *L'intern@ute*, 4 octobre 2021, [https://www.linternaute.fr/actualite/guide-histoire/2490101-grippe-espagnole-date-origine-morts-pandemie-1918/], consulté le 4 novembre 2021.

A) La création de l'état d'urgence sanitaire

Les premiers cas de COVID 19 sont officiellement recensés en France le 24 janvier 2020. Le 31 janvier 2020, la France va rapatrier de Wuhan 180 Français y résidant. À la suite de cette opération, des cas de Covid 19 sont détectés au sein de l'escadron ayant participé à ce rapatriement sur la base de Creil dans l'Oise. En février 2020, la pandémie s'installe en France et commence à saturer le système de soins hospitaliers.

Cette situation va amener le gouvernement à créer un nouvel état d'urgence : l'état d'urgence sanitaire, créé sur le modèle de l'état d'urgence de 1955.

1) La création de l'état d'urgence en 1955

L'état d'urgence a été institué par la loi du 3 avril 1955⁶ et modifié plusieurs fois⁷. Il n'a pas été intégré dans la Constitution de 1958 qui n'a retenu que l'état de siège et l'état d'exception de l'article 16. Cet état d'urgence hérité de la guerre d'Algérie et des attentats en découlant, sera appliqué trois fois durant cette période. Il est ensuite appliqué trois fois en outre-mer durant les années 1980, puis en 2005, en raison d'émeutes dans les banlieues, ainsi qu'enfin entre le 14 novembre 2015 et le 1er novembre 2017 en raison des risques d'attentats.

C'est donc dans un contexte sécuritaire que l'état d'urgence est utilisé. Les lois contre le terrorisme sont particulièrement nombreuses en France et les premières lois votées l'ont été sous la IIIe République. Il s'agit des lois scélérates⁸ dénoncées par Jean Jaurès et Léon Blum.

L'état d'urgence, régime d'exception, permet de renforcer les pouvoirs des autorités civiles et de restreindre certaines libertés publiques ou individuelles. Il autorise le ministre de l'Intérieur et les préfets à décider notamment :

- l'interdiction des manifestations, cortèges, défilés et rassemblements de personnes sur la voie publique ;
- la mise en place de périmètres de protection pour assurer la sécurité d'un lieu ou d'un événement ;
- l'interdiction de certaines réunions publiques ou la fermeture de lieux publics et de lieux de culte ;
- des perquisitions administratives ;
- des réquisitions de personnes ou moyens privés ;
- le blocage de sites internet prônant des actes terroristes ou en faisant l'apologie ;

⁶ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie.

⁷ Modifié en particulier par l'Ordonnance 60-372 1960-04-15 publiée au JORF 17 avril 1960, et la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions.

⁸ Lois votées pour lutter contre les attentats anarchiques les 12 décembre 1893, 18 décembre 1893 et le 28 juillet 1894.

- des interdictions de séjour ;
- des assignations à résidence.

Les lois avalisant ou prorogeant l'état d'urgence depuis les attentats de 2015 ont pratiquement toutes été soumises au Conseil constitutionnel qui les a avalisées en constatant la proportionnalité entre les moyens et le but recherché : la limitation des libertés face à l'intérêt général dans un espace de temps délimité et encadré.

2) La création de l'état d'urgence sanitaire

L'état d'urgence sanitaire est créé par l'article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020. Il est à remarquer que cette loi n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel. La loi organique n° 2020-365⁹ a été, de droit, transmise au Conseil constitutionnel qui a validé la suspension jusqu'au 30 juin 2020 du délai dans lequel le Conseil d'État ou la Cour de cassation doivent se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et celui dans lequel ce dernier doit statuer sur une telle question. Cette loi organique votée en urgence pose la question du respect de l'État de droit dans des circonstances exceptionnelles¹⁰. En effet, saisi par des QPC, le Conseil constitutionnel a censuré certaines dispositions de la loi de 1955 sur l'état d'urgence (généralisation des contrôles d'identité et des fouilles de bagage, ou encore certaines interdictions de séjour...). Intervenir sur les délais de traitement des QPC n'est donc pas anecdotique.

L'état d'urgence sanitaire peut être déclaré pour une période maximale d'un mois, la prorogation au-delà d'un mois peut être autorisée par la loi. Dans les territoires où l'état d'urgence sanitaire est déclaré, le Premier ministre peut par décret réglementaire « aux seules fins de garantir la santé publique » :

- « 1° Restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret ;
- 2° Interdire aux personnes de sortir de leur domicile, sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé ;
- 3° Ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine, au sens de l'article 1er du règlement sanitaire international de 2005, des personnes susceptibles d'être affectées ;
- 4° Ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement, au sens du même article 1^{er}, à leur domicile ou

⁹ Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

¹⁰ Contributions extérieures de M. Didier Maus et de M. Paul Cassia et l'Association de défense des libertés constitutionnelles

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020799dc/2020799dc_contributions.pdf]

tout autre lieu d'hébergement adapté, des personnes affectées;

5° Ordonner la fermeture provisoire d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion, à l'exception des établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité;

6° Limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ainsi que les réunions de toute nature;

7° Ordonner la réquisition de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire ainsi que de toute personne nécessaire au fonctionnement de ces services ou à l'usage de ces biens. L'indemnisation de ces réquisitions est régie par le code de la défense ;

8° Prendre des mesures temporaires de contrôle des prix de certains produits rendues nécessaires pour prévenir ou corriger les tensions constatées sur le marché de certains produits ; le Conseil national de la consommation est informé des mesures prises en ce sens ;

9° En tant que de besoin, prendre toute mesure permettant la mise à la disposition des patients de médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire ;

10° En tant que de besoin, prendre par décret toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre, dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire mentionnée à l'article L. 3131-12 du présent code. »

L'article 4 de la loi déclare par dérogation l'état d'urgence sanitaire dès la promulgation de la loi pour une période de deux mois. L'état d'urgence sanitaire a été prorogé jusqu'au 10/07/2020 inclus par l'article 1er de la loi n° 2020-546¹¹. Cette loi de prorogation a été soumise au Conseil Constitutionnel¹² qui a validé les restrictions liées aux transports, aux établissements recevant du public, aux lieux de réunion et aux réquisitions car « en adoptant les dispositions contestées, le législateur a procédé à une conciliation équilibrée entre les exigences constitutionnelles ».

B) Les mesures prises en raison de la déclaration de l'état d'urgence sanitaire

Sans attendre la promulgation de la loi, un confinement obligatoire est annoncé par le président de la République, Emmanuel Macron, sous la forme d'une allocution télévisée diffusée le 16 mars 2020 à 20 h. Les modalités de ce confinement sont présentées par le ministre de l'Intérieur dans la nuit du 16 au

¹¹ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

¹² Conseil Constitutionnel, Décision no 2020-800 DC du 11 mai 2020.

17 mars 2020. Elles seront applicables à partir du 17 mars midi pour une période de 15 jours. Ce confinement sera prorogé jusqu'au 15 avril par le Premier ministre, puis jusqu'au 11 mai par le président de la République.

Ce seront trois périodes de confinement que connaîtront les Français :

- du 17 mars à 12 h au 11 mai 2020 (non inclus, soit 1 mois et 23 jours)
- du 30 octobre au 15 décembre 2020 (non inclus, soit 1 mois et 14 jours)
- du 3 avril au 3 mai 2021 (non inclus, soit 28 jours).

Durant ces périodes, la liberté d'aller et venir sera largement suspendue.

1) Confinement du 17 mars au 11 mai 2020

Durant la première période, l'interdiction de sortir à l'extérieur des habitations est quasi absolue avec quelques dérogations : autorisation de sortir une heure à moins d'un kilomètre du domicile, autorisation de sortir pour les besoins des animaux domestiques, autorisation de sortir pour effectuer des courses de première nécessité, hormis pour les travailleurs indispensables (commerce de première nécessité, soignants, ...), le télétravail doit être privilégié et s'il est impossible le travailleur est mis en chômage partiel, etc. Ces restrictions de sortie sont contrôlées par la police et les personnes doivent se munir d'une autorisation dérogatoire de sortie sur papier puis numérisée en utilisant l'application StopCOVID. Les médecins généralistes assurent des consultations par téléphone, et les visites dans les EHPAD sont interdites.

Les premières mesures sont prises par décrets jusqu'à la promulgation de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 créant l'état d'urgence sanitaire et définissant son cadre légal. Les mesures seront alors définies par le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020¹³. Ce décret confirme les mesures prises précédemment et précise en annexe les activités autorisées.

Un déconfinement va commencer à partir du 11 mai 2020 et sera progressif jusqu'au 15 juin pour la France métropolitaine. Dans un avis du 25 avril 2020, la CNIL a déclaré conforme au RGPD le dispositif prévu, connu alors sous la dénomination « StopCovid », dans le « contexte exceptionnel de gestion de crise »¹⁴.

¹³ Décret n° 2020-293 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.

¹⁴ CNIL, *Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid »*.

2) Confinement du 30 octobre au 15 décembre 2020

Un nouveau confinement sera annoncé par le président de la République le 28 octobre 2020. Il fera l'objet du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020¹⁵. Il sera effectif du 30 octobre 2020 au 15 décembre 2020. Il sera moins contraignant que le premier confinement, mais l'interdiction de sortie des personnes hors de leur domicile est rétablie avec le même système de dérogation. Le déconfinement sera progressif à partir du 28 novembre 2020 : les déplacements sont autorisés dans un rayon de 20 km, pour une durée de 3 heures (1km et 1 heure durant le confinement strict). Le déconfinement permet aux familles de se réunir pour les fêtes de fin d'année, mais des conseils sont formulés en particulier sur le nombre de personnes pouvant se réunir au cours d'un repas de famille. Les sports d'hiver ne sont pas interdits, mais aucune remontée mécanique ne peut fonctionner.

3) Confinement du 3 avril au 3 mai 2021

Devant la reprise de l'épidémie, le Premier ministre annonce une reprise du confinement dans seize départements particulièrement touchés pour le 19 mars 2021. Ce confinement est plus souple. Les déplacements peuvent avoir lieu dans un rayon de 10 km sans limitation de durée. Les écoles, collèges et lycées ouvrent avec des restrictions. Certains commerces non essentiels sont autorisés. Le 31 mars, le président de la République annonce l'extension du confinement à l'ensemble du territoire métropolitain.

Un couvre-feu est mis en place d'abord par certains maires dès le mois de mars 2020, étendu par le gouvernement à partir du 17 octobre 2020 et généralisé au niveau national du 15 décembre 2020 au 20 juin 2021. Pendant le couvre-feu, la circulation des personnes est interdite sauf dérogation de 18 heures à 6 heures du matin. Il sera porté à 19 heures à partir du 20 mars, à 21 heures le 19 mai 2021, puis à 23 heures à partir du 9 juin et supprimé le 30 juin 2021. Pendant le couvre-feu, les commerces, restaurants et lieux recevant du public doivent fermer.

Les mesures de déconfinement seront progressives à partir du 3 mai avec réouverture de collèges et lycées en demi-jauge, c'est-à-dire à la moitié des effectifs.

Des restrictions continueront de s'appliquer concernant les restaurants, bars, lieux de culture, etc. Un passe sanitaire est nécessaire pour pouvoir effectuer certaines activités et certaines professions.

¹⁵ Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

§ 2 – LES MESURES PRISES SOUS LE RÉGIME DE L'ÉTAT D'URGENCE EN REGARD DE L'ÉTAT DE DROIT

Face à la pandémie, le gouvernement a été amené à prendre de nombreuses dispositions attentant aux libertés publiques et personnelles : liberté d'aller et venir, liberté du travail, liberté de commercer, etc., mais aussi limitant les garanties constitutionnelles d'une justice rapide et d'une égalité de traitement. Le couvre-feu est utilisé rappelant aux anciens les restrictions connues sous l'occupation nazie durant la Seconde guerre mondiale. Un nouvel état d'urgence sanitaire a été créé permettant au Premier ministre d'agir réglementairement dans des domaines relevant de la loi, assimilant ainsi le risque pandémique à un risque terroriste.

Toutes ces mesures sont prises dans l'intérêt général, mais attentant aux libertés, sont-elles proportionnelles au but à atteindre, la santé publique, ou ne sont-elles que des mesures de circonstances restreignant ou annihilant l'État de droit ?

A) Les décisions du Conseil constitutionnel en regard de ces mesures

1) La loi organique du 30 mars 2020

Si la loi instaurant l'état d'urgence sanitaire n'a pas été soumise au crible du Conseil constitutionnel, les lois de prorogation de cet état d'urgence sanitaire ou de sortie de l'état d'urgence sanitaire lui ont été transmises ainsi que la loi organique¹⁶ suspendant les délais auxquels la Cour de cassation et le Conseil d'État doivent statuer sur les QPC. Cette loi organique prise dans l'urgence a été critiquée dans sa formulation plus que sur le fond. Ainsi, Didier MAUS demande que l'urgence de la lutte contre la COVID 19 n'ait pas valeur normative¹⁷. Paul CASSIA¹⁸ conteste la procédure utilisée par le gouvernement pour le vote de cette loi organique, procédure qui ne respecte pas les délais garantis par la Constitution¹⁹ ni l'unicité, prévue par la Constitution, de la loi

¹⁶ Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

¹⁷ Contributions extérieures de M. Didier Maus et de M. Paul Cassia et l'Association de défense des libertés constitutionnelles.

[https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2020799dc/2020799dc_contributions.pdf]

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Constitution, Article 46 : « Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes :

Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de l'article 42. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt. [...] ».

organique qui définit les délais pour statuer sur une QPC²⁰. Dans sa décision²¹, le Conseil rejette ces critiques « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce » et déclare la loi organique conforme à la Constitution car elle « ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période ».

2) Lois organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire

Dans sa décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021²², le Conseil constitutionnel déduit du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, un objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. C'est au législateur d'assurer la conciliation entre les objectifs de valeur constitutionnelle et le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis, dont la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et le droit d'expression collective des idées et des opinions. Compte-tenu que « *le législateur a estimé, au regard de l'avis du comité de scientifiques qu'un risque important de propagation de l'épidémie persiste, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur de ce risque, dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente* ». Il conclut à une conciliation équilibrée entre les deux exigences : respect des droits et libertés publiques et protection de la santé.

C'est ce même raisonnement que le Conseil constitutionnel avait suivi dans sa décision du 9 juillet 2020²³, pour valider la possibilité donnée au Premier ministre de réglementer ou interdire sous certaines conditions la circulation des personnes et des véhicules ainsi que celle des moyens de transport collectif et de réglementer les rassemblements de personnes, les réunions ou les activités qui se déroulent sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public dans la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire²⁴.

Les mesures prises pour limiter la propagation de l'épidémie dès qu'elles concernent des activités reconnues comme facteurs de propagation du virus sont constitutionnellement valides dès

²⁰ Constitution, Article 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. »

²¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

²² Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

²³ Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire.

²⁴ Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire

qu'elles concilient les droits et libertés constitutionnellement garanties, et sont limitées dans le temps et dans l'espace.

Devant les risques sanitaires, le Conseil constitutionnel a ainsi avalisé le non-respect des procédures constitutionnelles en déclarant la loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 conforme à la Constitution et refusé de statuer sur l'appréciation d'un risque présenté par un comité d'experts. Il sera intéressant de voir à l'avenir comment cette jurisprudence pourra être utilisée.

C) Le passe sanitaire et la vaccination

Comme l'état d'urgence sanitaire ne peut perdurer pour des raisons psychologiques et économiques, le gouvernement a créé le passe sanitaire et une incitation à la vaccination généralisée. Le passe sanitaire permet aux personnes qui le possèdent de reprendre une vie quasi-normale.

1) Le passe sanitaire

Afin de sortir de l'état d'urgence sanitaire, le gouvernement a proposé certaines mesures impliquant des libertés fondamentales : liberté d'exprimer des opinions, liberté d'aller et venir, liberté de travail, liberté d'entreprendre.

– L'obligation pour participer à certains rassemblements de pouvoir justifier d'un test négatif, d'une attestation de vaccination ou d'une attestation de guérison. Cette obligation est documentée au moyen du passe sanitaire. Le principe de ce passe sanitaire sera déclaré conforme à la Constitution dans la décision 2021-819 DC.

– L'obligation de présenter un passe sanitaire pour accéder à certains lieux : café, restaurant, lieux de culture, centre commercial, etc. ainsi que l'accès aux trains, autocars ou avions afin d'effectuer des trajets de longue distance. Cette obligation a été validée par le Conseil constitutionnel²⁵.

– L'obligation pour les employés d'un établissement ouvert au public sous réserve de la présentation d'un passe sanitaire, d'avoir un tel passe sanitaire sous peine de voir suspendu leur contrat de travail. Cette obligation a été également validée par le Conseil constitutionnel avec une réserve concernant les employés intérimaires ou en CDD qui ne peuvent voir leur contrat arrêté faute de passe sanitaire, cette réserve étant liée à un défaut d'égalité entre travailleurs.

– L'obligation pour une personne testée positive de se mettre en isolement pour une période de 10 jours a été reconnue non conforme à la Constitution car il n'est pas garanti que la mesure privative de liberté soit nécessaire, adaptée et proportionnée.

– L'obligation vaccinale pour certaines personnes, ambulanciers, pompiers, infirmiers, aides-soignants ou médecins a été également validée.

²⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021, Loi relative à la gestion de la crise sanitaire.

C'est donc bien sur un critère de proportionnalité des moyens face aux objectifs que le Conseil constitutionnel déclare conforme ou non une mesure restrictive de liberté ou de droits protégés par la Constitution.

Le 12 mai 2021, la CNIL s'est prononcée sur le projet de mise en place d'un passe sanitaire conditionnant l'accès à certains lieux publics²⁶. Dans son avis, la CNIL regrette d'avoir dû se prononcer dans un délai court et postérieurement aux débats intervenus en première lecture au parlement sur ce sujet. Mais comme le Conseil scientifique, elle reconnaît qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'utilité scientifique d'un tel dispositif reconnu comme positif par le Conseil scientifique. Elle n'émet que des recommandations sur les garanties à mettre en œuvre pour ce dispositif : utilisation temporaire limitée à la situation sanitaire, utilisation limitée à certains lieux ou événements, étude d'impact régulière sur l'efficacité du dispositif.

2) La vaccination généralisée

À côté de ces mesures obligatoires, le gouvernement a incité la population à se faire vacciner. La vaccination a été ouverte d'abord aux personnes à risque, personnes âgées ou avec des comorbidités, puis progressivement la vaccination a été ouverte par tranches d'âge à l'ensemble des adultes, puis des adolescents de plus de 12 ans. Récemment, une dose de rappel au-delà de 6 mois de la vaccination a été proposée aux personnes de plus de 65 ans ou à risque. La vaccination n'a pas été rendue obligatoire comme cela est réalisé pour les enfants avant de rentrer dans le cycle de l'enseignement obligatoire pour certaines maladies ou pour les voyageurs se rendant dans certaines zones particulièrement infectées par une maladie.

Mais, avec l'obligation de présenter un passe sanitaire pour pouvoir participer à certaines activités, l'obligation vaccinale peut apparaître implicite. En effet, pour obtenir un passe sanitaire, il faut soit disposer d'un test négatif récent, soit justifier d'une vaccination complète, soit justifier d'une guérison récente de la COVID 19.

Les personnes ne souhaitant pas se faire vacciner peuvent régulièrement effectuer un test leur permettant d'avoir ce passe sanitaire. Jusqu'au 15 octobre 2021, les tests étaient remboursés par la sécurité sociale. Au-delà de cette date, seules les personnes vaccinées, suspectées par un médecin d'avoir contracté la maladie ou déclarées cas contact peuvent bénéficier de cette gratuité. La vaccination devient ainsi quasi-obligatoire pour toute personne âgée de plus de 12 ans face à cette contrainte financière pour continuer à participer à certaines activités en groupe.

²⁶ CNIL, *Délibération 2021-054 du 12 mai 2021 portant avis sur le projet de mise en place d'un passe sanitaire*.

L'obligation de vaccination est fortement contestée par certains auteurs. Pour Me Marc Bornhauser²⁷, cette obligation serait contraire à l'article 9 de la CEDH garantissant la liberté de conscience et à la Convention d'Oviedo car les vaccins disponibles seraient toujours en phase 3 de test et n'auraient reçu qu'une autorisation provisoire. Le Conseil de l'Europe s'est prononcé le 28 janvier 2021 contre toute campagne de vaccination obligatoire contre la Covid-19 dans une résolution n° 2361. Cette résolution n'est pas contraignante.

Des mouvements antivax existent et peuvent être virulents. Leur justification repose souvent sur des faits erronés ou « fake news »²⁸.

CONCLUSION

En guise de conclusion, face à cette pandémie et ses conséquences humaines et économiques, tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État cherchent un équilibre, une proportionnalité entre des mesures attentant aux libertés et droits garantis par la constitution et l'intérêt général protégé également par des droits garantis par la Constitution tel le droit à la santé. C'est ce même équilibre qui est utilisé par les magistrats pour valider les mesures de restriction des libertés : détention préventive en cas de risques de récidive ou d'obstacle à l'enquête, autorisation d'écoutes ou de surveillance dans le cas d'une enquête terroriste, etc. C'est ainsi que « les juges constitutionnel, administratif et judiciaire jouent à cet égard un rôle déterminant pour empêcher les atteintes les plus graves aux libertés fondamentales et garantir le respect de la règle de droit²⁹ ».

Ces mesures peuvent paraître liberticides, mais comme l'écrit le Conseil d'État dans son étude de 2021 :

« le régime d'exception est une sorte de légitime défense de l'État qui l'autorise à user de pouvoirs exorbitants du droit commun lorsque sa survie, ou celle de son peuple, est gravement menacée. »

Mais qui ajoute :

« il est clair qu'en dépit de l'effet mobilisateur et du sursaut national – réel mais éphémère – que ne manque jamais de susciter la déclaration d'un état d'urgence, plus l'exception sera fréquemment invoquée, plus la confiance

²⁷ M. BORNHAUSER, « Droit et société - Le passe sanitaire : un colosse aux pieds d'Argile ? » in Conseil constitutionnel, Décision n° 2021-824 DC, *Loi relative à gestion de la crise sanitaire - Liste des contributions extérieures*

²⁸ O. JOURDAIN, « Enquête au pays des antivax : réseaux sociaux, fake news, complotisme et vaccination », *Atlantico*, 14 août 2021, [<https://www.atlantico.fr/article/decryptage/enquete-au-pays-des-antivax---reseaux-sociaux-fake-news-complotisme-et-vaccination-covid-19-pandemie-epidemie-laboratoires-coronavirus-olivier-jourdain>], consulté le 6 novembre 2021.

²⁹ B. LASSERRE, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, La Documentation française, 2021, p.10.

dans les institutions, qui cimente notre vie en collectivité, aura tendance à s'effriter³⁰ ».

³⁰ B. LASSERRE, « Avant-propos », in Conseil d'État, *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, La Documentation française, 2021, p.10.