



**HAL**  
open science

# Le coronavirus : réflexion sur le régime juridique et les effets de la crise sanitaire due au Covid-19

Bissiriou Kandjoura

► **To cite this version:**

Bissiriou Kandjoura. Le coronavirus : réflexion sur le régime juridique et les effets de la crise sanitaire due au Covid-19. Covid 19 et Constitution, Oct 2020, Dakar, Sénégal. hal-03176055

**HAL Id: hal-03176055**

**<https://hal.science/hal-03176055>**

Submitted on 27 Mar 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

## **Le coronavirus : réflexion sur le régime juridique et les effets de la crise sanitaire due au Covid-19**

### **INTRODUCTION**

Le Professeur D. TRUCHET affirmait : « *L'épidémie de covid19 est interprétée différemment par les diverses disciplines du droit public. Un spécialiste du droit administratif de la santé peut ainsi noter, à propos de cette affaire que, d'une part, elle traduit le vieux réflexe légaliste français (recourir à la loi pour régler le problème ad hoc) et que, d'autre part, elle révèle l'extraordinaire difficulté devant laquelle se trouvent placés les « décideurs » pour adapter au cas par cas, mesure après mesure, la réaction de l'Etat* »<sup>1</sup>.

On remarque en effet aisément toute la complexité de cette épidémie du Coronavirus au regard des conséquences et des mesures prises pour l'extirper. Mais, rappelons tout d'abord quelques précisions terminologiques liées à notre sujet avant de poursuivre la présentation. Sur ce point, la notion de « Constitution » et celle du « Coronavirus » méritent d'être éclairées.

Concernant la Constitution, retenons qu'elle constitue le socle de l'Etat, le bien le plus précieux. C'est la norme juridique fondamentale, le fondement même de toute société, de tout Etat. La Constitution représente une valeur ayant deux (2) fonctions majeures. Premièrement, c'est la norme qui permet la limitation de l'exercice du pouvoir politique, en organisant la séparation des pouvoirs. Deuxièmement, en tant que norme juridique, la Constitution permet une garantie des droits fondamentaux des individus contre les abus potentiels du pouvoir. Ces deux caractères de la Constitution apparaissent dans l'article 16<sup>2</sup> de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Pour la notion du Coronavirus, encore appelé le *Covid*, le *Covid 19*, le *NCov 19* ou le *SARS-CoV-2* (francisé en *SRAS-CoV-2*), c'est un virus découvert en 2019 dans la ville de Wuhan en Chine, puis se propage dans le monde entier. Pour cette notion, trois éléments à retenir pour éviter toute confusion. *Primo*, le *Covid-19* est le nom de la maladie. *Secundo*, ce nom de la maladie n'est pas le nom scientifique. Le *SARSr-Cov* est le nom scientifique officielle de

---

<sup>1</sup>D.TRUCHET, « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », le blog de *Jus Politicum*, revue internationale de droit constitutionnel, 27 mars 2020.

<sup>2</sup> « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » (art.16 DDC de 1789).

l'espèce. En effet, les noms scientifiques d'espèces virales ne sont pas des binômes latins mais de courtes descriptions en anglais, incluant le genre viral et écrits en italiques<sup>3</sup>. Le *SARSr-Cov* est le déclencheur de la maladie ; il fait partie de l'espèce des coronavirus causant les syndromes respiratoires aigus sévères comme le *SRAS* de 2003 ou le *Covid-19*. *Tertio*, le *SARS-Cov* n'est pas le seul Coronavirus. Il est l'un des Coronavirus en plus du *SRAS* ou du *MERS-Cov*. Mais, il est le plus mortel des Coronavirus, le plus grave et qui a acquis une ampleur mondiale plus que les autres Coronavirus. Dans la présente contribution, deux grandes idées attirent notre attention. En tout premier lieu, le régime de crise sanitaire a-t-il un fondement constitutionnel ? Dans cette première analyse, il s'agit de s'interroger sur le parallèle entre le régime de crise sanitaire et la Constitution. Sur ce point, en droit français, existe-t-il un cadre constitutionnel du régime de crise sanitaire due au Covid-19. Cette question soulève la problématique même du *régime juridique de la crise sanitaire due au Coronavirus (I)*. En second lieu, comment expliquer l'impact de cette crise sanitaire sur les droits garantis par la Constitution ? Dans cette seconde analyse, il est fondamental de s'interroger sur *les conséquences de la crise sanitaire due au Coronavirus (II)*.

## **I. -Le régime juridique de la crise sanitaire due au Coronavirus**

En droit français, la Constitution de 1958 consacre des régimes de crise. Parmi ces régimes, n'y a-t-il pas un régime de crise sanitaire **(A)** ? Avec l'avènement du Coronavirus, n'est-il pas permis d'affirmer la naissance d'un nouveau régime avec la création par la loi d'un nouvel « état d'urgence sanitaire » **(B)** ?

### **A. Le fondement constitutionnel des régimes de crise**

Du point de vue juridique, la notion de crise, instaurant des régimes d'exception autrement appelée état d'urgence<sup>4</sup>, état de siège<sup>5</sup>, pleins pouvoirs<sup>6</sup>, permet aux autorités compétentes de prendre des mesures exceptionnelles afin de résoudre la crise. Dans ces conditions, une extension exceptionnelle des pouvoirs de l'administration en découle, puisque « *dans des circonstances exceptionnelles, les autorités administratives peuvent prendre des mesures d'extrême urgence en vue de pourvoir aux nécessités du moment* »<sup>7</sup>. A cet égard, dans le cadre

---

<sup>3</sup> Voir « The ICTV code » [archive], sur *International Committee on Taxonomy of Viruses (ICTV)*, octobre 2018.

<sup>4</sup> L. 3 avril 1955.

<sup>5</sup> Art. 36 de la Constitution de la Ve République française.

<sup>6</sup> Art. 16 de la Constitution de la Ve République française.

<sup>7</sup> CE 4 juin 1947, *Entreprise Chemin*, req. n° 79511.

de la gestion de la crise sanitaire due au Covid-19, la mise en œuvre de l'article 16, qui accorde les pleins pouvoirs au Président de la République, a même été envisagée pour permettre notamment le report du second tour des élections municipales<sup>8</sup>. Cette solution est toutefois peu consensuelle<sup>9</sup> tant au regard des conditions de mise en œuvre fixées par l'article (inadaptées, selon certains auteurs, pour activer ce dispositif<sup>10</sup>) que de ses effets jugés disproportionnés au regard de la situation. Toutefois, selon le Professeur A. JOËL « *les régimes de crise ont le vent en poupe. Ils perturbent non seulement la vie en société, la vie quotidienne mais aussi la vie juridique* »<sup>11</sup>. Manifestement, les moments de guerre et de pandémie graves comme l'épidémie de Coronavirus sont des périodes de crises durant lesquelles, les pouvoirs publics interviennent dans l'urgence, en prenant des mesures exceptionnelles permettant de trancher ladite crise. Ces pouvoirs de crise exceptionnels trouvent leur fondement dans la Constitution. En droit français<sup>12</sup> et guinéen<sup>13</sup>, par exemple, le Président de la République, « *clef de voûte du système* » dispose des pouvoirs de crise garantis par la Constitution. Du fait de son rôle de garant des institutions, le Président est à la fois une autorité qui règle des différends institutionnels et qui tranche des crises majeures. C'est ainsi que dans son allocution télévisée adressée à la nation face à l'épidémie de Coronavirus, le Président de la République française, Emmanuel Macron affirmait : « *Nous sommes en guerre, en guerre sanitaire certes. Nous ne luttons ni contre une armée ni contre une autre nation, mais l'ennemi est là, invisible, insaisissable, et qui progresse. Et cela requiert notre mobilisation générale* »<sup>14</sup>. Dans cette allocution, le Président de la République a répété à 5 reprises : « *Nous sommes en guerre* » et a fixé, dans son intervention télévisée du 13 avril 2020 au 11 mai 2020, le début de « *déconfinement* ». Retenons que cette référence à la « *guerre sanitaire* » faite par le Président doit être comprise dans un sens permettant de mettre l'accent sur l'ampleur de la crise liée au Coronavirus. A cet égard, cette notion de guerre sanitaire fait référence à cette situation exceptionnelle, durant laquelle les autorités compétentes prennent des mesures d'urgence pour lutter contre une épidémie qui

---

<sup>8</sup> O. DUHAMEL, Interview, *Le point*, 16 mars 2020.

<sup>9</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « *État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ?* », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 20 April 2020, p.2. Voir également O. BEAUD, « *La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du 2nd tour des élections municipales* », *Blog Jus Politicum*, 23 mars 2020.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « *Droit et Coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles* », RDL 2020 chron. n°20.

<sup>12</sup> Voir l'art. 16 de la Constitution de la Ve République française.

<sup>13</sup> Voir l'art. 90 de la Constitution guinéenne du 7 mai 2010.

<sup>14</sup> Voir l'allocution du Président dans le *Journal Le Monde*, 16 mars 2020. Voir également B. KANDJOURA « *Le Coronavirus : entre mesures d'urgences et action collective* », 2020, p.1. fahal02541175.

menace la santé publique des peuples du monde entier. En effet, cette situation exceptionnelle permet aux pouvoirs publics d'instaurer « l'état d'urgence sanitaire », un dispositif qui n'a jamais existé auparavant en France. Ce dispositif exceptionnel a un lien direct avec « l'état d'urgence » tout court, en ce sens qu'il permet à l'exécutif de prendre pendant un temps restreint une série de mesures par ordonnance afin d'agir vite (l'urgence) en évitant la navette parlementaire. C'est ainsi qu'en France, le décret du 16 mars met en place le confinement, et depuis le début de la pandémie, des « mesures d'urgence » ont été prises par les autorités compétentes dont entre autres la fermeture des écoles, universités et commerces. Toutefois, les fondements des mesures prises, tant à l'échelle nationale qu'à l'échelle locale, avant la loi du 23 mars 2020, ont été jugés incertains, voire illégaux par une partie de la doctrine<sup>15</sup>. Fallait-il trouver d'autres fondements qui permettent la mise en place d'un nouveau régime ?

### ***B. Les autres fondements des régimes de crise***

La Constitution n'est pas la seule norme juridique créatrice des régimes de crise. Ces régimes peuvent aussi faire l'objet d'une création législative. Mais, avec la conception de Hans KELSEN dont l'un des points essentiels de sa théorie est la prise en compte progressive de la dimension dynamique du droit : « le droit n'est pas seulement un système de normes ordonnées de manière spécifique ; il est encore un système qui prévoit ses propres conditions d'évolution »<sup>16</sup>. Un tel système est un système de normes hiérarchisées, dans lequel la Constitution serait le fondement de validité des autres normes du système. La Constitution est donc vue comme la norme suprême. En application de cette théorie<sup>17</sup>, la Constitution en plus d'être le fondement des régimes de crise, ne devrait-elle pas être le fondement même du régime légal des crises ? A cet égard, l'analyse du Professeur Dominique ROUSSEAU est pertinente : « *La Constitution de 1958, oui, est suffisamment armée pour faire face à ce type de situation dans la mesure où le Conseil Constitutionnel a jugé en 1985 que le parlement pouvait établir des régimes d'urgence en dehors de ceux prévus à l'article 16 et en dehors de celui prévu à l'article 36 de la Constitution, c'est-à-dire l'état d'urgence. La Constitution prévoit deux situations : l'article 16, pouvoirs exceptionnels et l'article 36, l'état d'urgence. Mais le Conseil*

---

<sup>15</sup> V. SIZAIRE, « Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire », *Revue des droits de l'homme, ADL*, mars 2020 ; D. TRUCHET, « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », *Op.cit.* ; S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *RDLF*, n°2020, chron. 13.

<sup>16</sup> E. MILLIARD, « Théorie générale du droit », *Editions Dalloz*, 2006, pp.71-72.

<sup>17</sup> Dans le système juridique français, la suprématie de la Constitution sur la loi ne fait aucun doute (voir en ce sens l'art. 60 de la Constitution française de la Ve République).

*Constitutionnel a donné au parlement compétence pour établir le cas échéant des régimes d'urgence autres que ces deux-là. Donc le Conseil Constitutionnel a laissé la possibilité au parlement de réagir à ces situations de crise. C'est ce qu'il a fait lorsqu'il a réactualisé la loi de 1955 sur l'état d'urgence qu'il a utilisée pour la Nouvelle Calédonie en 1984 et 1985, qu'il a réutilisée lors des émeutes des banlieues en 2005 et qu'il a évidemment réutilisée lors des attentats terroristes en 2015. Lors de ces trois événements, la Constitution a permis de gérer cette situation par l'établissement d'un régime d'état d'urgence sur la base de la loi de 1955. Aujourd'hui la Constitution permet au législateur de prévoir et d'établir un nouveau régime d'état d'urgence, l'état d'urgence sanitaire »<sup>18</sup>.*

Cependant, dans la mesure où le Conseil constitutionnel n'a pas déclaré inconstitutionnelle la loi du 3 avril 1955<sup>19</sup>, le législateur peut donc créer des nouveaux régimes de crise dont l'état d'urgence sanitaire en est un exemple. Sur cette question, on distingue trois régimes de crise. Le premier, est **l'état d'urgence général**. Il s'agit d'un véritable régime d'exception institué par le législateur. Ce régime, organisé par la loi du 3 avril 1955<sup>20</sup>, modifiée notamment par l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960 et profondément remaniée par la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 a été appliqué six fois depuis la guerre d'Algérie (entre 1955 et 2015). Le second, est **l'état d'urgence sanitaire**. En effet, concernant cet état d'urgence sanitaire, certaines autorités politiques parlent de « guerre sanitaire » dans leur discours. De quoi s'agit-il ? Juridiquement, la notion de « guerre sanitaire », renvoie à la police de la santé publique, et permet au gouvernement de mettre en place un dispositif exceptionnel, l'état d'urgence sanitaire<sup>21</sup> afin de faire face à l'épidémie. En droit français, sur le fondement de l'article L.3131-1 du Code de la santé publique, le ministre de la santé, est l'autorité de police spéciale habilitée à prendre des mesures applicables en cas de crise sanitaire grave. Mais, depuis l'adoption de la loi sur l'état d'urgence sanitaire le 23 mars 2020, la compétence en matière de police sanitaire est répartie entre le Premier ministre et le ministre de la santé<sup>22</sup>. Le troisième est **l'état d'urgence intermédiaire**. C'est le régime qui permet aux pouvoirs publics en vertu des circonstances exceptionnelles et de l'urgence de prendre des mesures restrictives des libertés en dehors des deux régimes connus à savoir l'état d'urgence général et l'état d'urgence

---

<sup>18</sup> D. ROUSSEAU, *Coronavirus : « C'est en temps de crise que le respect des droits fondamentaux est encore plus important »* dans Public Senat, 21 mars 2020.

<sup>19</sup> C.C, Décision n°85-187 du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, Rec. 43, cons. n°4.

<sup>20</sup> Code de la défense, art. L.2131-1.

<sup>21</sup> Voir la Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

<sup>22</sup> Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

sanitaire. En effet, sur ce point, « *la bonne vieille jurisprudence sur les circonstances exceptionnelles*<sup>23</sup> suffirait à fonder juridiquement les mesures prises pour lutter contre la pandémie actuelle. En pratique, elle ne fonctionne pas, en tout cas a priori. Elle n'a servi (très rarement) au juge que pour valider a posteriori les mesures attaquées devant lui »<sup>24</sup>.

Au demeurant, les analyses doctrinales admettent donc assez consensuellement que le Gouvernement disposait déjà des outils nécessaires à la gestion de la crise sanitaire, sans qu'un nouveau régime d'exception, « faussement novateur »<sup>25</sup> ne soit nécessaire. Certaines analyses mentionnent également la possibilité qu'aurait eu le parlement de modifier, à la marge, l'article L. 3131-1 CSP pour l'adapter à la crise du coronavirus, en précisant la nature des mesures possibles<sup>26</sup>. D'autres notent cependant que les débats publics n'ont pas abordé cette question, se concentrant « *sur l'opportunité de déclencher ou bien l'article 16 de la Constitution ou bien l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955* »<sup>27</sup>. Certains estiment que la crise sanitaire aurait en effet pu être qualifiée de « calamité publique » - situation prévue par la loi de 1955 - pour permettre de déclarer l'état d'urgence « sécuritaire »<sup>28</sup>. Là encore, une nouvelle loi aurait pu modifier, à la marge, la loi de 1955 pour l'adapter à la présente situation<sup>29</sup>. Par ailleurs, certains auteurs prônent la constitutionnalisation d'un cadre commun aux régimes d'exception<sup>30</sup> ou la constitutionnalisation d'un régime civil d'exception<sup>31</sup>. Certes, les observateurs s'accordent sur l'absence de nécessité juridique d'instaurer un nouveau régime d'exception, mais ils ne s'entendent pas sur le fondement le plus adéquat aux mesures d'urgence sanitaire<sup>32</sup>. Dans tous les cas, les conséquences de la crise sanitaire due au Covid-19 sont énormes et variées.

---

<sup>23</sup> CE, 28 juin 1918, Heyriès ; 28 février 1919, Dames Dol et Laurent.

<sup>24</sup> D. TRUCHET, « Covid-19 : point de vue d'un administrativiste sanitaire », *Op.cit.*

<sup>25</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme* [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 20 April 2020, p.2. Voir également P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique », *Mediapart*, 23 mars 2020.

<sup>26</sup> Voir en ce sens : l'étude d'impact relative au projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 du 18 mars 2020. Voir également P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique », *Op.cit.*

<sup>27</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les régimes de crises à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles », *RDLF* 2020 chron. n°20.

<sup>28</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p. 3. Voir également l'étude d'impact relative au projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 du 18 mars 2020.

<sup>29</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p. 3.

<sup>30</sup> *Idem.* Voir également J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les régimes de crises à l'épreuve des circonstances sanitaires exceptionnelles », *Op.cit.*

<sup>31</sup> P. BLACHER, J.-E. GICQUEL, « Pour gérer des crises comme celle du coronavirus, il faut modifier notre constitution », *Huffingtonpost*, 17 mars 2020.

<sup>32</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p. 3.

## II. -Les conséquences de la crise sanitaire due au Coronavirus

Dans cette partie, deux hypothèses méritent d'être exposées : la question de l'étendue et de l'usage de la dérogation aux droits fondamentaux (A) et celle sur les implications (B).

### A. L'étendue et l'usage de la dérogation

Il faudrait tout d'abord distinguer la dérogation de la restriction des droits. En effet, à la possibilité de restreindre l'exercice des droits en période ordinaire, s'ajoute donc celle de déroger à certaines obligations conventionnelles en temps de crise, possibilité ne devant être utilisée qu'en dernier ressort<sup>33</sup>. « *Malgré leur proximité, régime de dérogation et régime de restriction aux droits de l'homme ne sont pas équivalents* »<sup>34</sup>. Activées, les clauses de dérogation substituent à une légalité normale « *une légalité exceptionnelle adaptée aux circonstances* »<sup>35</sup>. Comme l'a rappelé le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale sur l'article 4 du Pacte, si les deux régimes doivent tous deux respecter le principe de proportionnalité, « *une dérogation à certaines obligations découlant du Pacte se différencie clairement des restrictions ou limites autorisées même en temps ordinaire par plusieurs dispositions du Pacte* »<sup>36</sup>. Pareille distinction très claire a d'ailleurs été mise en avant par la Haute Commissaire aux DH des NU qui parle bien, à propos des mesures adoptées par les Etats pour lutter contre la propagation du covid-19, des deux régimes avec des précisions spécifiques<sup>37</sup>. De nombreux traités de protection des droits de l'homme comportent une clause de dérogation<sup>38</sup>. Alors que l'article 4 du Pacte évoque « *un danger public exceptionnel (qui) menace l'existence de la nation et (qui) est proclamé par un acte officiel* », l'article 27 de la Convention américaine précise que la dérogation ne peut être justifiée que dans des hypothèses de « *guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un Etat partie* ». Ou, pour le dire autrement, la dérogation ne peut être mise en œuvre que pour faire face à une menace d'une exceptionnelle gravité<sup>39</sup>. Au demeurant, afin de

---

<sup>33</sup> M. AFROUKH, « Covid-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », RDLF, 2020, Chron. N°40.

<sup>34</sup> L. SERMET, « De la carence dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de la clause de dérogation aux droits de l'homme », RGDIP, 2005, p. 399 ; R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles. Etude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, p. 34.

<sup>35</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11<sup>ème</sup> éd. p. 242.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> Voir art. 4 PIDCP ; art. 27 CADH ; art. 15 CEDH ; art. 4 Charte arabe des droits de l'homme.

<sup>39</sup> M. AFROUKH, « Covid-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *Op.cit.*

lutter contre le Covid-19, la majorité des Etats ont fait recours au régime de « restriction » et non celui de « dérogation » aux droits. Cette situation est remarquable aussi bien sur le plan régional qu'universel. Comme le souligne certains auteurs en ces termes : « *face à la crise du covid-19, force est de constater l'inappétence avérée des d'Etats pour l'arme de la dérogation (...)* »<sup>40</sup>.

Ensuite, sur l'étendue de la dérogation. Sur ce point, les Etats sont tenus de préciser les dispositions auxquelles ils dérogent. Certains Etats européens n'hésitent pas également à préciser les droits suspendus même si la Convention européenne ne l'impose pas (Estonie par exemple)<sup>41</sup>. La liste des droits impactés varie sensiblement<sup>42</sup>. Nous pouvons citer par exemple la liberté de circulation, la liberté d'expression, le droit de propriété et le droit à l'instruction, la liberté de réunion et le droit de manifester. Donc, « *la liste, non exhaustive, des droits protégés par la Convention dont l'exercice est limité ou suspendu est impressionnante (...)* »<sup>43</sup>. Aussi, sur le fondement du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), certains droits ont été visés. Il s'agit notamment du droit au respect de la vie privée, le droit à la liberté et à la sûreté, les garanties contre les expulsions des étrangers en situation régulière.

### ***B. Les implications de la dérogation***

En période d'urgence sanitaire, la liberté n'est pas la règle et l'interdiction n'est pas l'exception<sup>44</sup>. Nul besoin de rappeler que « *l'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'Etat de droit : la Constitution n'est pas suspendue, mais on peut y déroger en raison des circonstances liées à la crise du Covid-19. C'est le raisonnement totalement inédit que le Conseil constitutionnel a tenu dans sa décision rendue jeudi 26 mars sur la loi organique du 23 mars, votée avec la loi sur l'état d'urgence sanitaire* »<sup>45</sup>. Manifestement, le Conseil constitutionnel (garant de la Constitution), décide que « *compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution* »<sup>46</sup>. Certaines

---

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », le blog du coronavirus, 20 avril 2020.

<sup>44</sup> CORNEILLE, concl. Sous CE, 10 août 1917, Baldy, n°59855.

<sup>45</sup> J.-B. JACQUIN, « Coronavirus : l'état d'urgence sanitaire ouvre des brèches dans l'Etat de droit », *Le Monde*, 28 mars 2020.

<sup>46</sup> CC, Décision n°2020-799, 26 mars 2020.

analyses doctrinales critiquent les mesures prises par le Gouvernement avant la loi du 23 mars 2020 en raison de leurs fondements incertains. C'est en particulier la question de la coordination entre les compétences de police administrative générale du Premier ministre (sur le fondement, selon les auteurs, de l'article 37 de la Constitution<sup>47</sup>, de l'article 21 de la Constitution<sup>48</sup>, de la jurisprudence Labonne de 1919 du Conseil d'État<sup>49</sup> et<sup>50</sup>/ou<sup>51</sup> la théorie des circonstances exceptionnelles<sup>52</sup>) et celles de police administrative spéciale (*i.e* de police sanitaire) du ministre de la Santé (sur le fondement de l'article L. 3131-1 CSP) qui est largement discutée. En effet, le décret du 16 mars 2020 sur le confinement, fondé sur l'article L. 3131-1 CSP a été jugé illégal par certains auteurs<sup>53</sup>, qu'il s'agisse pour eux de mettre en lumière le caractère désordonné et incohérent de l'action gouvernementale<sup>54</sup> ou les faiblesses normatives de l'article L. 3131-1 CSP<sup>55</sup>. Plus largement, c'est l'articulation floue entre les pouvoirs de police du ministre de la Santé et ceux du Premier ministre qui soulèvent des interrogations doctrinales : le ministre de la Santé peut-il valablement détenir de tels pouvoirs au regard d'une disposition législative non contrôlée par le Conseil constitutionnel<sup>56</sup> ? Son imprécision ne la rend-elle pas inconstitutionnelle<sup>57</sup> ? Peut-il valablement décider de la fermeture des écoles ou des escales des navires<sup>58</sup> ? Ses services sont-ils réellement outillés pour gérer une telle crise<sup>59</sup> ? Tandis que

---

<sup>47</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p.3. Voir également E. TAWIL, « Lutte contre le covid-19 : les nouvelles mesures de police administrative restrictives de libertés adoptées par le gouvernement », *Gazette du Palais*, n°12, p 10 ; V. SIZAIRE, « Un colosse aux pieds d'argile. Les fondements juridiques fragiles de l'urgence sanitaire », *Revue des droits de l'homme, ADL*, mars 2020.

<sup>48</sup> D. DE BÉCHILLON, « Le Conseil d'État refuse d'imposer le confinement total mais impose un durcissement de la réglementation sur les sorties et les marchés couverts », *Le club des juristes*, 23 mars 2020.

<sup>49</sup> CE, 8 août 1919, n° 56377. Voir également : A. PECH, « De maux en mot : les premiers temps d'une gestion incertaine du COVID 2019 », *Journal du droit administratif*, 23 mars 2020.

<sup>50</sup> C. MARLIAC, « Quelques réflexions à propos de l'ordonnance du 31 mars 2020, Préfet du Calvados - L'urgence sanitaire appréciée au niveau local », *Revue des droits de l'homme, ADL*, avril 2020.

<sup>51</sup> P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique », *Op.cit.*

<sup>52</sup> CE, 28 juin 1918, n°63412. Voir également A. SEE, « Les libertés économiques en période de crise sanitaire : un premier état des lieux », *RDLF*, 2020 chron. n°21.

<sup>53</sup> A. PECH, « De maux en mot : les premiers temps d'une gestion incertaine du COVID 2019 », *Op.cit.*, V. SIZAIRE, *Op.cit.* Voir également : J. BOUDON, « De quelques problèmes juridiques et politiques dans les circonstances actuelles », *Le club des juristes*, 3 avril 2020 ; « Note complémentaire sur l'illégalité du décret n° 2020-260 du 16 mars », *Le club des juristes*, 7 avril 2020.

<sup>54</sup> N. SYMCHOWICZ, « Urgence sanitaire et police administrative : point d'étape », *Dalloz actualité*, 31 mars 2020.

<sup>55</sup> P. DE COMBLES DE NAYVES, « Ne rajoutons pas l'arbitraire à la catastrophe sanitaire », 22 mars 2020, *Dalloz actualité* ; E. TAWIL, « Lutte contre le covid-19 : les nouvelles mesures de police administrative restrictives de libertés adoptées par le gouvernement », *Op.cit.*

<sup>56</sup> P. DE COMBLES DE NAYVES, « Ne rajoutons pas l'arbitraire à la catastrophe sanitaire », *Op.cit.*

<sup>57</sup> S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *RDLF*, n°2020, chron. 13. ; P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique », *Op.cit.*

<sup>58</sup> D. TRUCHET, « Covid 19 : Point de vue d'un "administrativiste sanitaire" », *Blog Jus politicum*, 27 mars 2020.

<sup>59</sup> *Idem.*

certaines critiquent l'absence de pouvoir monopolistique du Premier ministre<sup>60</sup> pour gérer cette crise, d'autres considèrent au contraire que le décret du 16 mars 2020 aurait dû être pris par le ministre de la Santé<sup>61</sup>. En dépit de ces implications politiques, les mesures prises dans le cadre de la crise due au coronavirus ont entraîné d'autres conséquences non négligeables.

Tout d'abord, **en matière pénale**. En effet, l'une des différences entre les états d'urgence sécuritaire et sanitaire concerne notamment l'édiction de mesures pénales répressives<sup>62</sup>. Après le décret du 17 mars 2020<sup>63</sup>, la loi du 23 mars 2020 a ainsi renforcé le dispositif pénal pour l'adapter au caractère inédit de la crise<sup>64</sup>. La loi prévoit une amende de 135 € pour toute sortie non autorisée ; la récidive dans un délai de quinze jours est punie d'une contravention de cinquième classe et trois manquements sont sanctionnés par une peine pouvant aller jusqu'à six mois d'emprisonnement et 3750 € d'amende<sup>65</sup>. Comme le souligne un auteur, « *six mois, c'est le seuil minimal justifiant la procédure de comparution immédiate en flagrant délit. [...] C'est même la raison du choix de cette peine* »<sup>66</sup>. Ce même auteur s'inquiète alors de ce que ces sanctions ne respecteraient ni le principe de nécessité ni celui de proportionnalité des peines<sup>67</sup>. Il ajoute : « *Choix étonnant que de punir celui qui a risqué le contact avec les autres en l'enfermant dans un espace confiné* »<sup>68</sup>. En ce sens, nombreux sont les auteurs à mettre en lumière la situation paradoxale dans laquelle se trouvent actuellement les juges d'application des peines qui tentent, dans des conditions difficiles, de désengorger les prisons<sup>69</sup>. On ajoutera sur ce point l'inégalité factuelle dans laquelle se trouvent les citoyens face au confinement : s'il n'est certes agréable pour personne de voir sa liberté d'aller et venir à ce point limitée, cela peut

---

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *Op.cit.*

<sup>62</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p.5.

<sup>63</sup> Décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population.

<sup>64</sup> Pour une critique de son insuffisance : P. MISTRETTA, « Coronavirus covid-19 : un droit pénal chimérique », *La Semaine Juridique Édition Générale* n° 13, 30 Mars 2020, p. 371.

<sup>65</sup> Article 2 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Cette loi prévoit aussi une peine complémentaire de travail d'intérêt général. Sur ce point (notamment) : D. MAYER, « Le droit pénal au chevet de la crise sanitaire », *Dalloz*, 2020, p. 649.

<sup>66</sup> P. DE COMBLES DE NAYVES, « Ne rajoutons pas l'arbitraire à la catastrophe sanitaire », *Op.cit.*

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> *Idem.*

<sup>69</sup> Voir sur ce point notamment : J. MUCCHIELLI, « Pandémie et prison : les instructions de l'administration pénitentiaire », *Dalloz actualité*, 16 mars 2020; M. BABONNEAU, « Il est purement inexact d'affirmer que le milieu carcéral ne protège pas des risques de pandémie », *Dalloz actualité*, 23 mars 2020; A. BLOC, « Coronavirus : les JAP sur le pied de guerre », 1 avril 2020, *Dalloz actualité*; V.-O. DERVIEUX, « Justice pénale française en état d'urgence sanitaire », *Dalloz actualité*, 17 mars 2020 ; A. MORINEAU, « Covid 19 : on peut faire baisser la population carcérale », *LPA*, n°064, p. 4 ; R. NASERZADEH, « Le (non) journal de confinement », *Dalloz actualité*, 8 avril 2020. Voir également A. GELBLAT AND L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, pp.5-6.

facilement devenir intolérable pour des personnes confinées à plusieurs dans des espaces extrêmement restreints<sup>70</sup> ou en situation de vulnérabilité<sup>71</sup>.

Ensuite, sur la question de **l'insécurité juridique**. A cet égard, selon le Professeur F. SUDRE : « *Les mesures restrictives des droits et libertés adoptées au titre de l'état d'urgence sanitaire – sous l'appellation générique de confinement – débordent manifestement, par leur ampleur inédite et leur généralité (toute la population, tout le territoire), le régime conventionnel ordinaire des restrictions aux droits et relèvent, à notre sens, du régime des dérogations, en particulier si elles s'étendent dans le temps* »<sup>72</sup>. Il ajoute que « *le non-respect par la France de son engagement conventionnel crée une situation d'insécurité juridique préjudiciable au respect de l'État de droit* »<sup>73</sup>. Mais, en n'utilisant pas le régime dérogatoire, la France, comme d'autres Etats parties à la Convention, décide donc de se soumettre au régime ordinaire des restrictions dont les garanties sont plus importantes<sup>74</sup>. Dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, ce droit de dérogation, prévu à l'article 15 de la Convention, constitue un acte discrétionnaire de l'Etat et non une obligation.

Enfin, sur la question de **la responsabilité administrative**. En effet, la loi du 23 mars 2020 précise explicitement que « *les mesures prises en application du présent chapitre peuvent faire l'objet, devant le juge administratif, des recours présentés [...]* » dans le cadre du référé suspension ou du référé liberté<sup>75</sup>. Pourtant, dès 2015, certains universitaires s'étaient inquiétés de l'exclusion du juge judiciaire car « *le juge administratif est essentiellement protecteur de l'Administration* »<sup>76</sup>. Toutefois, force est de constater qu'en matière de crise sanitaire, l'accès au juge est beaucoup plus difficile. Certes, au regard des déclarations du Conseil d'Etat, les procédures de référé sont maintenues<sup>77</sup>. Mais, sur ce point, certains observateurs notent qu'« *en ce qui concerne les référés, il semble y avoir encore des différences d'appréciation entre les*

---

<sup>70</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, pp.5-6.

<sup>71</sup> Voir notamment, S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'urgence (pas) pour tou(te)s », *Revue des droits de l'homme, ADL*, avril 2020.

<sup>72</sup> F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », le blog du coronavirus, 20 avril 2020.

<sup>73</sup> *Idem*.

<sup>74</sup> M. AFROUKH, « Covid-19 et droit de dérogation : les réponses du droit international des droits de l'homme », *Op.cit.*

<sup>75</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p.16.

<sup>76</sup> M. ELSHOUD, « Etat d'urgence et juge administratif », *Journal du droit administratif*, 3 avril 2016, disponible sur <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=511>.

<sup>77</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p.16.

*différents tribunaux* »<sup>78</sup>. Alors que certains Tribunaux maintiennent toutes les audiences en référé, d'autres se limitent évasivement aux référés relatifs aux « *urgences avérées* »<sup>79</sup> ou n'entendent maintenir qu'« *un fonctionnement minimum de l'activité juridictionnelle* »<sup>80</sup>. Entre le 22 mars 2020<sup>81</sup> et le 16 avril 2020, le Conseil d'État a publié douze ordonnances liées au Covid-19<sup>82</sup>. Sommairement, les requérants étaient à chaque fois des groupements (de soignants, de détenus, de personnel pénitentiaire, de maraichers, de protection des droits des étrangers, des sans-abris ou des victimes du coronavirus) faisant valoir que l'inaction de l'État dans la gestion de la crise portait atteinte à leurs droits fondamentaux<sup>83</sup>. Le Conseil d'État a cependant rejeté, à quelques nuances près, toutes demandes d'injonction<sup>84</sup>. S'il a certes accepté d'enjoindre au Gouvernement de redéfinir (voire de durcir) certaines consignes sanitaires<sup>85</sup>, il a cependant refusé toutes les demandes d'ordres matériels (car lesdits matériaux faisaient de toute façon défaut, ce qui correspond au décalage d'ordre matériel – explicité ci-après)<sup>86</sup>. Ensuite, nombreux sont les auteurs à observer, en particulier à propos de l'ordonnance du 22 mars, que le Conseil d'État apparaît davantage comme un « *promoteur de l'ordre sanitaire que [comme] un gardien de la légalité* »<sup>87</sup>. Le 2 avril 2020, le Conseil d'État indique d'ailleurs qu'il ne lui revient pas de se prononcer sur « *l'opportunité* » des mesures mises en place<sup>88</sup>. Il l'avait pourtant fait, le 22 mars 2020 s'agissant du confinement<sup>89</sup>.

Nous terminons cette analyse avec les mots (qui résument notre point de vue sur les différentes questions abordées) du Professeur Dominique Rousseau : « *J'y vois une tentative ou une tentation de profiter de la crise, qui existe bel et bien - il ne s'agit pas de nier la gravité de la situation- mais c'est précisément lorsqu'on est en temps de crise que le respect des droits fondamentaux est encore plus important. C'est là où il y a un danger pour les libertés fondamentales, et par conséquent, c'est à ce moment-là que le respect des principes fondamentaux de l'état de droit, c'est-à-dire le contrôle par le parlement, le contrôle par le*

---

<sup>78</sup> J.-B. CHEVALIER, « Crise sanitaire du Covid-19 : quel impact sur le fonctionnement des juridictions administratives ? », *Blog de droit administratif*, 26 mars 2020.

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> CE, 22 mars 2020, n°439674.

<sup>82</sup> A. GELBLAT and L. MARGUET, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *Op.cit.*, p.16.

<sup>83</sup> *Idem.*

<sup>84</sup> *Ibid.*, p.17.

<sup>85</sup> *Idem.*

<sup>86</sup> *Idem.*

<sup>87</sup> S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *Op.cit.*

<sup>88</sup> CE, 2 avril 2020, n°439763.

<sup>89</sup> C. SAUNIER, « La position délicate du juge des référés face à la crise sanitaire : entre interventionnisme ambigu et déférence nécessaire », *Blog Jus politicum*, 11 avril 2020.

*juge et le contrôle par la presse doivent être protégés. Qu'on prenne des mesures qui limitent l'exercice des libertés en temps de crise, oui ! Qu'on prenne des mesures qui restreignent la liberté d'aller et venir, celle d'aller manifester, celle d'entreprendre, oui ! À condition, un : que ces mesures soient proportionnées, et deux : qu'elles soient soumises au contrôle du parlement, au contrôle du juge et au contrôle de la presse. La presse a par exemple joué un rôle fondamental en 2015 en pointant les perquisitions, les assignations à résidence, et cela a donné lieu à des procès devant le Conseil d'État, y compris devant le Conseil Constitutionnel »<sup>90</sup>.*

---

<sup>90</sup> D.ROUSSEAU, *Coronavirus : « C'est en temps de crise que le respect des droits fondamentaux est encore plus important »*, *Op.cit.*