



**HAL**  
open science

# Les droits et libertés à l'épreuve de la pandémie de covid : éclipse ou crépuscule ?

Jean Fougerouse

► **To cite this version:**

Jean Fougerouse. Les droits et libertés à l'épreuve de la pandémie de covid : éclipse ou crépuscule ?. Politeia [Les Cahiers de l'Association française des auditeurs de l'Académie internationale de droit constitutionnel], 2021, p. 45-53 (40). hal-03695541

**HAL Id: hal-03695541**

**<https://hal.science/hal-03695541v1>**

Submitted on 3 Jul 2022

**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.

■ **Actualités constitutionnelles**

Carine DAVID, *La consultation du 12 décembre 2021 : "Si y'a pas toi", peut-il y avoir moi ? Chronique d'un référendum d'autodétermination sans le peuple premier*

Henri JOZEFOWICZ, *L'état d'urgence permanent ? Pour une appréciation critique des reconductions répétées et rapides des états d'urgence*

**LES DROITS ET LIBERTÉS À L'ÉPREUVE DE LA COVID**

Propos introductifs, *Les droits et libertés à l'épreuve de la pandémie de Covid-19 : éclipse ou crépuscule ?*, par Jean FOUGEROUSE

**DES DROITS ET LIBERTÉS LIMITÉS ?**

Jean FOUGEROUSE, *Le recours à un droit d'exception par les États pour faire face à la pandémie de Covid : une atteinte de principe aux droits et libertés*

Fabien TESSON, *Les libertés économiques pendant la pandémie, un révélateur des priorités de l'action publique*

Dominique TURPIN, *La pandémie de la Covid-19 et le franchissement des frontières françaises*

Jean-Manuel LARRALDE, *Les établissements pénitentiaires à l'épreuve de la pandémie*

Sébastien CHEVALIER, *La liberté vaccinale à l'épreuve de la pandémie*

**LES GARANTIES DES DROITS ET LIBERTÉS LIMITÉES ?**

Antoine BÉGUIN, *La protection des données personnelles pendant le confinement et le déconfinement*

Élisée Judaïc TIÉHI, *Les droits et les libertés fondamentaux du procès pénal en période de Covid-19*

Olga MAMOUDY, *Le référé liberté, un instrument adapté de défense des droits et libertés pendant la crise sanitaire ?*

Céline FERCOT, *Les droits et libertés à l'épreuve de la Covid en Allemagne et aux États-Unis (mars- novembre 2020)*

Franck LAFFAILLE, *Le fédéralisme (argentin) à l'épreuve de la pandémie. Cour suprême de justice de la nation, décision n° 567/2021*

*La pandémie de la Covid-19 en France et les libertés publiques : tentative de synthèse (provisoire ?)*, par Dominique TURPIN

■ **Dossier constitutionnel**

**RÉANIMER LA DÉMOCRATIE : QUELS REMÈDES ?**

Propos introductifs, *Démocratie(s) !*, par Sandrine CURSOUX-BRUYÈRE et Aude THEVAND

**CORRIGER LES DÉFAUTS DE LA REPRÉSENTATION**

**Redonner une légitimité à l'élu**

Romain RAMBAUD, *Redonner une légitimité à l'élection ?*

Jean-François KERLEO, *Entre continuité et rupture : le jeu d'équilibriste de la déontologie pour réanimer la démocratie représentative*

Emmanuel-Pie GUISELIN, *La démocratie française et la parité : l'âge de la maturité ?*

**Redonner du pouvoir à l'élu**

Bernard POUJADE, *Les maires ont-ils de réels pouvoirs ?*

Olivier COSTA, *Les parlementaires européens ont-ils de réels pouvoirs ?*

Daniel GAXIE, *Les raisons de la défiance politique*

**RAVIVER ET DÉPLOYER LES MOYENS DE LA DÉMOCRATIE DIRECTE**

**Les nouveaux référendums**

Quentin GIRAULT, *Les "référendums d'en bas" et le malaise de la démocratie représentative*

**Les nouvelles formes de la démocratie directe**

Cécile UNTERMAIER, *Démocratie numérique et nouvelles formes de participation citoyenne*

Claire MARZO, *La citoyenneté sociale comme vecteur d'activation de la démocratie au niveau de l'Union européenne ?*

Anne CAMMILLERI, *L'influence des outils numériques sur le fonctionnement de la démocratie*

Florence LERIQUE, *Les conseils citoyens, une démocratie réinventée ?*

Rapport de synthèse, par Marjolaine MONOT-FOULETIER

**Prochain dossier constitutionnel :**

LE DROIT DE L'UNION SOUS LE PRISME DE LA PRÉSIDENTIE FRANÇAISE DU CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE (Printemps 2022)

Courriel : [redaction@revue-politeia.com](mailto:redaction@revue-politeia.com) - Site web : <http://www.revue-politeia.com>

Prix public : 45 euros

ISSN : 1628-6782

Numéro 40  
Automne  
2021

POLITEIA

Les Cahiers de l'AFADDC

# POLITEIA



## RÉANIMER LA DÉMOCRATIE, QUELS REMÈDES ?

Numéro 40

Automne 2021

**Revue semestrielle de Droit constitutionnel comparé**

publiée sous le haut patronage de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel,  
de l'Association Française des Auditeurs de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel  
et avec le concours du Centre de Recherches et de Documentation Européennes et Internationales (CRDEI)  
et de l'Université de Bordeaux

■ Numéros parus

- Numéro 1 (printemps 2001)
- Numéro 2 : Communautés et communautarisme (printemps 2002)
- Numéro 3 : Droit à la vie, droit à la mort, un droit constitutionnel ? (printemps 2003)
- Numéro 4 : L'effectivité de la norme constitutionnelle (automne 2003)
- Numéro 5 : Droit constitutionnel et droit pénal (printemps 2004)
- Numéros 6 et 7 : Souverainisme, nationalisme, régionalisme (I et II) (2004)
- Numéro 8 : Europe et Constitution (automne 2005)
- Numéros 9 et 10 : Liberté d'expression et démocratie (I et II) (2006)
- Numéro 11 : La campagne présidentielle de 2007 : quels débats constitutionnels ? (printemps 2007)
- Numéro 12 : Les formes d'État aujourd'hui (automne 2007)
- Numéro 13 : Constitution et traité de Lisbonne (printemps 2008)
- Numéro 14 : Images croisées de la présidence américaine (automne 2008)
- Numéros 15, 16, 17 : La réforme des institutions françaises (I, II, III) (2009-2010)
- Numéro 18 : Les nouveaux aspects du constitutionnalisme (automne 2010)
- Numéro 19 : Égalité - Parité : une nouvelle approche de la démocratie ? (printemps 2011)
- Numéro 20 : Le droit constitutionnel calédonien (automne 2011)
- Numéro 21 : Le vote à l'écran (printemps 2012)
- Numéro 22 : Droit constitutionnel et droits externes (automne 2012)
- Numéro 23 : La fonction présidentielle sous le quinquennat Sarkozy (printemps 2013)
- Numéro 24 : Les populismes d'hier et d'aujourd'hui (automne 2013)
- Numéro 25 : Souveraineté de l'État et supranationalité normative. Les droits européens (printemps 2014)
- Numéro 26 : Modèles et modélisation en droit constitutionnel. Approches classiques, nouvelles pratiques (automne 2014)
- Numéro 27 : Quelle démocratie européenne ? (printemps 2015)
- Numéro 28 : Violence et action politique (automne 2015)
- Numéro 29 : Laïcité et démocratie (printemps 2016)
- Numéro 30 : Les droits et libertés fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ? (automne 2016)
- Numéro 31 : Les métamorphoses des droits fondamentaux à l'ère du numérique (printemps 2017)
- Numéro 32 : Ordres constitutionnels, international et européen (automne 2017)
- Numéro 33 : L'Union européenne, « in/out » (printemps 2018)
- Numéro 34 : La Constitution économique (automne 2018)
- Numéro 35 : La réforme de la zone euro, entre parlementarisation des choix et automatisation des règles (printemps 2019)
- Numéro 36 : Maturité et utilité de la Constitution de 1958 dans le contexte européen (automne 2019)
- Numéro 37 : La constitutionnalisation de la santé en Italie et en France (printemps 2020)
- Numéro 38 : Les amendements budgétaires en droit comparé (automne 2020)
- Numéro 39 : Le Conseil de l'Europe, 70 ans et après ? (printemps 2021)
- Numéro 40 : Réanimer la démocratie, quels remèdes ? (automne 2021)

■ Numéro à paraître

- Numéro 41 : Le droit de l'Union sous le prisme de la présidence française du Conseil de l'Union européenne (printemps 2022)

■ Chroniques constitutionnelles

- Judith Fabien ATEMGA, *Le Premier ministre en France et en Afrique francophone, garçon de courses du président de la République ?*  
Élysée Kodjo HATOR, *Réflexions sur les soixante ans de la réforme relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct*  
Efoe Mawunyigan KINI, *L'aporie métaphorique "déclin du Parlement" dans les démocraties africaines : les cas du Bénin et du Togo*  
Sylvie SCHMITT, *L'émergence d'une justice climatique en France*  
Roberto LOUVIN, *Espaces et opportunités pour la justice climatique en Italie*  
Carlos BERNAL PULIDO, *Le plébiscite pour la paix en Colombie et le rôle de la Cour constitutionnelle*

■ Chronique bibliographique

Marie-France VERDIER, *À propos de L'islam est-il notre avenir ?*, de Jean-Louis HAROUËL

La Chronique politique de Petri, le Souletin de Etchebar, *Peut-on encore appliquer aujourd'hui, en France, le principe central d'égalité ?*

## *PROPOS INTRODUCTIFS*

# LES DROITS ET LIBERTÉS À L'ÉPREUVE DE LA PANDÉMIE DE COVID-19 : ÉCLIPSE OU CRÉPUSCULE ?

**Par Jean FOUGEROUSE**

*Maître de conférences HDR  
Centre Jean Bodin EA 4337  
Université d'Angers*

**L**es droits et libertés, considérés dans le mouvement constitutionnaliste comme inhérents à l'homme, sont en fait le fruit d'un combat permanent. Le sort qui leur a été réservé pendant la crise sanitaire le montre une fois de plus. La question reste cependant de savoir si ce phénomène est une éclipse ou un crépuscule. Mais la pandémie de Covid est d'abord une tragédie humaine, avec plus de 5 millions de décès dans le monde au moment où l'on écrit ces lignes, tout en étant aussi un fait social total pour reprendre l'expression de Marcel MAUSS. En cela, elle peut être étudiée sous de nombreux angles et notamment au prisme des sciences sociales<sup>1</sup>. Parmi ces dernières, le droit a été particulièrement sollicité pour tenter de faire face à la crise sanitaire, car la pandémie a non seulement nécessité une action positive d'organisation des soins mais a dans le même temps obligé les autorités publiques à adopter des mesures visant à commander les comportements humains pour tenter de juguler la propagation du virus. En effet, face à une maladie largement inconnue, des mesures drastiques et jusque-là quasiment impensables ont pu être décidées même dans des démocraties libérales.

Ce faisant, le droit, largement fondé depuis l'après-Seconde Guerre mondiale sur la nécessaire protection des droits fondamentaux, s'est mué, momentanément, en un instrument de contrainte au profit d'une fin supérieure, la protection de la santé de chacun et de tous. Ce n'est pas un phénomène complètement nouveau car, d'une part, il s'insère dans une tendance analogue issue de la nécessaire adaptation du droit aux exigences de la lutte contre le terrorisme depuis les années 2000. D'autre part, les sociétés humaines ont déjà été confrontées à des crises pandé-

---

<sup>1</sup> M. GAILLE, P. TERRAL, *Pandémie, un fait social total*, CNRS éd., 2021, 232 p.

miques majeures durant lesquelles des mesures telles que le port du masque ou des formes de confinement avaient déjà été mobilisées<sup>2</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la lutte contre la pandémie prend la tournure d'une épreuve pour les droits et libertés. Certes, dans les États connaissant des régimes autoritaires ou contraignant déjà fortement les droits et libertés, cette épreuve a non seulement pu passer inaperçue mais a même permis de vanter la qualité de tels systèmes en termes d'efficacité de protection de la santé des personnes. Mais pour les démocraties libérales, fondées et limitées par la nécessaire protection des droits et libertés, et pour cela appuyées sur des formes de séparation des pouvoirs horizontale (législatif, exécutif, juridictionnel) et verticale (autorités nationales, fédérées ou régionales, locales), l'épreuve à passer est particulièrement périlleuse puisqu'elle tend à renier (partiellement et ponctuellement normalement) ces mêmes fondements au profit de la défense d'intérêts supérieurs conjoncturels (la santé de la population). Quelle que soit l'organisation sociale, ce phénomène peut être observé d'une manière quasi permanente<sup>3</sup> et tient à la nécessaire défense de la pérennité du groupe humain<sup>4</sup>. Il n'en demeure pas moins que l'intensité des atteintes aux libertés, notamment à la liberté d'aller et venir par le biais du grand confinement à partir de mars 2020 et l'étendue des droits et libertés touchés par les restrictions imposées (droits civils et politiques, droits économiques, libertés individuelles et collectives...) ont forgé alors l'idée d'un assombrissement massif de l'horizon démocratique. Heureusement dans le même temps, la solidarité nationale exprimée par des comportements interindividuels comme par des dispositifs mis en place par les autorités (notamment dans le cadre d'un accompagnement économique) a laissé percevoir, au-delà des nuages de la crise, l'aube de l'esérance.

Pour autant, si dans le doute la plupart des pays ont décidé d'une action vigoureuse comportant une forte restriction des droits et libertés, tous n'ont pas suivi ce chemin. Des pays comme la Suède ont en effet décidé de ne pas procéder à de tels sacrifices<sup>5</sup>. Certes, on considère que la mortalité dans ce pays atteste une forme d'échec de la politique suivie, mais on ne peut pas forcément tirer de l'absence de restrictions cette conséquence en termes de mortalité. À l'inverse, des pays qui ont pris de nombreuses mesures de restrictions comme la France ou l'Italie n'ont pas eu des résultats particulièrement satisfaisants en termes de lutte contre la pandémie (tout du moins jusqu'à la vaccination). En effet, de nombreux facteurs expliquent les décès dus à la pandémie (le système de santé, la santé des individus...) et il serait délicat actuellement encore d'annoncer une corrélation précise entre les déci-

---

<sup>2</sup> J.-P. SARDON, « De la longue histoire des épidémies au Covid-19 », *Les analyses de population et Avenir*, avril 2020 ; D. CASTEX, S. KACKI, « Commémorer les épidémies dans un monde changeant : mémorialisation de la peste et autres fléaux infectieux du Moyen Âge à nos jours », *L'espace politique*, n° 41, 2020.

<sup>3</sup> F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001.

<sup>4</sup> C. SCHMITT, *Théorie de la constitution*, Paris, PUF, 1993.

<sup>5</sup> I. CAMERON, A. JONSSON-CORNELL, « Sweden and COVID 19: A Constitutional Perspective », *Verfassungsblog*, 2020, revue en ligne.

sions prises et la performance de lutte contre le virus<sup>6</sup>. D'autant que cette performance, largement étudiée et même chiffrée par de nombreux indicateurs, aussi intéressante soit elle, peut être sujette à caution<sup>7</sup>. Cette question est à son tour mouvante en raison de la labilité de la pandémie elle-même avec ses vagues, ses effets différenciés dans le temps et dans l'espace. De sorte que l'impact des décisions prises pour faire face à la pandémie a pu réussir dans un premier temps (États « zéro Covid » ou pays d'Afrique du nord) et pas dans un second temps. L'ensemble de la question reste aussi voilé dans différents pays qui sont restés opaques sur leurs gestions, les mesures prises, les morts dus au coronavirus... Par ailleurs, un même pays a souvent fait évoluer les décisions prises : pris au départ, il a adopté ensuite des mesures radicales, puis en connaissant mieux la maladie et en accumulant d'autres possibilités (masques...), ces mesures ont pu elles-mêmes être réduites dans leur intensité. On sait d'ailleurs que le choix de certaines décisions (confinement plutôt que port du masque...) est lié davantage à des considérations matérielles (existence ou non de stocks suffisants de masques...) qu'à des considérations juridiques, ce qui tend à amoindrir le lien de nécessité entre les mesures adoptées et les circonstances de crise ou du moins à interpréter cette nécessité de manière complexe.

Quoi qu'il en soit, les restrictions aux droits et libertés apparaissent comme une réalité incontournable qui doit être analysée notamment sous l'angle du droit. Cette altération des fondements de notre système juridique s'insère dans une épreuve plus large touchant les institutions qui assurent le respect de ces droits et libertés : parlements et juridictions ont aussi vu leur fonctionnement remis en cause, des élections ont dû être repoussées<sup>8</sup>. Toutes les catégories de droits et libertés ont été impactées, tant les droits civils et politiques que les droits sociaux (on sait notamment que la crise sanitaire a fortement creusé les inégalités sociales<sup>9</sup>). Et, logiquement, l'adoption des mesures de restrictions a suscité des formes de contestations et de résistance des populations (manifestations aux États-Unis, mouvements contre la vaccination...) incarnant la tension entre ordre sanitaire et défense des libertés. Ces contestations ont aussi souvent pris la forme de recours engagés devant diverses juridictions mais aussi ont pu conduire directement ou indirectement au renversement de gouvernements (en Italie notamment). La mobilisation s'est poursuivie souvent sous la forme de procès intentés aux dirigeants mais davantage parce qu'ils n'auraient pas pris de mesures suffisantes ou plus contraignantes (France, Italie).

C'est face à ce tableau brossé succinctement que François HOURMANT, professeur en science politique, a initié le projet Pandémia au sein du Centre Jean Bodin

---

<sup>6</sup> De nombreuses études tentent d'établir des corrélations diverses avec la « performance » des États face à la pandémie : à titre d'exemples, voir Lowy Institute, *Covid performance index (CPI)*, 2021, <https://interactives.lowyinstitute.org/features/Covid-performance>.

<sup>7</sup> S. CANALI, « COVID-19: dati e qualità », *Rivista di Storia delle Idee*, 2021, p. 12-20.

<sup>8</sup> Notamment en France avec les élections municipales, mais aussi par exemple en Amérique latine (*Covid-19, estado de derecho y procesos electorales in latinoamerica*, Konrad Adenauer Stiftung, 2021).

<sup>9</sup> A. LAMBERT, J. CAYOUILLE-REMBLIÈRE, *L'explosion des inégalités, Classe, genre, générations face à la crise sanitaire*, La Tour d'Aigues, éd. de l'Aube, 2021.

de l'université d'Angers. Dans le cadre de ce projet, l'auteur de ces lignes a organisé avec l'appui du Centre Jean Bodin une journée d'études intitulée « Les droits et libertés à l'épreuve de la pandémie de Covid » qui s'est tenue (à distance en raison de la pandémie) le 19 novembre 2020 à l'Université d'Angers. Ce sont les travaux menés à cette occasion qui font l'objet de la présente publication dans la revue *Politeia*.

Les contributions qui vont suivre s'insèrent dans une démarche pragmatique visant à cerner la confrontation entre droits et libertés et restrictions imposées par la pandémie. Il s'agira de s'interroger en deux temps sur la limitation tant des droits et libertés que des garanties de ceux-ci.

Ainsi, on commencera par se pencher sur les limitations subies par les droits et libertés sous l'angle du recours à l'état d'urgence, puis au travers du sort réservé aux libertés économiques, à la liberté de déplacement, aux droits et libertés dans les établissements pénitentiaires et enfin à la liberté de vaccination.

Face à la pandémie de Covid, le recours à un droit d'exception par les États s'est imposé de manière générale, constituant une atteinte de principe aux droits et libertés. C'est ce que l'auteur de ces lignes a tenté de montrer. Tâche difficile en raison de l'étendue du problème et de son caractère mondial mais exaltante du fait de l'unicité de l'événement. Si le constat s'impose d'un large recours à des droits d'exception prévu par les constitutions, on ne peut écarter l'opposition entre le caractère homogène des dispositifs et l'usage hétérogène qui en a été fait, contredisant parfois les idées reçues, nécessitant une vérification méticuleuse tant sur le plan quantitatif que qualitatif et faisant apparaître des catégories de spécificités qui contrebalancent une illusion de généralisation du recours à l'état d'urgence. Mais le modèle constitutionnel du recours à un droit d'exception est largement complété par l'intervention d'une base législative à un tel droit. Cependant, les différences indéniables entre ces régimes (constitutionnel et législatif) ne doivent pas être surestimées en raison d'une tendance à la convergence de ces modèles. L'enjeu reste bien sûr de déterminer dans quelle mesure l'usage de ces régimes spécifiques peut être contrôlé : dans la logique schmittienne l'idée même d'un contrôle s'évanouit, mais l'évolution de l'État de droit conduit à introduire, dans ce sanctuaire du pouvoir, le principe du contrôle et donc de la limite. Cette crise sanitaire fait ainsi apparaître une tendance forte et globale au développement de cet examen (avec des degrés très variables) tant au niveau du déclenchement de ces droits d'exception que des mesures prises ou encore de la durée de ces situations. Pour autant, l'existence d'un contrôle n'a que rarement conduit à une remise en cause des décisions prises par les autorités politiques.

La crise sanitaire a conduit aussi à une atteinte aux droits et libertés économiques qui, selon Fabien TESSON est un révélateur de l'action publique. Si l'économie a semblé parfois être privilégiée par rapport à la santé, ce n'est pas le cas des libertés économiques. Qu'il s'agisse de la liberté d'entreprendre, de la liberté du commerce et de l'industrie, de la liberté contractuelle ou de la libre concurrence, et alors même que ces libertés sont souvent de niveau constitutionnel, on constate un effacement justifié par la nécessité sanitaire et le soutien économique concomitant. En effet, le Conseil constitutionnel a eu plusieurs occasions de préci-

ser que les libertés économiques pouvaient être limitées au nom de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé. Le Conseil d'État validant nombre de restrictions à ces libertés (fermeture de marchés, restrictions concernant les cafés et restaurants, salles de sport, salles de spectacles, cinémas, théâtres, remontées mécaniques...). Même au niveau européen, la crise a permis d'utiliser la santé comme justificatif à la fermeture des frontières externes et internes à l'Union européenne. De manière complémentaire, les libertés économiques se sont vues rognées aussi par le soutien économique, autre volet de la gestion de la crise sanitaire, qui a ouvert la voie aux aides d'État dérogatoires à la libre concurrence (garanties subventionnées, réglementation des prix des masques...) et a altéré les règles de mise en concurrence en établissant un droit spécial de la commande publique adapté aux circonstances.

L'une des libertés les plus emblématiques ayant été touchée par les mesures de lutte contre la pandémie de Covid a bien sûr été la liberté d'aller et venir. Le confinement a été lui-même le symbole de l'atteinte à cette liberté. Cette liberté de circuler a été touchée aussi de manière spécifique sous l'angle du franchissement des frontières nationales : c'est ce que nous montre le professeur Dominique TURPIN. En effet, il existe un droit de sortie et d'entrée sur le territoire national issu tant du droit international que du droit de l'Union européenne, qui peut cependant être limité pour des raisons de santé publique. Le droit français est moins explicite sur l'existence de ce droit, reconnu cependant de manière instrumentale par le Conseil d'État. Concernant l'accès des étrangers au territoire national, le juge administratif a d'ailleurs rendu plusieurs ordonnances en référé sanctionnant des mesures restreignant de manière disproportionnée cet accès. Le traitement des mesures d'éloignement du territoire a de son côté aussi été impacté par le contexte pandémique.

Les droits et libertés de toutes les personnes ont été affectés, mais les personnes détenues, déjà privées de certains de ces droits, l'ont été spécifiquement comme l'illustre la présentation du professeur Jean-Manuel LARRALDE. En effet, la pandémie a constitué une épreuve pour les établissements pénitentiaires. Cela tient bien sûr aux caractéristiques mêmes de ces lieux qui conduisent à une vulnérabilité particulière d'une population carcérale déjà plus marquée en temps normal. Dans le cadre de la crise sanitaire, le ministère de la Justice a agi dans trois directions : en diminuant le nombre de personnes incarcérées, en réduisant les entrées dans les établissements pénitentiaires et en tentant de limiter la propagation du virus dans ceux-ci. Ainsi, la surpopulation carcérale, qui était déjà bien établie avant cette crise, a été fortement régulée par une diminution de 18 % des personnes incarcérées : du jamais vu depuis des décennies ! Pour en arriver là, de nombreux leviers ont été mobilisés, notamment l'allègement des procédures de permissions de sortie ou de libération conditionnelle ou encore la conversion des peines en détention à domicile. Mais cette baisse sera-t-elle durable ? Ce mouvement s'est accompagné d'une limitation des mouvements au sein des établissements pénitentiaires : en particulier la suspension de la plupart des activités, mais aussi la suspension des visites, qui a cependant fait l'objet d'une contestation devant le juge administratif au nom du droit au maintien des relations familiales. Enfin, un « anneau sanitaire » a été recherché pour protéger les détenus, mais le plus souvent les préconisations de la direction de l'administration pénitentiaire sont apparues décalées par rapport

aux moyens à disposition des établissements pénitentiaires (à l'image de l'utilisation des masques) et si les mesures mises en place ont montré une efficacité limitée et une disparité entre établissements, la jurisprudence dévoile un rôle peu convaincant du juge administratif pour défendre les droits et libertés des détenus car il considère trop souvent que l'administration agit au mieux.

Face à la pandémie de Covid, une lueur d'espoir est apparue exceptionnellement vite : un vaccin ! Mais pour qu'il déploie tous ses effets, encore faut-il qu'un nombre important de personnes soient vaccinées. Dès lors se pose la question d'une obligation vaccinale. C'est sous cet angle que Sébastien CHEVALIER examine le sort de la liberté vaccinale. Celle-ci est évidemment liée au droit à l'intégrité physique. Mais l'enjeu est la généralisation de la vaccination. Une fois de plus la question se pose en termes d'équilibre : quel bilan faire entre les avantages et les inconvénients de la vaccination ? La vaccination doit-elle être obligatoire ou seulement une recommandation ? Il faut revenir au principe de la liberté vaccinale et à son corollaire, la nécessité du consentement, par rapport auquel l'obligation vaccinale forme une exception. Le droit constitutionnel à l'intégrité physique ne peut en effet être aménagé que par l'intervention du législateur. Pour autant, une vaccination obligatoire ne peut être imposée de force mais seulement entraîner une sanction pénale ou administrative ; sachant, des dérogations (contre-indication médicale par exemple) peuvent aménager cette obligation. C'est que l'enjeu d'une telle obligation est autant, sinon davantage, public (immunité collective) qu'individuel (protection personnelle), répondant à une obligation de protection de la population imposée d'ailleurs par les textes internationaux comme la Charte de l'OMS. L'une des options possibles est un mixte entre obligation et recommandation, axé sur une différenciation à l'égard des personnes prioritaires. Mais le passe sanitaire mis en place par le législateur et validé par le Conseil constitutionnel<sup>10</sup>, constitue aussi un point d'équilibre entre recommandation et obligation qui semble être assez efficace.

Dès lors, non seulement les droits et libertés ont été atteints mais aussi les garanties mises en place pour les protéger. On pourra le vérifier sous l'angle de la protection des données, dans le cadre du procès pénal et devant le juge administratif ; l'examen de la situation en Allemagne, aux États-Unis et en Argentine donnera enfin un éclairage pertinent sur ces points.

L'ampleur de la crise sanitaire a naturellement sollicité la mobilisation de mesures de masse, telles que la collecte de données relatives à la santé, soulevant ainsi la question de la protection de ces données. Antoine BÉGUIN nous montre à cet égard comment la France, disposant d'un arsenal juridique protecteur, a respecté les règles existant dans ce domaine même si le risque d'instrumentalisation de la crise au profit d'une surveillance généralisée nécessite une vigilance toujours renouvelée. Il est vrai que la loi de 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est désormais relayée par le fameux règlement européen (RGPD) de 2016, lequel impose un traitement licite loyal et transparent impliquant une détermination

---

<sup>10</sup> Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021, mais le juge se penche davantage sur la liberté d'aller et venir, la liberté de réunion et la liberté d'expression collective que sur la liberté vaccinale.

de l'objectif du traitement ainsi que des restrictives de conservation. Mais le droit à la protection des données, n'étant pas plus absolu que les autres droits, doit être concilié avec le droit à la santé. De sorte que les données de santé peuvent être collectées au nom du motif impérieux d'intérêt public né de la pandémie. Toutefois, l'activation de l'état d'urgence sanitaire n'empêche pas cette collecte d'être soumise au RGPD. À ce titre, les données recueillies doivent être limitées à celles nécessaires et le but de cette collecte précis et identifié. Le juge administratif a ainsi considéré à travers différents cas de figure (usage de caméras thermiques ou de drones par exemple) que les dispositifs mis en place par les autorités étaient légaux sous réserve de respecter ces contraintes. Le juge constitutionnel a aussi validé certains dispositifs notamment sous réserve d'une conservation limitée des données. Finalement, si la France ne s'est pas livrée à une utilisation intrusive (telle que pratiquée dans des pays comme Taïwan), l'accoutumance de la population à une réduction de la protection des données doit être combattue par une vigilance scrupuleuse.

La crise sanitaire a eu des conséquences sur l'ensemble des domaines juridiques impliquant des droits et libertés et notamment le droit pénal. Élisée J. TIEHI nous révèle ainsi l'impact des mesures sanitaires adoptées sur le déroulement du procès pénal. Il s'avère que la loi du 23 mars 2020 établissant l'état d'urgence sanitaire a servi de fondement à l'ordonnance du 25 mars 2020, laquelle a édicté des mesures d'adaptation du procès à la crise sanitaire. Le Gouvernement s'est en effet heurté à la difficulté de veiller à la continuité du service public de la justice en prenant en compte tout à la fois le respect des droits fondamentaux et les exigences de la lutte contre la pandémie. Il n'est donc pas surprenant de constater de nombreuses atteintes à ces droits. C'est le cas en particulier des droits de la personne gardée à vue qui voit l'assistance de son avocat réduite par le jeu de la communication à distance et la réduction du contrôle juridictionnel de la prolongation de la garde à vue. Plus grave encore, le prolongement de plein droit de la garde à vue est si mal rédigé qu'il conduit à des divergences jurisprudentielles finalement corrigées par l'intervention de la Cour de cassation (qui réintroduit le contrôle juridictionnel) et le législateur (qui rétablit le débat contradictoire). Les principes directeurs du procès ont eux aussi été mis à mal : à tel point que le recours à la visioconférence est déclaré inconstitutionnel au nom des droits de la défense. Pour autant restent un recours au juge unique et une restriction à l'accès du public aux audiences qui contribuent au total à considérer que les dispositions de l'ordonnance de 2020 ont « *lourdement affecté le procès pénal* ».

Mais *quid* du juge administratif protecteur des libertés<sup>11</sup> dans ce contexte sanitaire ? La professeure Olga MAMOUDY s'interroge à ce sujet sur le référé-liberté : est-il un instrument adapté de défense des droits et libertés pendant la crise sanitaire ? Sa réponse est plutôt négative. Le grand nombre de requêtes déposées ne doit pas cacher la faible réussite des requérants. C'est que « *le Conseil d'État a protégé les mesures adoptées par le gouvernement pour lutter contre le virus* », en estimant qu'il ne doit pas prendre la place du politique ou de l'expert mais assurer une conciliation entre ordre sanitaire et libertés, soutenu en cela par une partie de la

---

<sup>11</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif, protecteur des libertés », Intervention du vice-président du Conseil d'État du 16 juin 2016, site internet du Conseil d'État.

doctrine. Cette autolimitation du juge administratif s'explique par des éléments structurels et procéduraux. En effet, si le juge administratif a su développer le référé-liberté, il s'est interdit de manière constante d'ordonner des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique qui n'auraient pas un effet immédiat. Le Conseil d'État s'est borné sur ce point à appliquer cette jurisprudence aux mesures concernant l'urgence sanitaire (par exemple, refus de mettre en place un dispositif de libération anticipé des détenus). Mais, cette limite a été peu utilisée pour rejeter des demandes de référé-liberté. Plus déterminant, l'atteinte manifestement grave et illégale exigée pour la mise en œuvre du référé-liberté peut être écartée si l'administration a déjà fait tout ce qui était possible selon une jurisprudence constante. Et le Conseil d'État a beaucoup utilisé cette justification pour rejeter les demandes liées à l'urgence sanitaire (demande de fourniture de masques par exemple). Ces réserves du juge sont en outre complétées par le choix d'une politique jurisprudentielle alignée sur la politique gouvernementale. Le juge administratif a en effet placé une confiance excessive dans la parole gouvernementale qui l'a conduit notamment à prendre des annonces pour des faits (par exemple, des commandes de masques). À ce titre, la Haute juridiction s'interdit de remettre en cause les choix du gouvernement, quand bien même ceux-ci ne sont pas toujours cohérents, rendant sa propre jurisprudence elle-même incohérente (par exemple concernant la protection différenciée de la liberté de religion et de l'accès à la culture). Cette autolimitation du juge usant du référé-liberté pendant l'état d'urgence sanitaire rejoint d'ailleurs celle constatée pendant l'état d'urgence sécuritaire.

Le droit comparé ne peut manquer d'éclairer cette crise planétaire, c'est ce que Céline FERCOT nous montre au travers de l'examen du sort des droits et libertés en Allemagne et aux États-Unis dans la première année de pandémie. Si l'état d'urgence sous des formes différentes a été également déclaré dans les deux pays, il n'en demeure pas moins que le fédéralisme, décliné outre-rhin sous une forme coopérative par opposition à un fédéralisme concurrentiel outre-Atlantique, conduit à des divergences souvent notables de la gestion de la crise. Ce fédéralisme est impacté cependant dans les deux cas notamment sous la forme d'une recentralisation. Celle-ci est très nette en Allemagne car le ministère fédéral de la Santé y joue un rôle prépondérant pour adopter des mesures restrictives de liberté après l'adoption de plusieurs lois sur la protection de la population en 2020. Aux États-Unis, le gouvernement central aurait pu jouer un rôle centralisateur qui aurait été conforme à la jurisprudence de la Cour suprême malgré les compétences des États fédérés, mais la personnalité de TRUMP a conduit à une inaction injustifiée. Dans tous les cas, la crise représente un *stress test* pour le fédéralisme qui a mieux réussi en Allemagne qu'en Amérique. Il n'empêche que l'État de droit a été globalement mis à rude épreuve en raison de l'adoption de vastes restrictions (interdiction d'hébergement, fermeture des écoles, des établissements commerciaux...) à de nombreuses libertés (droit de voyager, liberté personnelle, de manifestation...) qui ont tout de même été examinées et parfois annulées par des juges constitutionnels ou fédérés. Bien que la crise ait déséquilibré les pouvoirs au profit de l'exécutif, le dessaisissement paraît relatif notamment en Allemagne et les contre-pouvoirs avoir globalement fonctionné.

En Argentine, le fédéralisme a lui aussi été sollicité par la crise pandémique et le professeur Franck LAFFAILLE nous montre comment la Cour suprême, par son

arrêt 567 de 2021, a su préserver les compétences infra-étatiques de velléités excessivement centralisatrices du gouvernement fédéral. Ce dernier prétendait pouvoir limiter les activités scolaires présentiels mais la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité du décret gouvernemental au nom d'une interprétation restrictive de la compétence fédérale dans le domaine de l'éducation, de la préservation nécessaire de la compétence d'un sujet fédéré (la ville autonome de Buenos Aires en l'occurrence) et de l'incapacité de la pandémie à justifier toute forme d'atteinte aux droits et libertés (l'état d'urgence proclamé ne peut servir qu'à adopter des mesures raisonnables). Ce faisant la juridiction a prêté le flanc aux critiques sur l'excès de son pouvoir d'interprétation, inhérent au rôle politico-juridique des juges contrôlant la constitutionnalité mais a permis de maintenir une continuité de l'état de droit et a amorti l'impact de la pandémie sur le système juridique argentin.

Pour conclure, sur le dossier le professeur TURPIN propose une synthèse (provisoire) de l'impact de la pandémie sur les droits et libertés en France.

# POLITEIA

Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs  
de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel

## COMITÉ DE RÉDACTION

Marie-France VERDIER (Directrice de la publication) ; François-Viven GUIOT (Directeur de la rédaction) ; Karl LAFAURIE (Rédacteur en chef) ; Véronique LASCAUT (Secrétaire de rédaction)

## NUMÉROS PARUS

- 1 (printemps 2001)
- 2 : Communautés et communautarisme (printemps 2002)
- 3 : Droit à la vie, droit à la mort, un droit constitutionnel ? (printemps 2003)
- 4 : L'effectivité de la norme constitutionnelle (automne 2003)
- 5 : Droit constitutionnel et droit pénal (printemps 2004)
- 6 et 7 : Souverainisme, nationalisme, régionalisme (I et II) (2004)
- 8 : Europe et Constitution (automne 2005)
- 9 et 10 : Liberté d'expression et démocratie (I et II) (2006)
- 11 : La campagne présidentielle de 2007 : quels débats constitutionnels ? (printemps 2007)
- 12 : Les formes d'État aujourd'hui (automne 2007)
- 13 : Constitution et traité de Lisbonne (printemps 2008)
- 14 : Images croisées de la présidence américaine (automne 2008)
- 15, 16, 17 : La réforme des institutions françaises (I, II, III) (2009-2010)
- 18 : Les nouveaux aspects du constitutionnalisme (automne 2010)
- 19 : Égalité - Parité : une nouvelle approche de la démocratie ? (printemps 2011)
- 20 : Le droit constitutionnel calédonien (automne 2011)
- 21 : Le vote à l'écran (printemps 2012)
- 22 : Droit constitutionnel et droits externes (automne 2012)
- 23 : La fonction présidentielle sous le quinquennat SARKOZY (printemps 2013)
- 24 : Les populismes d'hier et d'aujourd'hui (automne 2013)
- 25 : Souveraineté de l'État et supranationalité normative. Les droits européens (printemps 2014)
- 26 : Modèles et modélisation en droit constitutionnel. Approches classiques, nouvelles pratiques (automne 2014)
- 27 : Quelle démocratie européenne ? (printemps 2015)
- 28 : Violence et action politique (automne 2015)
- 29 : Laïcité et démocratie (printemps 2016)
- 30 : Les droits et libertés fondamentaux, horizon indépassable du droit constitutionnel ? (automne 2016)
- 31 : Les métamorphoses des droits fondamentaux à l'ère du numérique (printemps 2017)
- 32 : Ordres constitutionnels, international et européen (automne 2017)
- 33 : L'Union européenne, « in/out » (printemps 2018)
- 34 : La Constitution économique (automne 2018)
- 35 : La réforme de la zone euro, entre parlementarisation des choix et automatisation des règles (printemps 2019)
- 36 : Maturité et utilité de la Constitution de 1958 dans le contexte européen (automne 2019)
- 37 : La constitutionnalisation de la santé en France et en Italie (printemps 2020)
- 38 : Les amendements budgétaires en droit comparé (automne 2020)
- 39 : Le Conseil de l'Europe, 70 ans et après ? (printemps 2021)
- 40 : Réanimer la démocratie, quels remèdes ? (automne 2021)

## NUMÉRO À PARAÎTRE

- 41 : Le droit de l'Union sous le prisme de la présidence française du Conseil de l'Union européenne (printemps 2022)

# POLITEIA

Les Cahiers de l'Association Française des Auditeurs  
de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel



---

Numéro 40

2021

---

Revue semestrielle de Droit constitutionnel comparé  
Publiée sous le haut patronage  
de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel,  
de l'Association Française des Auditeurs  
de l'Académie Internationale de Droit Constitutionnel,  
et avec le concours du Centre de Recherches et de Documentation  
Européennes et Internationales (CRDEI)  
et de l'Université de Bordeaux

Thème du numéro 40 (automne 2021)  
RÉANIMER LA DÉMOCRATIE, QUELS REMÈDES ?

## AU SOMMAIRE DU QUARANTIÈME NUMÉRO

### ACTUALITÉS CONSTITUTIONNELLES

Carine DAVID, « La consultation du 12 décembre 2021 : “Si y’a pas toi”, peut-il y avoir moi ? Chronique d’un référendum d’autodétermination sans le peuple premier »

Henri JOZEFOWICZ, « L’état d’urgence permanent ? Pour une appréciation critique des reconductions répétées et rapides des états d’urgence »

#### Les droits et libertés à l’épreuve de la covid

*Propos introductifs*, « Les droits et libertés à l’épreuve de la pandémie de Covid-19 : éclipse ou crépuscule ? », par Jean FOUGEROUSE

##### ■ Des droits et libertés limités ?

Jean FOUGEROUSE, « Le recours à un droit d’exception par les États pour faire face à la pandémie de Covid : une atteinte de principe aux droits et libertés »

Fabien TESSON, « Les libertés économiques pendant la pandémie, un révélateur des priorités de l’action publique »

Dominique TURPIN, « La pandémie de la Covid-19 et le franchissement des frontières françaises »

Jean-Manuel LARRALDE, « Les établissements pénitentiaires à l’épreuve de la pandémie »

Sébastien CHEVALIER, « La liberté vaccinale à l’épreuve de la pandémie »

##### ■ Les garanties des droits et libertés limitées ?

Antoine BÉGUIN, « La protection des données personnelles pendant le confinement et le déconfinement »

Élisée Judicaël TIEHI, « Les droits et les libertés fondamentaux du procès pénal en période de Covid-19 »

Olga MAMOUDY, « Le référé liberté, un instrument adapté de défense des droits et libertés pendant la crise sanitaire ? »

Céline FERCOT, « Les droits et libertés à l’épreuve de la Covid en Allemagne et aux États-Unis (mars-novembre 2020) »

Franck LAFFAILLE, « Le fédéralisme (argentin) à l’épreuve de la pandémie. Cour suprême de justice de la nation, décision n° 567/2021 »

« La pandémie de la Covid-19 en France et les libertés publiques : tentative de synthèse (provisoire ?) », par Dominique TURPIN

### DOSSIER CONSTITUTIONNEL

#### Réanimer la démocratie : quels remèdes ?

*Propos introductifs*, « Démocratie(s) ! », par Sandrine CURSOUX-BRUYÈRE et Aude THEVAND

##### ■ Corriger les défauts de la représentation

###### ◆ Redonner une légitimité à l’ élu

Romain RAMBAUD, « Redonner une légitimité à l’élection ? »

Jean-François KERLÉO, « Entre continuité et rupture : le jeu d’équilibriste de la déontologie pour réanimer la démocratie représentative »

Emmanuel-Pie GUISELIN « La démocratie française et la parité : l’âge de la maturité ? »

###### ◆ Redonner du pouvoir à l’ élu

Bernard POUJADE, « Les maires ont-ils de réels pouvoirs ? »

Olivier COSTA, « Les parlementaires européens ont-ils de réels pouvoirs ? »

Daniel GAXIE, « Les raisons de la défiance politique »

##### ■ Raviver et déployer les moyens de la démocratie directe

###### ◆ Les nouveaux référendums

Quentin GIRAULT, « Les “référendums d’en bas” et le malaise de la démocratie représentative »

###### ◆ Les nouvelles formes de la démocratie directe

Cécile UNTERMAIER, « Démocratie numérique et nouvelles formes de participation citoyenne »

Claire MARZO, « La citoyenneté sociale comme vecteur d’activation de la démocratie au niveau de l’Union européenne ? »

Anne CAMMILLERI, « L’influence des outils numériques sur le fonctionnement de la démocratie »

Florence LERIQUE, « Les conseils citoyens, une démocratie réinventée ? »

*Rapport de synthèse*, par Marjolaine MONOT-FOULETIER

### CHRONIQUES CONSTITUTIONNELLES

Judith Fabien ATEMGGA, « Le Premier ministre en France et en Afrique francophone, garçon de courses du président de la République ? »

Élysée Kodjo HATOR, « Réflexions sur les soixante ans de la réforme relative à l’élection du président de la République au suffrage universel direct »

Efoe Mawunyigan KINI, « L’aporie métaphorique “déclin du parlement” dans les démocraties africaines : les cas du Bénin et du Togo »

Sylvie SCHMITT, « L’émergence d’une justice climatique en France »

Roberto LOUVIN, « Espaces et opportunités pour la justice climatique en Italie »

Carlos BERNAL PULIDO, « Le plébiscite pour la paix en Colombie et le rôle de la Cour constitutionnelle »

### CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Marie-France VERDIER, « À propos de *L’islam est-il notre avenir ?*, de Jean-Louis HAROUEL »

*La Chronique politique de Petri, le Souletin de Etchebar*, « Peut-on encore appliquer aujourd’hui en France, le principe central d’égalité ? »