



HAL
open science

Les contre-pouvoirs en France et au Japon durant l'épidémie de COVID-19

Arnaud Grivaud

► **To cite this version:**

Arnaud Grivaud. Les contre-pouvoirs en France et au Japon durant l'épidémie de COVID-19. Mélanges français en l'honneur du professeur Nobuhiro Okada, Société de Législation Comparée, pp.17-36, 2023. hal-04149589

HAL Id: hal-04149589

<https://hal.science/hal-04149589v1>

Submitted on 25 Sep 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0
International License

LES CONTRE-POUVOIRS EN FRANCE ET AU JAPON DURANT L'ÉPIDÉMIE DE COVID-19

Arnaud GRIVAUD*

La pandémie mondiale de COVID-19 a été l'occasion d'observer de grandes différences dans l'organisation des pouvoirs et des réponses politiques selon les États, en dépit de similarités évidentes. Au-delà de la dichotomie rapidement opérée par les observateurs entre les régimes dits « illibéraux » et les démocraties libérales, les diverses gestions de la crise de la COVID-19 ont également mis en évidence l'existence de nombreuses disparités au sein même des pays attachés à la notion d'État de droit.

Dans les travaux de sciences politique et juridique, l'étude des contre-pouvoirs a constitué un moyen de catégoriser les systèmes politiques. Selon la force ou la faiblesse des contre-pouvoirs, un système politique est qualifié de plus ou moins libéral ou dictatorial. En outre, selon les modalités de fonctionnement précises de ces contre-pouvoirs, un système politique est qualifié de parlementaire, présidentiel ou hybride. La diversité des systèmes politiques découle ainsi, entre autres choses, de la variété des configurations de répartition des pouvoirs entre différents organes et acteurs.

Mais si l'étude des mécanismes de contre-pouvoirs en situations « normales » présente un intérêt heuristique évident, les situations d'exceptions (guerre, insurrection armée, épidémie, *etc.*) peuvent aussi, en plaçant l'État de droit sous tension, mettre en exergue certaines dynamiques moins perceptibles en temps normal. Ces crises permettent en effet d'observer la façon dont les différentes démocraties libérales tâchent de concilier cet impératif de préservation de l'État de droit, avec la nécessité de répondre efficacement auxdites crises en dérogeant à certaines règles juridiques habituelles.

* Maître de conférences, Université Paris Cité – UFR LCAO, CRCAO (UMR 8155).

Ce chapitre se concentrera sur l'étude de l'organisation des pouvoirs et contre-pouvoirs durant la crise de la COVID-19 en France et au Japon. Après s'être penché sur les dispositifs juridiques activés durant cette crise et sur le renforcement des exécutifs qui en a résulté, nous analyserons les mécanismes de contre-pouvoir à l'œuvre dans cette séquence politique particulière. En plus des contre-pouvoirs constitutionnellement consacrés (pouvoirs législatifs et judiciaires), d'autres acteurs ayant joué un rôle non négligeable dans l'élaboration des politiques publiques durant cette crise – tels que les experts scientifiques et les collectivités locales – seront intégrés dans l'analyse.

I. LES ÉTATS D'URGENCE ET LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS EXÉCUTIFS

1. *Le traitement différencié des régimes juridiques d'urgence*

L'évolution et la multiplication des régimes juridiques d'urgence

L'histoire foisonne d'événements ayant amené des communautés politiques à se déclarer en « état d'exception », modifiant le fonctionnement « normal » des institutions afin d'assurer leur survie. À l'image des écrits de Carl Schmitt, de nombreux travaux en sciences politique et juridique¹ se sont ainsi penchés sur la dictature des républiques romaines, la suspension de l'*habeas corpus* et la loi martiale au Royaume-Uni et aux États-Unis, ou encore l'état de siège en France et en Allemagne, *etc.* Bernard Manin a montré que ces régimes d'exceptions, bien qu'ayant diverses modalités de déclaration, effets et durées, présentaient tous des caractéristiques communes qu'il regroupait sous le concept de « paradigme de l'exception »². Ainsi, il relevait trois grands points communs entre ces états d'exception : « (1) [l']autorisation de s'écarter de normes supérieures, telles que celles souvent contenues dans la Constitution ; (2) [la] soumission à des conditions spéciales visant à assurer que les circonstances exigent [cet écart] ; (3) [la] limitation temporelle de [cet écart] ». Même s'il est vrai que les états d'exception ont tendance à restreindre la collégialité dans le processus décisionnel, à renforcer les pouvoirs des exécutifs et à réduire les libertés et droits fondamentaux, cela ne signifie pas pour autant que les contre-pouvoirs sont inopérants, mais plutôt qu'ils sont régis par des règles momentanément différentes.

Certains États prévoient explicitement ces règles spéciales dans leurs constitutions, tandis que d'autres le font via des lois. En outre, on constate

¹ Pour une histoire des états d'exception, voir BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, *États de droit et états d'exception. Une conception de l'État*, PUF, 2013, 304 p.

² MANIN Bernard, « Le paradigme de l'exception. L'État face au nouveau terrorisme » [en ligne], *La vie des idées*, décembre 2015. <https://laviedesidees.fr/Le-paradigme-de-l-exception.html>.

dans l'histoire une extension progressive des situations d'exception : du domaine militaire (guerre, insurrection armée) à celui des catastrophes (naturelles ou industrielles), au domaine sécuritaire (lutte contre le terrorisme, etc.), puis au domaine sanitaire (lutte contre les épidémies). Tandis qu'il s'agissait originellement d'assurer la continuité de la communauté politique dont la survie semblait engagée, on perçoit une tendance à faire appel à des dispositifs exceptionnels pour la mise en œuvre de simples politiques publiques plus ou moins urgentes. Certains considèrent même qu'au cours de ces dernières années, la déclaration de l'« état d'urgence » doit s'expliquer davantage par sa fonction performative, symbolique et mobilisatrice de ressources – indiquant aux citoyens que les autorités sont en action –, que par la réelle nécessité d'avoir recours à des pouvoirs exorbitants pour résoudre un problème politique donné³.

L'absence de régime juridique d'état d'urgence dans la Constitution japonaise

Bien qu'il n'existe à l'heure actuelle aucune disposition prévoyant un état d'urgence ou d'exception dans la Constitution japonaise de 1946, il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, dans la Constitution de Meiji, il était prévu que dans les cas où la Diète impériale n'était pas en session, l'empereur disposait d'un pouvoir réglementaire d'exception pour préserver la sécurité publique et lutter contre les calamités (art. 8), ou en cas d'urgence financière (art. 70). Les ordonnances émises devaient alors être soumises à approbation lors de la session parlementaire suivante. L'article 14 octroyait également la possibilité à l'empereur de déclarer l'état de siège selon les conditions prévues par la loi. Bien que cette dernière ne fut jamais adoptée, l'état de siège fut déclaré à trois reprises en 1905, 1923 et 1936, transférant une partie ou la totalité des pouvoirs exécutifs locaux et judiciaires aux autorités militaires. L'article 31, quant à lui, disposait que les droits et libertés fondamentales des sujets ne pouvaient « faire obstacle à l'exercice du pouvoir suprême de l'empereur, en cas de guerre ou de péril national ». Bien que cet article ne fut jamais activé, les droits et libertés fondamentales furent grandement réduits notamment via l'ordonnance de préservation de la paix publique de 1923, dont le contenu fut repris dans la fameuse loi de préservation de la paix publique de 1925, elle-même révisée en 1928 par une ordonnance urgente.

Ainsi, c'est en grande partie à cause de cette histoire qui avait montré les risques de ces dispositifs pour la démocratie et l'État de droit, qu'aucune

³ GELBLAT Antonin et MARGUET Laurie, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avril 2020. DOI : 10.4000/revdh.9066. Pour une réflexion similaire trente ans auparavant, voir LIPSKY Michael et SMITH Steven Rathgeb, « When social problems are treated as emergencies », *Social Service Review*, vol. 63, n°1, 1989, p. 5-25.

disposition ne fut introduite dans la Constitution de 1946. C'est ce que répondait les 1^{er}, 2 et 15 juillet 1946, le ministre en charge de la révision constitutionnelle, Kanamori Tokujirō, face aux inquiétudes de certains parlementaires de voir ces dispositions absentes du projet de Constitution rédigé par le GHQ⁴, celui-ci ajoutant que la possibilité pour la Diète de légiférer en urgence permettrait de surmonter les situations de crises⁵. Il est d'ailleurs possible pour le Cabinet de convoquer en urgence la Chambre des conseillers (art. 54 al. 2 et 3) pour prendre des dispositifs provisoires, devant être soumis ultérieurement à l'approbation de la Chambre des représentants une fois réunie après les élections suivant sa dissolution. De fait, de l'après-guerre à aujourd'hui, c'est bien via des normes légales et réglementaires que le Japon a organisé ses réponses aux différentes crises pouvant frapper ou ayant frappé le pays. On peut citer par exemple la loi pour les mesures spéciales relatives à la prévention des tremblements de terre de 1995, celle pour les mesures spéciales relatives aux accidents nucléaires de 1999 ou encore les lois sur les circonstances exceptionnelles, telles que celle relative à la garantie de la paix, de l'indépendance et de la sécurité du pays et de ses citoyens en cas d'attaque armée et de situation de péril national de 2003. De même, c'est l'article 32 de la loi sur les dispositions spéciales de lutte contre les nouvelles infections grippales de 2012 (ci-dessous « loi relative sur les dispositions spéciales »), révisée le 13 mars 2020, qui permit au gouvernement de déclarer l'état d'urgence le 7 avril 2020 lors de l'épidémie de COVID-19.

Cette crise fit resurgir le débat sur la nécessité ou non pour le Japon d'introduire dans sa Constitution des dispositions relatives aux situations d'urgence⁶. Nous ne pourrions ici nous étendre sur les arguments avancés de part et d'autre, mais ils furent globalement les mêmes que ceux évoqués à maintes reprises par la doctrine et le monde politique⁷. Comme le Premier

⁴ Le projet de Constitution initialement formé par le gouvernement japonais contenait de telles dispositions, mais le GHQ avait refusé de les retenir.

⁵ SEIZELET Eric, « Les libertés publiques à l'épreuve de la Covid-19 : le cas du Japon », *Revue du droit public*, n°1, 2022, p. 271-305 ; 第90回帝国議会衆議院憲法改正案委員会 第3号 1946年7月2日。

⁶ 大石真「危機でも改憲論議を停滞させるな」Voice (511) (2020年7月) 94-101頁。 <https://thinktank.php.co.jp/voice/6404/>。導入すべきとの立場は、井上達夫「危機管理能力なき無法国家：コロナ危機で露呈する日本の病巣」法律時報 92 (9) (2020年8月) 62-69頁。導入が不要との立場は、飯島慈明「コロナ感染症対策をめぐる憲法問題」名古屋学院大学論集 社会科学篇第57巻第2号 (2020年10月) 1-22頁。

⁷ NISHI Osamu met par exemple en avant le fait que depuis 1990, les 104 constitutions qui avaient vu le jour présentent toute ces dispositions relatives aux états d'urgence. 西修「日本国憲法を考える」比較法制研究 (国士館大学) 第42号 (2019年) 88頁。参議院憲法調査会「日本国憲法に関する調査報告書」(2005年4月) 99-102頁。 <https://www.sangiin.go.jp/japanese/kenpou/houkokusyo/pdf/honhoukoku.pdf>。(第183回国国会

ministre Abe lors d'une conférence de presse du 25 mai 2020, certains avancèrent l'idée selon laquelle l'absence de telles dispositions dans la Constitution empêchait le gouvernement d'introduire des sanctions en cas de non-respect des directives, réduisant ainsi l'efficacité des mesures que les autorités pouvaient mettre en place⁸. D'autres, en revanche, rejetèrent complètement cette idée⁹. De fait, les révisions de la loi sur les dispositions spéciales et de la loi sur la prévention des épidémies et le soin des malades introduisirent en février 2021 la possibilité d'attribuer des amendes administratives sans inscription au casier judiciaire aux commerçants qui refuseraient de se plier aux ordres de fermeture ou de réduction des horaires d'établissement, ainsi qu'aux personnes refusant d'être testé ou d'être hospitalisé (voir II-1). En tous les cas, ce sujet est toujours d'actualité et a fait l'objet de discussions durant trois séances de la commission d'étude de la Constitution à la Chambre des représentants fin mars et début avril 2022¹⁰.

L'introduction d'un nouvel « état d'urgence sanitaire » préféré aux régimes légaux et constitutionnels préexistants en France

Contrairement au Japon, la France possède plusieurs dispositions constitutionnelles relatives aux situations d'exception¹¹. Cela ne l'a néanmoins pas empêché d'y préférer parfois la création d'autres dispositifs législatifs *ad hoc*¹² afin de traiter les situations d'urgence de façon différenciée. Ainsi, alors qu'une disposition constitutionnelle relative à l'état de siège avait été introduite en décembre 1954 dans l'article 7 de la Constitution de 1946, le Président de la République promulgua une loi relative à l'état d'urgence le 3 avril 1955 suite à une vague d'attentats en Algérie. La volonté du gouvernement français était alors de ne pas donner le qualificatif de guerre à ce qu'il considérait n'être que des troubles intérieurs, afin de ne pas légitimer les prétentions indépendantistes du Front de libération national

会衆議院憲法審査会議事録第10号(2013年5月23日)
https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua/025018320130523010.htm。
 自由民主党「日本国憲法改正草案」(2012年4月27日)。自由民主党憲法改正推進本部
 「憲法改正に関する議論の状況について」(2018年3月26日)。

⁸ 山口二郎「日本官僚制とコロナ危機：日本モデルと無責任体制をめぐって」年報公共政策学16巻(2022年3月)65頁。

⁹ 秋山肇「COVID-19対策と日本国憲法が保障する人権：新型インフルエンザ等対策特別措置法に着目して」F1000 Research(2021年)；飯島慈明、前掲書、12。

¹⁰ 第208回国会衆議院憲法調査会、第6号～第8号、2022年3月24日～4月7日。
https://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/0250_1.htm#208。

¹¹ L'ancien Président de la section du contentieux du Conseil d'État disait même de la V^e République qu'elle se caractérisait par « l'institutionnalisation » de l'urgence exceptionnelle. ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Dalloz, t. 1, rééd. 2007, p. 303.

¹² Sur les états d'urgence avant la pandémie de COVID-19, voir les numéros 112 (2018) et 113 (2019) « L'état d'urgence en permanence » de la revue *Culture & Conflicts*.
<https://journals.openedition.org/conflicts/20480> ; <https://journals.openedition.org/conflicts/20692>.

(FLN) algérien en les traitant comme des forces étrangères. De même, alors que l'article 16 de la Constitution de 1958 prévoyait la possibilité d'attribuer des pouvoirs exceptionnels au Président de la République en cas de « menace grave et immédiate pesant sur l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux », et que l'état d'urgence de la loi de 1955 avait perduré deux ans de 2015 à 2017 suite aux attentats terroristes, le Président de la République décida de promulguer une nouvelle loi le 23 mars 2020 pour déclarer un état d'urgence sanitaire. De nombreux juristes ont estimé que le gouvernement aurait pu réviser la loi de 1955 ainsi que le Code de la santé publique (CSP) pour les adapter aux situations d'urgence sanitaire¹³, plutôt que de procéder à la création d'un nouveau régime se superposant aux autres¹⁴. Cette loi du 23 mars 2020 dispose que l'état d'urgence sanitaire est déclaré par décret en conseil des ministres (présenté par le Premier ministre et signé par le président de la République)¹⁵, sur le rapport du ministre de la Santé, en précisant que les données scientifiques sur la situation sanitaire ayant motivé la décision sont rendues publiques. Bien que cela puisse sembler anodin, ces données ont pu être mobilisées dans les débats parlementaires ou par les juges pour exercer leur contrôle, le démarquant malgré tout des autres régimes juridiques d'urgence.

2. Le renforcement des exécutifs dans la lutte contre la COVID-19

Un renforcement important des exécutifs en France

En France, l'état d'urgence sanitaire a sensiblement accru le pouvoir de création normative du gouvernement principalement de deux façons. 1) Tout d'abord, l'article L.3131-15 CSP, créé par l'article 2 de la loi du 23 mars 2020, a étendu le pouvoir réglementaire du Premier ministre dans plusieurs domaines (restriction de la liberté de circuler, confinement, fermeture de certains établissements, etc.), sous condition qu'il s'agisse de garantir la santé publique. À noter que ces décrets devaient être pris sur le rapport du ministre de la Santé. 2) Les articles 3 et 11 de la loi du 23 mars 2020 ont également défini plusieurs domaines pouvant faire l'objet d'ordonnances (articles 38 de la Constitution), auxquelles le gouvernement a massivement recouru durant l'état d'urgence sanitaire. Cette tendance à légiférer sur délégation législative

¹³ GELBLAT Antonin et MARGUET Laurie, « État d'urgence sanitaire... », *op. cit.*

¹⁴ CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, « Qu'est-ce que l'état d'urgence sanitaire ? D'un état d'urgence à l'autre, ou l'intégration des régimes d'exception dans les États de droit contemporains », *Revue française d'administration publique*, n°176, avril 2020, p. 875-888. <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2020-4-page-875.htm>.

¹⁵ Son article 4 déclarait néanmoins, à titre dérogatoire, l'état d'urgence sanitaire pour deux mois, sans passer par un décret.

avait été déjà importante durant le précédent état d'urgence entre 2015 et 2017 (213 en trois ans), mais elle s'est nettement renforcée entre 2020 et 2021 (216 en deux ans). Sur 125 ordonnances publiées en 2020, 99 étaient relatives à la lutte contre la COVID-19 et ses conséquences. En 2021, sur 91 ordonnances, 10 concernaient la gestion de la crise¹⁶. Si l'on peut admettre que l'urgence puisse justifier le recours à cette pratique, de nombreuses voix – parmi lesquelles celle du président du Sénat, Gérard Larcher¹⁷ – ont critiqué le fait que le gouvernement ait continué de solliciter des habilitations du Parlement alors que l'urgence initiale était passée.

En outre, la loi du 23 mars 2020 a permis au Premier ministre et au ministre de la Santé d'habiliter le représentant de l'État territorialement compétent (préfets) à prendre toutes les mesures d'application nécessaires (art. L.3131-17 CSP). L'on a pu ainsi voir l'adoption de très nombreux arrêtés préfectoraux (plus de 1200 du début mars au 25 avril 2020), dont certains ont restreint les droits et libertés plus fortement encore que les mesures nationales (notamment dans les territoires d'Outre-mer). Il est néanmoins aussi arrivé que ces arrêtés aient eu pour but de protéger les populations les plus fragiles, palliant ainsi les insuffisances au niveau national¹⁸. Plusieurs de ces arrêtés préfectoraux ont fait l'objet d'un contrôle devant le juge administratif. Par ailleurs, dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir de police, les maires ont également eu à prendre de nombreux arrêtés municipaux, imposant parfois des couvre-feux, des restrictions d'activités, le port du masque, la fermeture des écoles, *etc.* Toutefois, la marge de manœuvre des maires fut assez strictement encadrée par le législateur et par le juge administratif¹⁹. Quoi qu'il en soit, on constate que l'état d'urgence sanitaire s'est accompagné d'un renforcement des exécutifs locaux au détriment des assemblées délibérantes suite à l'adoption de l'ordonnance n° 2020-391 relative aux collectivités

¹⁶ SECRETARIAT GENERAL DU GOUVERNEMENT, « Indicateurs de suivi de l'activité normative », 2022, p. 7. https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme/indicateurs_2022.pdf.

¹⁷ Il avait déclaré le 1^{er} octobre 2020 au Sénat que : « le recours aux ordonnances est devenu massif. [...] C'est un recours abusif, qui est loin d'être toujours justifié par l'urgence ». COMMISSION DES LOIS DU SENAT, « Rapport n°109 sur le Projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire », 2020. <http://www.senat.fr/rap/120-109/120-1094.html>.

¹⁸ BOULESTREAU Mileva *et al.*, « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avril 2020. DOI : 10.4000/revdh.9189.

¹⁹ DONIER Virginie, « Qui fait la police (administrative) sous l'état d'urgence sanitaire ? », *Revue française d'administration publique*, n°176, avril 2020. DOI : 10.3917/rfap.176.0047. Pour un résumé d'arrêtés municipaux ayant fait l'objet d'une recours devant le juge, voir : <https://www.banquedesterritoires.fr/covid-19-les-arretes-municipaux-lepreuve-du-juge>.

territoriales²⁰. Ainsi, la lutte contre la COVID-19 en France s'est faite de façon plutôt centralisée²¹, avec des dispositifs préfectoraux localement plus contraignants, sans que l'articulation avec les pouvoirs des maires et représentants des collectivités territoriales ne soient toujours bien claire²².

Les réticences de l'État japonais à contraindre et la délégation aux collectivités locales de la lutte contre la COVID-19

Au Japon, l'état d'urgence sanitaire ne s'est pas particulièrement accompagné d'un renforcement du pouvoir de création normative du gouvernement. La loi sur les dispositions spéciales révisée le 13 mars 2020 attribue néanmoins à l'État la responsabilité de protéger la vie et la sécurité des citoyens face aux infections grippales et lui impose de mettre en œuvre des mesures de façon adéquate et rapide, ainsi que des infrastructures nécessaires dans tout le pays (art. 3 al. 1). Aussi, elle charge le gouvernement d'établir un plan d'action comportant notamment les directives fondamentales des mesures de lutte contre les infections (art. 6). Elle dispose également que le Premier ministre, en tant que chef du siège pour la lutte contre les infections, se charge, entre autre, de la coordination globale des différents acteurs responsables de l'exécution des mesures préconisées (art. 20 al. 2). Cela étant, la loi sur les dispositions spéciales confère dans la lutte contre les infections un rôle central aux collectivités locales (et notamment à leurs exécutifs) qui, tout comme l'État, doivent établir des plans d'action (art. 7, 8 et 9). Mais c'est surtout aux gouverneurs que revint la tâche de prendre les mesures concrètes « sur le terrain »²³. En effet, en période d'état d'urgence²⁴, c'est eux qui furent chargés de demander le cas échéant aux citoyens de s'abstenir de sortir de chez eux ou encore aux commerçants de réduire leurs horaires d'ouverture, voire de fermer leur établissement (art. 45). Bien que ces mesures aient pu

²⁰ Ces assemblées ont néanmoins conservé leur rôle de contrôle sur les actes de l'exécutif : <https://www.lagazettedescommunes.com/674239/covid-19-une-ordonnance-renforce-le-pouvoir-des-executifs-locaux/>.

²¹ Le processus décisionnel hyper centralisé dans le Conseil de défense – dont les membres sont soumis au secret-défense – fut d'ailleurs maintes fois critiqué. Voir par exemple, MORIN Chloé, « Le conseil de défense traduit une conception monarchique du pouvoir » [en ligne], *Figaro Vox*, 28 octobre 2020. <https://www.lefigaro.fr/vox/politique/le-conseil-de-defense-traduit-une-conception-monarchique-du-pouvoir-20201028>.

²² CONSEIL D'ÉTAT, *Étude annuelle 2021. Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes*, La documentation Française, « Les études du Conseil d'État », p. 162-164. Les sénateurs ont mis en place dès le 14 avril 2020 une cellule de soutien aux maires pour les informer notamment sur leurs prérogatives en période d'état d'urgence sanitaire : http://www.senat.fr/consult/assistance_aux_maires_sur_la_situation_durgence_sanitaire.html.

²³ Voir par exemple 地方自治研究機構「新型コロナウイルス感染症に関する条例」「オンライン」 http://www.rilg.or.jp/htdocs/img/reiki/022_covid_19.htm.

²⁴ Puis à partir de la révision de février 2021, également en période de mise en place de dispositifs importants de lutte contre la propagation (まん延防止等重点措置) (art. 31-6).

paraître peu contraignantes en comparaison de celles prises à l'étranger, le contexte social japonais les a rendues extrêmement effectives et l'on aurait tort de considérer qu'elles étaient bien plus libérales²⁵.

Plusieurs frictions entre certains gouverneurs et le gouvernement central sont néanmoins apparues autour des mesures de lutte contre la COVID-19²⁶. Tout d'abord, à l'instar de la France, de nombreux juristes et praticiens ont noté que la répartition concrète des rôles entre le gouvernement central et les collectivités locales n'était pas bien définie²⁷. Le flou qui entourait le degré d'autonomie des collectivités locales en la matière en a amené beaucoup à être dans l'expectative, préférant attendre les directives nationales plutôt que de prendre des initiatives dont elles auraient dû supporter la responsabilité (*blame avoidance*)²⁸. Or, de son côté, le gouvernement central fit lui aussi preuve d'une grande réticence à prendre certaines mesures d'urgence. Cela conduisit plusieurs gouverneurs à être proactifs, à l'image du gouverneur du Hokkaidō Suzuki Naomichi, qui déclara à plusieurs reprises un état d'urgence sans fondement légal (le 28 février, puis le 12 avril 2020). De même, ce sont les collectivités locales qui devancèrent le gouvernement central en fixant en mai 2020 des indices chiffrés (taux d'incidence, taux de résultats positifs des tests PCR, nombre de cas graves, *etc.*) pour planifier la sortie de l'état d'urgence et ajuster leurs préconisations²⁹, alors que le gouvernement n'adopta les six indices et quatre niveaux de gravité élaborés par le comité d'experts du gouvernement que le 7 août 2020³⁰.

Au premier abord, l'on pourrait s'étonner de voir les décideurs s'autolimiter ainsi en adoptant volontairement des indices chiffrés qui encadrent leurs actions et réduisent leur marge de manœuvre. On peut cependant déceler derrière cela leur volonté de renforcer la légitimité

²⁵ Certains considèrent même que la faiblesse de leur caractère contraignant ont conduit à une certaine tyrannie sociale. 井上達夫「危機管理能力なき無法国家：コロナ危機で露呈する日本の病巣」法律時報 92 巻 9 号（2020 年 8 月）64 頁。

²⁶ 竹中治堅『コロナ危機の政治：安倍政権 vs. 知事』中央公論新社、2020 年。

²⁷ En état d'urgence, la loi sur les dispositions spéciales et celle sur la prévention des épidémies et le soin des malades catégorisent les mesures de lutte contre les épidémies de tâches déléguées légalement (法定受託事務) et non de tâches autonomes (自治事務)。榎本尚行「『緊急事態宣言』をめぐる経緯と課題：特措法に基づく新型コロナウイルス感染症対策を中心に一」立法と調査 (427) (2020 年 9 月) 14-31 頁；大林啓吾「総論—コロナの憲法問題」in 大林啓吾 (編)『コロナの憲法学』弘文堂、2021 年、8-11 頁。

²⁸ 金井利之『コロナ対策禍の国と自治体：災害行政の迷走と閉塞』筑摩書房、2021 年。

²⁹ Le 5 mai 2020 pour Ōsaka, le 7 mai 2020 pour Ibaraki, le 15 mai 2020 pour Tōkyō, *etc.* <https://www3.nhk.or.jp/news/special/coronavirus/emergency/> ; <https://www.nikkei.com/article/DGXZQODG115Z7011122020000000/> ; https://www.bousai.metro.tokyo.lg.jp/_res/projects/default_project/_page/_001/007/894/202005159999.pdf.

³⁰ 内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室長「今後の感染状況の変化に対応した対策の実施に関する指標及び目安について（事務連絡）」（2020 年 8 月 7 日）。

scientifique de leurs décisions en les adossant non seulement aux avis d'experts³¹, mais à des éléments quantifiables et prédéterminés. Outre la lisibilité et la prévisibilité des décisions qu'elle apporte au public, cela lui confère un caractère automatique, d'apparence neutre et décorrélée de leurs choix, atténuant de ce fait leur responsabilité³². Bien que nous ne puissions nous étendre davantage sur ce sujet, il est indéniable que le rôle joué durant cette séquence par les experts scientifiques dans le processus décisionnel fut très important. Ils purent même faire figure de véritable contre-pouvoir³³, prenant à l'occasion les « devants ». C'est ainsi notamment le comité d'experts scientifiques du gouvernement qui poussa vivement ce dernier à déclarer l'état d'urgence et à préconiser plusieurs mesures de réductions des comportements à risque. C'est lui qui le poussa à retirer la métropole du dispositif *GoTo Travel* (auquel Koike Yuriko était également opposée). C'est également lui qui avança l'idée d'une organisation des Jeux Olympiques sans spectateurs³⁴. Ainsi, pour les collectivités locales comme pour les experts scientifiques, les rapports avec le gouvernement oscillèrent de façon dynamique, au gré des rapports de force entre les acteurs et de la perception qu'ils avaient de la situation sanitaire et de leurs rôles respectifs.

³¹ Rappelons qu'il s'agit d'une obligation légale pour le Premier ministre (内閣総理大臣・政府対策本部長) et les gouverneurs de département (都道府県知事・de recueillir l'avis de spécialistes (新型インフルエンザ等対策推進会議・学識経験者) pour fixer les orientations générales des contre-mesures (art. 18 al. 4 de la loi sur les dispositions spéciales), établir leurs plans d'actions (art. 6 al. 5 et art. 7 al. 3) et demander la coopération des citoyens pour stopper la propagation du virus (art. 31-6. al. 4 et art. 45 al. 4).

³² Le 20 janvier 2021, le Premier ministre Suga Yoshihide répondit ainsi à la Diète qu'il n'y avait pas de débat à avoir sur la date de sortie du deuxième état d'urgence puisqu'il fallait d'abord « sortir du niveau 4 ». 「延長を議論するのではなく、ステージ4を早急に脱却できるよう都道府県とも緊密に連携する」。 <https://web.archive.org/web/20210302205615/https://www.nikkei.com/article/DGXZQODE203XN0Q1A120C2000000/>

³³ GRIVAUD Arnaud, « Le rôle des experts dans les politiques de lutte contre la COVID-19 au Japon », in De Waele Jean-Michel, *et. al.*, *Comparing the role of experts during the Covid-19 pandemic*, Stockholm University Press, à paraître, 2023.

³⁴ コロナ専門家有志「2020年東京オリンピック・パラリンピック競技大会開催に伴う新型コロナウイルス感染拡大リスクに関する提言」(2021年6月18日). <https://s3-us-west-2.amazonaws.com/jnpc-prd-public-oregon/files/2021/06/7140593d-5538-4b53-8359-a016c21cd37d.pdf>.

II. LES CONTRE-POUVOIRS DURANT LA PANDÉMIE DE COVID-19

1. *Le pouvoir législatif comme contre-pouvoir*

Un faible contrôle du Parlement sur le gouvernement en France

Durant la crise de la COVID-19, le Parlement a appliqué un contrôle sur le cadre juridique exceptionnel dans lequel l'action gouvernementale s'est déroulée (état d'urgence sanitaire, lois d'habilitation à légiférer par ordonnance, *etc.*), ainsi que sur les mesures elles-mêmes (confinement, pass vaccinal, aides économiques, *etc.*). Tout d'abord, bien que le Parlement ait accepté la création d'un nouveau régime d'état d'urgence spécifique aux situations sanitaires, le Sénat apporta un amendement au projet de loi pour le rendre provisoire en prévoyant sa disparition dans l'ordre juridique au 1^{er} avril 2021 (*sunset clause*). La pérennisation en France de certaines mesures d'urgence jusqu'alors temporaires (loi SILT de 2017) put néanmoins laisser sceptique quant à cette caducité programmée. De fait, cette date fut décalée au 31 décembre 2021 par la loi du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, puis une seconde fois au 31 juillet 2022 par la loi du 10 novembre 2021 portant diverses mesures de vigilance sanitaire. En outre, alors que l'état d'urgence sanitaire est déclenché par décret pour une durée initiale d'un mois, le gouvernement a demandé au Parlement des durées de prorogation de l'état d'urgence sanitaire et du régime transitoire de sortie de l'état d'urgence toujours plus longues dans ses différents projets de loi de prorogation (deux mois de mai à juillet 2020, cinq mois d'octobre 2020 à février 2021, cinq mois de février 2021 au 1^{er} juin 2021). Le Sénat a plusieurs fois souhaité réduire ces durées, mais les négociations en commission mixte paritaire ne débouchèrent jamais sur de telles réductions. Toutefois, à quelques rares occasions, les deux chambres purent s'accorder sur certains points, comme pour la réduction de la durée d'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnances en la ramenant du 1^{er} avril 2021 au 16 février 2021, et pour la réduction du délai pendant lequel il doit déposer un projet de loi de ratification de trois à un mois ³⁵.

Outre les limites temporelles visant notamment à augmenter la fréquence des contrôles parlementaires sur l'action du gouvernement, le Parlement a également pu restreindre son champ d'action. Le Sénat avait ainsi réduit de 40 à 10 (juin 2020), puis de 70 à 30 (octobre 2020) les domaines d'habilitation du gouvernement à légiférer par ordonnances par rapport aux projets de loi initiaux. Il a également cherché début 2021, sans que ses amendements ne soient retenus dans le texte final, à réduire la possibilité du gouvernement

³⁵ SENAT, « Les ordonnances prises sur le fondement de l'article 38 de la Constitution », juin 2022, p. 25. http://www.senat.fr/role/ordonnances/etude_ordonnances2022.pdf.

d'avoir recours au confinement et couvre-feu sans repasser devant le Parlement. Il est d'ailleurs inquiétant de voir que le gouvernement, qui eut abondamment recours aux procédures législatives accélérées, ait cherché à réduire encore plus le rôle du Parlement à celui d'une chambre d'enregistrement durant cette période. Enfin, les deux chambres du Parlement ont pu rendre plusieurs rapports sur les mesures gouvernementales durant cette période d'épidémie de COVID-19³⁶. La conférence des présidents de l'Assemblée nationale mit en place une mission d'information qui rendit deux rapports. Le 2 juin, elle fut dotée des prérogatives d'une commission d'enquête, lui permettant d'auditionner des décideurs comme l'ancienne ministre de la Santé Agnès Buzyn. Une autre commission d'enquête pour mesurer les effets de la crise sur les enfants et la jeunesse, mise en place en septembre 2020, rendit également un rapport trois mois plus tard. De son côté, le Sénat instaura une mission de contrôle sur les mesures liées à l'épidémie de COVID-19 le 24 mars 2020. En juillet 2020, il établit une commission d'enquête, procédant également à des auditions de membres du gouvernement, comme l'ancien ministre de la Santé Olivier Véran. L'impact de ces rapports et auditions sur les décisions gouvernementales fut cependant très réduit, traduisant là encore les limites de l'évaluation des politiques publiques dans le processus décisionnel.

Cette crise fut néanmoins l'occasion pour le Sénat de mettre en avant l'intérêt du bicamérisme en se montrant – sans grande surprise – bien plus proactif que l'Assemblée nationale dans son rôle de contrôle de l'action gouvernementale. Mais la supériorité de cette dernière et la propension des députés de la majorité à accéder à tous les *desiderata* de l'exécutif restreignent grandement la portée de ce contrôle. C'est d'ailleurs là le problème du contrôle parlementaire : son effectivité dépend beaucoup des équilibres partisans, des rapports de force au sein du parti majoritaire et de la perception que les représentants ont de l'urgence et de l'État de droit. Il n'est d'ailleurs pas certains que sans la défaite relative de la majorité aux élections législatives de juin 2022, la loi du 30 juillet 2022 eût bien mis fin et non seulement repoussé à nouveau la date de caducité des régimes juridique de l'état d'urgence sanitaire et de gestion de la crise sanitaire (sortie de l'état d'urgence).

Une quasi-absence de contrôle de la Diète sur le gouvernement au Japon

Comme expliqué précédemment, la possibilité pour le gouvernement de déclencher l'état d'urgence pour une situation sanitaire avait été introduite en 2012 dans la loi relative aux dispositions spéciales. Considérant néanmoins

³⁶ VOXPUBLIC, « 15 mois d'état d'urgence sanitaire : quel bilan pour l'État de droit en France », septembre 2021, p. 22-25. https://www.voxpublic.org/IMG/pdf/rapport_etat_d_urgence_sanitaire.pdf.

que la loi contenait de nombreuses dispositions restreignant les droits et libertés individuels, le gouvernement estima qu'une révision de la loi était nécessaire pour ajouter, sans ambiguïté et pour une durée initialement limitée à deux ans, le coronavirus à la liste des épidémies concernées par la loi, plutôt que d'élargir par une interprétation lâche son champ d'application³⁷. Le projet de révision fut déposé à la Diète le 10 mars 2020 et adopté en urgence trois jours plus tard par presque tous les groupes parlementaires. En réalité, des voies s'étaient déjà levées à la Diète fin janvier 2020 pour appeler à cette révision³⁸. Conformément à l'article 32, le gouvernement avait pour obligation d'informer la Diète lors du déclenchement, du prolongement et de la levée de l'état d'urgence ainsi que lors de la modification des zones concernées. Une résolution supplémentaire fut cependant adjointe lors des votes dans les deux chambres afin qu'il s'agisse bien en principe d'une information préalable et non *a posteriori*³⁹. Même si cela ne conférait pas à la Diète un droit de veto en la matière, plusieurs observateurs critiquèrent toutefois le fait que, suite à la révision de la loi en février 2021, cette même obligation d'information ne soit pas introduite pour le régime intermédiaire dit de « mise en œuvre de dispositifs importants de lutte contre la propagation » (art. 31-4). Cela était d'autant plus problématique que tout comme pour l'état d'urgence, ce nouveau régime juridique permettait d'appliquer des sanctions – certes moins lourdes – dans les cas où des commerçants refuseraient de réduire leurs horaires d'ouverture et que des patients refuseraient d'être hospitalisés ou soumis à un test. À ce sujet, le ministère de la Santé et du travail avait même suggéré qu'il s'agisse d'amendes judiciaires, voire de peines privatives de liberté pour les refus d'hospitalisation. Cela avait cependant suscité de vives critiques et suite à des discussions avec l'opposition, les peines furent réduites et limitées à des amendes administratives⁴⁰.

En dehors de ces concessions, on ne saurait dire que la Diète a constitué un contre-pouvoir notable durant cette crise sanitaire⁴¹. À l'instar des collectivités locales, l'opposition parlementaire s'est en fait principalement élevée contre le manque de réaction du gouvernement face à la crise et contre

³⁷ 大曾根暢彦「新型インフルエンザ等対策特別措置法の課題：特措法の概要と国会論議」立法と調査 427 巻（2020 年 9 月）8 頁.

³⁸ 同書 7 頁.

³⁹ 同書 10 頁.

⁴⁰ 例えば、日本弁護士連合会「感染症法・特措法の改正法案に反対する会長声明」オンライン（2021 年 1 月 22 日）

https://www.nichibenren.or.jp/document/statement/year/2021/210122_2.html. 東京新聞「入院拒否、逃亡で懲役刑規定を削除へ 政府・与党、新型コロナ関連法改正案の方針」Tokyo Web（2021 年 1 月 27 日）<https://www.tokyo-np.co.jp/article/82227>.

⁴¹ 山口二郎、前掲書、76 頁.

la faible envergure des mesures prises (aides financières, soutien au système de santé, *etc.*). Mais comme en temps normal depuis le retour du PLD au pouvoir en 2012, cette opposition divisée ne parvint guère à faire adopter ses propositions de loi, ses amendements aux projets de loi du gouvernement, ni même à capitaliser électoralement durant cette séquence contrairement à ce que l'on a pu observer dans d'autres pays. Par ailleurs, l'on put voir le gouvernement refuser de convoquer la Diète en session extraordinaire durant l'été 2020, en dépit d'une deuxième vague de contaminations et de l'article 53 de la Constitution obligeant pourtant le Cabinet à convoquer la Diète lorsqu'un quart ou plus des parlementaires d'une des deux chambres l'exigent. Outre le caractère inquiétant de cette entorse à la Constitution – qui n'était pas une première sous le gouvernement Abe⁴² –, l'on peut s'étonner de voir la majorité arguer d'un côté que l'introduction d'une disposition constitutionnelle relative à l'état d'urgence est nécessaire notamment dans les cas où la Diète ne pourrait légiférer en urgence⁴³, et de l'autre ne pas la convoquer en session extraordinaire alors même que la Constitution l'impose. Tout cela étant dit, on peut supposer, au Japon comme en France, que les débats parlementaires ont participé à conférer une certaine visibilité aux diverses situations et opinions présentes dans la société, même s'il s'agissait là peut-être de considérations principalement électorales. On peut ainsi faire l'hypothèse que cette fonction d'arène parlementaire a joué indirectement comme contre-pouvoir, en amenant le gouvernement à prendre davantage en compte l'opinion publique, *a fortiori* avec l'approche d'élections présidentielles et législatives.

2. Le pouvoir judiciaire comme contre-pouvoir

Une activité juridictionnelle intense en France

Durant la crise de la COVID-19, le Conseil constitutionnel a été amené à contrôler, *a priori* et *a posteriori*, la conformité à la Constitution des textes législatifs. Assez logiquement, c'est tout d'abord sur la loi organique d'urgence du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de COVID-19 qu'il a été amené à se prononcer, suite à sa saisine par le Premier ministre⁴⁴. En dépit du fait que le Parlement avait voté la loi organique avant que ne s'écoule après son dépôt le délai de 15 jours prévu par l'article 46 de la Constitution, le Conseil considéra que les règles de procédure n'avaient pas été violées,

⁴² Le gouvernement avait déjà contourné l'article 53 C en refusant de convoquer la Diète en session extraordinaire entre la fin de la 189^{ème} session ordinaire en septembre 2015 et le début de la 190^{ème} session ordinaire en janvier 2016.

⁴³ Notamment dans les cas où le quorum (定足数) fixé à l'article 56 al. 1 de la Constitution ne serait pas atteint d'un tiers ne serait pas atteint. 飯島慈明、前掲書、9-12頁。

⁴⁴ Les lois organiques sont soumises obligatoirement au Conseil constitutionnel (art. 61C).

« compte tenu des circonstances particulières de l'espèce ». Il décida également, de sa propre initiative, de suspendre jusqu'au 30 juin 2020 le délai dans lequel le Conseil devait se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), ordinairement fixé à trois mois⁴⁵. Saisi par les députés de l'opposition, le Conseil valida dans l'essentiel la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence – avec néanmoins quelques réserves. Dans cette décision, il admit d'ailleurs explicitement la conformité à la Constitution du nouveau régime d'état d'urgence sanitaire, considérant que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. »⁴⁶ Ces deux décisions amenèrent des juristes à y voir l'émergence d'un « droit constitutionnel jurisprudentiel d'exception », assouplissant certains principes au gré des circonstances exceptionnelles⁴⁷. Mais avec la fin du délai de suspension de transmission des QPC, et alors que l'urgence initiale semblait s'installer dans la durée, le Conseil rendit davantage de décisions censurant totalement ou partiellement certaines dispositions législatives. Sans pouvoir détailler l'ensemble de ces décisions, le Conseil censura par exemple le dispositif de prolongement automatique des durées de détentions provisoires sans passage devant le juge, introduit par le gouvernement lors du premier confinement⁴⁸. Il élargit également le champ de son contrôle en y intégrant les ordonnances non ratifiées après expiration du délai d'habilitation, considérant qu'elles devaient être regardées comme des dispositions législatives (et non réglementaires)⁴⁹. Le juge constitutionnel semble ainsi avoir validé la plupart des dispositifs du gouvernement, faisant prévaloir le caractère exceptionnel de la situation et la nécessité d'assurer la protection de la santé des citoyens, tout en censurant certaines dispositions qui réduisaient abusivement leurs libertés et en élargissant son champ de compétence.

Conséquence logique de l'accroissement du nombre de décisions réglementaires prises au niveaux national et local, la juridiction administrative a été très fortement sollicitée pendant cette période de crise sanitaire. Entre le 17 mars 2020 et le 17 mars 2021, 930 recours⁵⁰ liés à la pandémie ont été

⁴⁵ Cons. Const. n°2020-799 DC du 26 mars 2020.

⁴⁶ Cons. Const. n°2020-800 DC du 11 mai 2020.

⁴⁷ MAGNON Xavier, « Les principes d'un droit constitutionnel jurisprudentiel d'exception », *AJDA*, n°23, juin 2020, p. 1257.

⁴⁸ Cons. Const n°2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021.

⁴⁹ Cons. Const n°2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020. Ce revirement de jurisprudence étonna, d'autant que depuis la révision constitutionnelle de 2008, l'article 38 al.2 C exige une ratification expresse des ordonnances. Voir RAMDANI Louis-Sami, « Les ordonnances à l'épreuve de la QPC : haro sur le Conseil constitutionnel ! » [en ligne], *Actu-juridique*, octobre 2020. <https://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/les-ordonnances-a-lepreuve-de-la-qpc-haro-sur-le-conseil-constitutionnel/>.

⁵⁰ Donc 283 recours identiques, traités comme un seul. CONSEIL D'ÉTAT, « Un an de recours en justice liés à la covid-19. Retour en chiffres sur l'activité du Conseil d'État, juge de l'urgence et des

jugés en urgence, notamment via la procédure du référé-liberté dans laquelle le juge administratif se prononce dans les 48 h sur une décision administrative qui porterait une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale (l'appel se fait devant le Conseil d'État). Selon les cas, le Conseil d'État a tantôt ordonné ou suspendu des actes administratifs et tantôt rejeté les requêtes des requérants. Dans ces derniers cas, il est aussi arrivé que le gouvernement modifie néanmoins ses décisions à la lumière des débats entre les parties⁵¹. Cette activité intense de la juridiction administrative a amené l'ancien président de la section du contentieux du Conseil d'État Bernard Stirn à déclarer que le « référé [avait] été une arme de combat contre le virus » et qu'il avait été « un marqueur important de l'État de droit pendant la crise sanitaire ». Outre les délais extrêmement courts dont il disposait pour statuer sur les affaires présentées devant lui, le Conseil d'État a été confronté à deux grandes défis. Premièrement, il a dû traiter des requêtes contradictoires, demandant tantôt un durcissement, tantôt un assouplissement des mesures sanitaires. Ensuite, le juge administratif a dû effectuer un contrôle de proportionnalité en tenant compte d'un contexte qui était géographiquement hétérogène (différences entre les départements, villes, *etc.*) et évolutif dans le temps, avec une construction progressive des connaissances scientifiques⁵². Ainsi, alors même que le port du masque fut rendu obligatoire ultérieurement sur tout le territoire national, le Conseil d'État confirma la suspension de l'arrêté municipal qui rendait le port du masque obligatoire dans la commune de Sceaux⁵³, estimant que l'intervention du maire devait s'appuyer sur des « raisons impérieuses liées à des circonstances locales » la rendant « indispensable », et sous réserve de ne pas porter atteinte « à la cohérence et à l'efficacité » des mesures nationales.

Dans le cas de requêtes visant à assouplir les mesures sanitaires, le Conseil d'État a exercé son contrôle de proportionnalité, en prenant toutefois compte des circonstances exceptionnelles. Mais lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur une éventuelle carence des autorités, plusieurs difficultés

libertés » [en ligne], avril 2021 : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/covid-19-retour-en-chiffres-sur-un-an-de-recours-devant-le-conseil-d-etat-juge-de-l-urgence-et-des-libertes> ; CONSEIL D'ÉTAT, « À l'écoute des citoyens, au service de l'État de droit. Bilan annuel 2020 du Conseil d'État » [en ligne], juin 2021 : <https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2021/06-juin/bilan-activite-2020-03092021.pdf>. Plusieurs décisions sont résumées sur le site du Conseil d'État : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19> ; pour une analyse de plusieurs décisions voir : <https://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/a-propos-de-letat-d-urgence-sanitaire-textes-et-contextes/>.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Le Conseil d'État a par exemple mentionné le nombre de contaminations, le taux d'incidence, d'hospitalisation ou la couverture vaccinale à un moment donné pour se prononcer sur certaines requêtes. Voir CE, 26 juillet 2021, ord. réf. n°454754 & n°454792-454818, sur l'extension du pass sanitaire par décret du Premier ministre en contexte de dégradation de la situation sanitaire.

⁵³ CE, 17 avr. 2020, ord. réf. n° 440057, Commune de Sceaux.

apparentent. Sans entrer dans le détail, la première décision rendue le 22 mars 2020 (un dimanche), concernait un recours du syndicat Jeunes Médecins, qui demandait un confinement total de la population⁵⁴. En l'espèce, le Conseil d'État n'a pas retenu l'existence d'une carence manifeste et fautive de l'État tout en soulignant qu'une telle carence pourrait à l'avenir être caractérisée si les « dispositions [étaient] inexactement interprétées et leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné ». Selon la juriste Jeanne de Gliniasty, il eût été plus cohérent de solliciter la procédure du « référé mesures utiles »⁵⁵, mais elle souligne que ce cas pose la question de l'« injusticiabilité » ou de l'« irréductibilité juridique des politiques publiques »⁵⁶. Elle considère ainsi illusoire de penser que le Conseil d'État puisse remplacer le Parlement dans son rôle d'évaluation des politiques publiques et déclarer celles-ci insuffisantes, alors même que sa section consultative les a souvent validées au cours du processus législatif⁵⁷. Ainsi, même s'il a pu essuyer des critiques⁵⁸, le Conseil d'État a joué un rôle très important de contrôle des mesures collectives et individuelles prises par les représentants de l'État et des collectivités territoriales.

Enfin, la crise de la COVID-19 a également vu émerger la question de la responsabilité pénale des décideurs. Albert Venn Dicey considérait à cet égard que la possibilité d'être jugé après la fin du régime d'exception permettaient de dissuader les décideurs publics de procéder à des abus injustifiés pendant la durée du régime d'exception⁵⁹. En l'occurrence, cette responsabilité pénale ne fut pas seulement mise en cause après la fin des états d'urgence mais aussi pendant les états d'urgence. Or, l'on a pu justement voir en mai 2020 les sénateurs adopter un amendement – finalement rejeté par l'Assemblée nationale – pour limiter la responsabilité pénale des maires afin qu'ils ne s'abstiennent pas de prendre certaines mesures nécessaires pour lutter contre

⁵⁴ CE, 22 mars 2020, ord. réf. n° 439674, Syndicat Jeunes Médecins. GLINIASTY Jeanne (de), « La gestion de la pandémie par la puissance publique devant le Conseil d'État à l'aune de l'ordonnance de référé du 22 mars », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, avril 2020. DOI: 10.4000/revdh.9447.

⁵⁵ Appelé également référé conservatoire, il permet de demander au juge d'ordonner une mesure utile à la sauvegarde de ses droits. Le juge n'est cependant pas tenu de se prononcer dans les 48h comme pour le référé-liberté.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ À noter qu'en 2020, le Conseil d'État a rendu 202 avis, dont 112 en moins de 5 jours (il n'a par exemple disposé que de 24h pour se prononcer sur la loi du 23 mars 2020). CONSEIL D'ÉTAT, « À l'écoute des citoyens... », *op. cit.*, p. 23.

⁵⁸ Voir par exemple Vermeulen Nicolas, « L'office du juge administratif face à l'extraordinaire. Regards critiques sur le communiqué de presse "Un an de recours en justice lié à la covid-19" » [en ligne], *Dalloz actualité*, octobre 2021. <https://www.dalloz-actualite.fr/node/1-office-du-juge-administratif-face-l-extraordinaire>.

⁵⁹ DICEY Albert Venn, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1915], Liberty Classics, 8^e éd., 1982, p. 140-143, cité dans MANIN Bernard, « Le paradigme de l'exception... », *op. cit.*, p. 8-9.

l'épidémie de COVID-19. De plus, lors du premier confinement, ce sont moins les abus injustifiés qui furent mis en cause, que l'inaction des décideurs, menaçant la santé des citoyens selon les plaignants. Ainsi, des citoyens, syndicats, associations ou collectifs de médecins adressèrent à la Cour de justice de la République des dizaines de milliers de plaintes contre des membres du gouvernement, mais seules neuf d'entre elles furent finalement jugées recevables⁶⁰. Elles visaient notamment les anciens Premiers ministres Édouard Philippe et Jean Castex, les anciens ministres de la Santé Agnès Buzyn et Olivier Véran, ainsi que l'ancienne porte-parole de l'Élysée Sibeth Ndiaye. Plusieurs d'entre eux firent d'ailleurs l'objet de perquisitions le 15 octobre 2020 et le 10 septembre 2021, Agnès Buzyn fut même mise en examen. Néanmoins, cette mise en cause de la responsabilité pénale des décideurs reste – heureusement – limitée à des cas extrêmes, et l'on ne saurait y voir un mécanisme efficace de contre-pouvoir et de contrôle de l'action gouvernementale⁶¹.

Une moindre sollicitation des tribunaux au Japon

Au Japon, ce contrôle juridictionnel a été bien moins actif. Au-delà des explications culturalistes relatives au rapport distant que les Japonais entretiendraient avec la Justice, cette moindre sollicitation des tribunaux s'explique avant tout par le type de mesures prises par les autorités. Nous rejoignons ici complètement l'analyse faite par Ōbayashi Keigo qui montre que dans les pays qui, à l'instar du Japon, ont adopté des mesures modérées et non-contraindantes, il est compliqué d'avoir recours aux tribunaux pour se prémunir contre les préjudices subis *de facto*⁶². En effet, les demandes d'auto-confinement ou de réduction des horaires d'ouverture des commerces provenant des autorités ne sont que des directives administratives dépourvues de force juridique contraignante⁶³. Néanmoins, comme expliqué plus haut, indirectement, via la pression sociale, ces mesures ont pu être tout aussi contraignantes, débouchant parfois sur des comportements discriminatoires. En dépit de cela, la grande difficulté à prouver l'existence de tout lien de causalité entre les préconisations des autorités et les restrictions de liberté

⁶⁰ Le 24 janvier 2022, ce sont 19 685 plaintes, essentiellement liées au pass sanitaire et à la vaccination, qui furent classées sans suite.

⁶¹ 三上佳佑「共和国法院の創設とフランスにおける 閣僚責任制の転換」早稲田法学会第 67 卷 1 号(2016)447-501 頁.

⁶² Le professeur Ōbayashi classe en trois catégories les mesures adoptées par les différents États durant l'épidémie de Covid-19 : les mesures contraignantes (*kyōseigata* 強制型), les mesures modérées (*onkengata* 穩健型) et les mesures laxistes (*hōningata* 放任型). 大林啓吾, 前掲書, 4-10 頁.

⁶³ 板垣正彦「新型コロナウイルス雑感：自肅要請、休業と補償、都市封鎖」横浜法学第 29 卷第 1 号(2020 年 9 月)187 頁.

effectives et discriminations subies de la part d'acteurs privés, rendaient la sollicitation de tribunaux très compliquée. Quelques décisions furent rendues pour punir des personnes ayant pu avoir des propos diffamatoires (via les réseaux sociaux ou en postant des affiches par exemple) – notamment à l'encontre de commerces⁶⁴ –, mais cela reste faible au vu des phénomènes de « milice de l'auto-confinement » ou de discriminations subies par exemple par les infirmières. On peut toutefois évoquer la décision du tribunal de district de Tōkyō du 16 mai 2022, dans laquelle il a jugé illégal l'arrêté de la métropole de Tōkyō qui ordonnait la fermeture après 19 h et 20 h des restaurants de l'entreprise *Global Dining*, alors que l'état d'urgence était sur le point de s'achever, sans toutefois accéder à sa demande de dédommagement du préjudice. L'autre action ayant attiré l'attention médiatique est celle d'un collectif de commerces proposant des services sexuels, qui avaient été exclus du dispositif gouvernemental d'aide à la pérennisation de l'activité en période de COVID-19. Le 30 juin 2022, le tribunal de district de Tōkyō déclara constitutionnelle cette exclusion, considérant comme le gouvernement que la grande majorité des citoyens estimait que leurs activités allaient contre la morale. Là encore, il est étonnant de voir les juges s'appuyer davantage sur les conventions sociales – celles-là mêmes qui ont parfois été à l'origine de discriminations pendant cette crise de la COVID-19 – plutôt que sur une interprétation stricte de la Constitution. On ne peut ainsi dire que les tribunaux japonais ont joué un important rôle de contre-pouvoir, ce qui n'est pas sans questionner sur ce qu'il en serait si un régime d'exception venait à être intégré dans la Constitution à l'avenir.

CONCLUSION

La crise de la COVID-19 a, dans l'ensemble, donné davantage de visibilité à des problèmes déjà bien identifiés en temps normal en France et au Japon concernant les contre-pouvoirs et la fragilité de nos états de droit. La faiblesse du contrôle parlementaire ainsi que les tentatives des gouvernements de précipiter le processus législatif alors que l'urgence avait disparu posent question. Par ailleurs, la concentration du pouvoir dans les mains des exécutifs en l'absence de définition claire des rôles et responsabilités de chaque acteur a mené à de multiples confusions aux conséquences parfois graves sur les populations, sans que le pouvoir judiciaire ne puisse y remédier. Ainsi, qu'il s'agisse de dispositions légales ou constitutionnelles, il est crucial que les régimes juridiques d'états d'urgence soient pensés et élaborés en amont des crises et non dans l'urgence

⁶⁴ SEIZELET Eric, « Les libertés publiques... », *op. cit.*

de celles-ci. De même, il est important de réfléchir aux politiques publiques à mettre en œuvre pour prévenir ces crises et tâcher d'éviter que la déclaration de l'état d'urgence ne devienne inévitable. L'on peut craindre en effet de voir ces régimes d'état d'urgence s'inscrire dans la durée et devenir des modes de gouvernement à part entière. En France, le régime de l'état d'urgence sanitaire – qui aura été activé pendant 386 jours – prit certes fin le 1^{er} août 2022, mais il n'est pas certain que les leçons de cette crise aient été suffisamment tirées pour éviter que de telles situations ne se reproduisent. Par ailleurs, au Japon, l'état d'urgence ainsi que la mise en œuvre des dispositifs importants de lutte contre la propagation peuvent être déclarés à tout moment par le Premier ministre, et il est même désormais possible d'imposer des amendes aux personnes contaminées refusant d'être testées ou hospitalisées en temps normal. Au vu des multiples crises (énergétique, climatique, *etc.*) qui risquent de soumettre nos sociétés à d'importantes tensions dans un avenir proche, il apparaît urgent de mener une réflexion profonde sur le fonctionnement de nos institutions en état d'urgence.