



HAL
open science

Covid, état d'urgence et libertés publiques.

Clément Schouler, Laurent Mucchielli

► **To cite this version:**

Clément Schouler, Laurent Mucchielli. Covid, état d'urgence et libertés publiques.. *Futuribles*, 2022, 449 (4), pp.73-85. halshs-03739635

HAL Id: halshs-03739635

<https://shs.hal.science/halshs-03739635v1>

Submitted on 28 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.

Covid, état d'urgence et libertés publiques

Les libertés qui fondent la démocratie

sont-elles solubles dans la lutte contre une épidémie ?

Clément SCHOULER ¹ & Laurent MUCCHIELLI ²

Futuribles, 2022, 4 (n° 449), p. 73-85

Depuis mars 2020, sous couvert de l'état d'urgence, c'est tout l'édifice institutionnel de garantie des libertés qui a été remis en cause par la politique sanitaire du gouvernement. Cette dernière a consisté fondamentalement en deux politiques publiques : le confinement général puis la vaccination de masse. Les contre-pouvoirs parlementaires et judiciaires ont été gravement défailants.

Au XXI^{ème} siècle, la France a vécu sous le régime de l'état d'urgence à trois reprises. De novembre 2005 à janvier 2006 en réaction à une vague d'émeutes, de novembre 2015 à novembre 2017 à la suite d'une vague d'attentats et, depuis 2020, pour faire face à une épidémie virale. Ce dernier état d'urgence, sanitaire et non plus sécuritaire, est cependant très différent de ses prédécesseurs. En 2005, l'état d'urgence n'a duré que quelques semaines et les couvre-feux étaient limités à quelques zones urbaines. De 2015 à 2017, l'état d'urgence « antiterroriste », prolongé à six reprises, a autorisé des perquisitions et des assignations à résidence sans intervention du juge, mais n'a jamais concerné la population générale. Avec l'état d'urgence sanitaire, institué par la loi du 23 mars 2020 puis renouvelé à de nombreuses reprises sous différentes dénominations, c'est la totalité de la population qui a été assignée à résidence et privée de la liberté d'aller et venir, de la liberté de réunion, de culte, de manifestation, de droit d'entretenir librement des relations, et des secteurs entiers de l'activité économique et sociale qui ont été mis à l'arrêt. Du point de vue juridique, cette suspension des libertés s'est en outre caractérisée par une production normative débridée menaçant la sécurité juridique et l'intelligibilité des normes, ainsi que par un recul du contrôle juridictionnel.

Une production normative aussi débridée qu'incompréhensible

Le décret du 29 octobre 2020 prescrivant les « mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire » a connu 38 modifications jusqu'au 2 avril 2021, soit une tous les quatre jours en moyenne. De même, la lecture de l'article 1^{er} du décret

¹ Magistrat, membre du Syndicat de la Magistrature.

² Sociologue, directeur de recherche au CNRS (UMR 7064, CNRS, Aix-Marseille Université et Sciences-Po Aix).

du 19 mars 2021 (modifiant le précédent) est édifiante. Cet article de plus de 1 000 mots et 5 000 signes, se borne à remplacer, supprimer, modifier de nombreuses dispositions antérieures ce qui le rend en lui-même inintelligible, et ce alors même qu'il entraîne des conséquences directes sur la vie quotidienne et les droits fondamentaux de tous puisqu'il institue un couvre-feu qui fut l'un des plus restrictifs en Europe. Autre exemple : la définition réglementaire du masque, dont le port a été rendu obligatoire, est d'une complexité qui ne peut qu'échapper à l'entendement commun. Le III de l'annexe I du décret du 29 octobre 2020 définit ainsi quatre catégories de masques réglementaires dont ceux réservés à des usages non sanitaires qui doivent répondre à quatre caractéristiques dont l'une est elle-même divisée en trois sous-caractéristiques qui imposent une « *efficacité de filtration vers l'extérieur des particules de 3 micromètres émises supérieure à 90 %, une respirabilité qui permet un port pendant un temps de quatre heures et une perméabilité à l'air supérieure à 96 litres par mètre carré et par seconde, pour une dépression de 100 pascal* »...

Des objets normatifs non identifiés

Au-delà de cette profusion de normes aussi obscures qu'instables, on a vu se développer de nouveaux objets normatifs que l'on pourrait qualifier de paranormaux en ce qu'ils ne répondent pas à la définition formelle de la norme de droit tout en produisant les effets concrets.

Ont ainsi surgi une profusion de protocoles sanitaires, en particulier dans des administrations comme l'éducation nationale. Ces protocoles ont pris la forme de documents non signés mis à la disposition des agents et usagers. N'ayant ni la forme ni l'apparence de textes réglementaires, ils n'en édictent pas moins des normes de comportement précises, en ajoutant des obligations supplémentaires³. Les auto-attestations permettant de se déplacer pendant les confinements sont également emblématiques de cette dérive : aucun texte réglementaire ne les a rendues obligatoires. Pourtant, le 30 mars 2021, le site internet du ministère de l'Intérieur annonçait qu'il était « *obligatoire pour se déplacer durant ces horaires d'être muni de l'attestation de déplacement dérogatoire* ».

La validité de ces normes est contestable : il n'est en effet pas possible d'exiger un imprimé spécifique pour les déplacements si aucun texte réglementaire pris en application d'une loi ne l'exige. Se pose aussi le problème de l'anonymat des autorités qui édictent ces textes non signés. Une autorité administrative ne peut édicter un texte réglementaire que si elle a la compétence juridique pour le faire et cette autorité doit être exercée par un fonctionnaire, un élu ou un membre d'un organe constitutionnel désigné dans des conditions régulières et dont la responsabilité personnelle (ou la légalité de l'habilitation ou de la délégation de signature) peut être mise en cause devant une juridiction. Il ne saurait pour ces raisons demeurer anonyme.

Le Conseil d'Etat a toutefois validé ces pratiques contestables dans une décision du 22 décembre 2020⁴. Enfin et surtout, se pose le problème de la légalité de ce type de pratiques au regard des atteintes aux libertés fondamentales qu'elles instituent.

³ Le protocole sanitaire pour l'année scolaire 2020-2021 sous-titré « Guide relatif au fonctionnement des écoles et établissements scolaires dans le contexte COVID » institue pour les élèves une obligation de port d'un masque de catégorie 1 ce que ne prévoit pas le décret.

⁴ Conseil d'Etat, 10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies, 22 décembre 2020, 439996, Inédit au recueil Lebon.

Un contrôle juridictionnel défaillant

Dans de telles circonstances, le contrôle de constitutionnalité et de légalité des lois et des règlements est essentiel afin de vérifier notamment la proportionnalité des mesures prises au regard de leurs objectifs de santé publique⁵. Or on ne peut que constater sa défaillance.

Dès le début de l'épidémie, le Conseil constitutionnel a renoncé à l'une de ses prérogatives pourtant essentielles en période de suspension et de restriction des libertés : celle du contrôle de constitutionnalité de la loi par la voie de la « question prioritaire de constitutionnalité ». Par sa décision du 26 mars 2020, il a considéré que, « *compte tenu des circonstances particulières* », il n'y avait « *pas lieu de juger* » si cette loi organique avait été adoptée en violation des règles de procédure prévues par la Constitution alors même que tel était le cas de l'aveu même du Gouvernement. En effet, le projet de loi organique avait été déposé devant le Sénat le 18 mars 2020 et examiné en séance publique le lendemain, alors même que l'article 46 de la Constitution dispose que le projet ou la proposition de loi organique ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt. Ce « non-lieu à juger » avait pour but de permettre de repousser au 30 juin 2020 la saisine obligatoire du Conseil constitutionnel de toutes les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) ayant fait l'objet d'une saisine de la Cour de Cassation ou du Conseil d'Etat si ces juridictions ne se sont pas prononcées dans ce délai. Si l'on peut considérer que la portée de cette décision est assez limitée, ce renoncement à juger constitue un précédent historique consistant à fermer les yeux sur une irrégularité manifeste dans la procédure d'adoption d'une loi en raison de « *circonstances particulières* ».

Le Conseil constitutionnel a également restreint le champ de son contrôle. Alors qu'il était devenu le juge du contrôle de la disproportion entre la sauvegarde de l'ordre public et la garantie des droits constitutionnels, il a rappelé (Décision du 11 mai 2020 sur la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire) que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire, mais qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de protection de la santé et le respect des droits et libertés. Et, le 13 novembre 2020, il affirmera qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause l'appréciation par le législateur de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible dans les quatre prochains mois. Ainsi, à la faveur de l'épidémie, le Conseil constitutionnel semble avoir limité son contrôle de la loi non plus au caractère « manifestement disproportionné » des mesures restrictives de droits, voire à la « conciliation » entre des différents objectifs de valeur constitutionnelle, mais au caractère « manifestement inadéquat » des mesures restrictives et suspensives de droits constitutionnellement protégées.

Cette autolimitation du champ de son contrôle lui a notamment permis d'éviter d'examiner la question de savoir si le confinement à domicile de plus de 67 millions de personnes pendant 55 jours consécutifs a ou non constitué une privation de liberté qui aurait dû être soumise au

⁵ C. Schouler, E. Carpentier, L. Mucchielli et 73 juristes, « Covid : les mesures restrictives de liberté ne résistent pas au test de proportionnalité », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2 : *Enquête sur la gestion politico-sanitaire de la crise*, Bastia, Eoliennes, 2022, p. 457-460.

contrôle du juge judiciaire en application de l'article 66 de la Constitution de la Ve République ou simple restriction de liberté ⁶.

Le contrôle de légalité : nécessité, adéquation et proportionnalité

En théorie, dans un Etat de droit, la liberté doit rester la règle et la restriction de police l'exception. Il en résulte que les mesures attentatoires aux droits et libertés ne sont légales que si elles répondent aux trois exigences inhérentes au principe de proportionnalité : la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité au sens strict. Ainsi, une mesure restrictive de liberté doit d'abord être nécessaire pour prévenir un risque pour l'ordre public, sanitaire par exemple. Ensuite, la mesure doit être apte à atteindre le but visé, faute de quoi elle n'est pas adéquate. Ainsi, par exemple, l'obligation de porter un masque de protection dans les lieux publics ouverts devrait succomber à ce stade du contrôle s'il était avéré que le masque n'y présente pas d'utilité. Enfin, les restrictions de police doivent être strictement proportionnées à la fin qui les justifie. C'est la raison pour laquelle les mesures trop générales encourent souvent la censure du juge administratif.

Tel n'a pourtant pas été le cas, ni lorsque le Conseil d'Etat a, dans sa décision du 8 décembre 2020, validé l'obligation générale faite aux élèves de plus de six ans de se masquer le visage, ni lorsqu'il a, le 6 septembre 2020, partiellement infirmé les ordonnances de référé des tribunaux administratifs de Lyon et Strasbourg qui enjoignaient aux préfets de revoir leurs arrêtés imposant le port du masque aux personnes de onze ans ou plus dans les lieux publics ouverts.

Un pas de plus a été franchi avec l'ordonnance du Conseil d'Etat du 1^{er} avril 2021 rendue sur une requête lui demandant de juger que la vaccination contre le Covid-19 rend inutiles les mesures de restriction des déplacements, et que, dès lors, le couvre-feu et le confinement ne sont plus nécessaires ni adaptés en ce qui concerne les personnes vaccinées. En effet le Conseil d'Etat, dans cette décision, fait de la non-élimination complète de la possibilité d'un risque concernant un faible nombre de personnes une cause justifiant que l'atteinte à la liberté individuelle de tous résultant des mesures générales de couvre-feu et de confinement ne puisse être jugée disproportionnée. Autrement dit, en l'absence de certitude absolue sur l'inexistence de tout risque, y compris minime, le Conseil d'Etat a fait le choix de la suspension générale de la liberté d'aller et venir.

L'émergence d'un nouveau système de contrainte, de contentions et de contrôle des corps

La production débridée et désordonnée de normes et l'insuffisance du contrôle juridictionnel qui viennent d'être décrites ont autorisé et favorisé la mise en place d'un nouveau système de contrainte, de contentions et de contrôle des corps.

Confinement à domicile

⁶ A. Pena, « La liberté individuelle face au Covid-19 : l'adaptation des garanties de l'article 66 de la Constitution aux circonstances d'urgence sanitaire », *Les petites affiches-gazette du Palais*, n°240, 1^{er} décembre 2020.

« Confinement » est l'un des mots emblématiques de la nouvelle normalité épidémique. On le retrouve jusque dans les arrêts du Conseil d'Etat, et ce alors même que la seule occurrence de ce terme en droit positif désigne une sanction disciplinaire pour les détenus : le « confinement en cellule individuelle » (articles R. 57-7-5 et suivants du code de procédure pénale). Il s'agit de la peine la plus lourde avant la célèbre « mise en cellule disciplinaire », plus couramment appelée « mitard ». Le parallèle que l'on peut faire entre le statut du citoyen privé de liberté d'aller et venir pour des raisons sanitaires et le détenu ne doit pas être vu comme étant simplement terminologique. Le confinement sanitaire peut en effet être comparé à la peine de détention à domicile sous surveillance électronique (article 131-4-1 du code pénal).

Ce régime juridique se rapproche de celui institué par le décret du 29 octobre 2020 qui autorise par exception les déplacements hors du lieu de résidence pour l'exercice ou la recherche d'une activité professionnelle, pour se rendre dans des établissements d'enseignement, effectuer des achats de fournitures nécessaires à l'activité professionnelle, des achats de première nécessité, effectuer des soins ne pouvant être assurés à distance et pour l'achat de médicaments, pour des déplacements pour motif familial impérieux, pour l'assistance aux personnes vulnérables et précaires, pour la garde d'enfants, ainsi que pour les déménagements et pour répondre à une convocation judiciaire ou administrative.

La contrainte érigée en principe

La suspension du principe de la liberté des déplacements s'est élargie à toutes les activités considérées par le pouvoir exécutif comme « non essentielles ». Le dispositif juridique a consisté dans des domaines aussi importants que la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'aller et venir, à ériger la contrainte en principe pour ne permettre l'exercice de la liberté que par exception : tout ce qui n'est pas autorisé par l'autorité administrative est par principe interdit dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ⁷.

Les autorités administratives auraient pu décider d'interdire par exception certaines activités et non l'inverse. L'article 4 du décret du 29 octobre 2020 abolit ainsi explicitement la liberté d'aller et venir en disposant que « *tout déplacement de personne hors de son lieu de résidence est interdit à l'exception des déplacements pour les motifs suivants* ». On aurait pu imaginer un texte ainsi rédigé : « par exception, sont interdits les déplacements pour les motifs suivants ». Une telle rédaction eût présenté l'avantage de comprendre l'intentionnalité des auteurs du texte et de savoir précisément quels déplacements selon eux méritaient d'être suspendus dans l'intérêt de la santé publique afin de soumettre leur interdiction à l'appréciation de chacun mais surtout au contrôle de légalité que le juge est amené à faire *in concreto* dans les affaires qu'on lui soumet.

Contention et contrôle des corps : le port du masque

La prise de possession des corps par l'Etat n'a rien d'exceptionnel. Elle se manifeste tous les jours par des interpellations, des placements en garde à vue, en détention provisoire, par des

⁷ V. Sizaïre, « L'état d'urgence sanitaire menace-t-il les libertés fondamentales ? », *The Conversation*, 6 avril 2020.

exécutions de peines d'emprisonnement ou de réclusion, par des placements en retenue ou rétention administratives et par des hospitalisations sous contrainte.

Avec l'obligation du port du masque, la puissance publique s'est toutefois octroyé un droit d'une autre nature en ce qu'il ne s'agit pas d'une simple privation de liberté mais d'un dispositif placé directement sur le corps dans le but d'en contenir les exhalaisons. A cet égard, le masque se rapproche de dispositifs de contention corporelle qui sont prohibés par le code de procédure pénale (article 803) sauf pour les personnes considérées comme dangereuses pour autrui ou pour elles-mêmes ou susceptibles de tenter de prendre la fuite. Eu égard à son caractère médical, le masque de protection peut également se rapprocher des contentions utilisées lors des soins psychiatriques sans consentement (article L. 3222-5-1 du code de la santé publique) ou plus généralement dans des établissements d'hébergement de personnes âgées ou de soin. Cependant l'exceptionnalité de l'obligation du port du masque ne réside pas seulement dans son caractère contentif mais également dans son caractère généralisé. En effet, même si l'on peut juger légère la contention que constitue le port du masque en dépit de l'importance du visage (siège de l'identité des personnes, de leur expression verbale et non-verbale et de leur respiration), son caractère inédit réside dans le fait qu'elle a pu être imposée à tous et en tous lieux (et non pas en des lieux spécifiques comme ceux densément fréquentés et peu aérés ou à des catégories limitées de la population comme les malades contagieux ou des professionnels en raison de la spécificité des tâches qu'ils ont à accomplir) en l'absence de démonstration scientifique et au-delà même de ce que préconisait l'Organisation Mondiale de la Santé ⁸.

Fichage des données de santé et vie privée

De la même manière, l'épidémie a permis l'institution d'un système sans précédent de recueil, d'enregistrement et de traitement informatique de données nominatives de santé ou relatives à la vie privée. Dans un contexte européen de mise en place du traçage des individus (recommandation de la Commission Européenne du 8 avril 2020) ⁹, le fichage nominatif des données de santé a été autorisé par le décret du 12 mai 2020 qui déroge au secret médical. Cette dérogation est de nature à porter atteinte à la relation de confiance entre le patient et son médecin. En donnant la possibilité d'accéder aux données sans le consentement des patients et personnes contacts, on a créé, comme l'a noté la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH), un risque réel de renonciation aux soins ¹⁰. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a relevé de son côté que l'aménagement d'une telle dérogation au principe du secret médical autorise l'accès à ce nouveau fichier à un grand nombre de personnes qui sont loin d'être toutes des médecins, s'agissant de données d'une très grande sensibilité susceptibles de concerner l'ensemble de la population ¹¹. En effet le nouveau fichier dénommé *Contact Covid*, que la Caisse nationale de l'assurance maladie (CNAM) est autorisée à mettre en œuvre, permet de recueillir et de traiter pour chaque personne considérée

⁸ Dans le document intitulé *Conseils sur le port du masque dans le cadre de la COVID-19*, du 5 juin 2020, l'OMS précise : « il n'y a pas d'éléments directs sur l'efficacité du port généralisé du masque par les bienportants en vue de prévenir les infections dues à des virus respiratoires, notamment celui de la COVID-19 ».

⁹ A. Dirou, « Covid-19 et surveillance de la population », in G. Le Floch (dir.), *Covid-19, approches de droit public et de science politique*, Paris, Berger Levrault, 2021, p. 237-247.

¹⁰ Avis de la CNCDH sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et libertés, 26 mai 2020.

¹¹ CNIL, Délibération du 8 mai 2020.

comme « *contact à risque de contamination* » non seulement ses données d'identification (noms, prénoms, date de naissance, sexe, adresse de résidence, numéro de téléphone et adresse électronique), mais aussi : les données permettant de déterminer que cette personne est infectée ou l'a été dans les 2 mois précédents, qu'elle a été vaccinée ou non, la profession et son lieu d'exercice, les lieux dans lesquels la personne s'est rendue dans les 14 derniers jours qu'il s'agisse de lieux d'hébergement, d'éducation ou de soin, des lieux de travail, des établissements recevant du public, de réunions de toute nature, et d'événement ou d'activité impliquant plus de 6 personnes.

La nature de ces données nominatives que la CNAM est autorisée à traiter dans le cadre du fichier *Contact Covid* ne relève donc pas que de données couvertes par le secret médical mais également de données relevant strictement de la vie privée. Tout se passe donc comme si la situation épidémique donnait une occasion d'accélérer la mise en place d'un système de surveillance généralisé de la population ¹².

Vaccination contrainte à l'aide de produits expérimentaux et nouvelle discrimination en fonction de l'état de santé

Caractéristique majeure de la « crise du Covid », la vaccination générale de la population a été d'emblée érigée en voie unique de sortie de l'épidémie. Ecartant le soin précoce par la médecine de proximité (du jamais vu), le gouvernement a placé tous ses espoirs d'« éradication du virus » dans la nouvelle technologie génétique des vaccins à ARN messenger ¹³. D'abord incitative pour l'ensemble de la population, la vaccination a été rendue obligatoire par la loi du 5 août 2021 pour tous les professionnels de santé et assimilés ainsi que ceux des établissements et services sociaux et médico-sociaux, les étudiants ou élèves des établissements préparant à l'exercice de ces professions, de même que les sapeurs-pompiers et autres personnels (civils ou militaires) de la sécurité civile, ainsi que les salariés du secteur de l'aide à domicile. Au total, ce sont donc plus de 4 millions de personnes qui se voient imposer cette obligation, ce qui représente près de 15% de la population active en France ¹⁴. A défaut de se soumettre à cette obligation, ces millions de personnes peuvent être privés de l'autorisation d'exercer leurs fonctions et de percevoir les revenus y afférents qu'ils soient ou non salariaux.

Cette loi marque en outre un tournant dans l'histoire de la lutte contre les discriminations : elle institue un laissez-passer sanitaire introduisant une discrimination en raison de l'état de santé, ce que réprime pourtant l'article 225-1 du code pénal issu de la loi du 12 juillet 1990 ¹⁵. Cette législation avait été mise en place dans le contexte d'une autre épidémie virale : le Sida. Ainsi, on semble être passé de la volonté de protéger les malades de toute discrimination à la mise en place d'une discrimination obligatoire à raison de l'état de santé.

¹² C. Dalmont, « Du confinement des personnes à la confiscation des libertés publiques », *Le Point*, 2 avril 2020.

¹³ L. Mucchielli, *La doxa du Covid*, tome 1 : *Peur, santé, corruption et démocratie*, Bastia, éditions Eoliennes, 2022, p. 72sqq.

¹⁴ Sources : *Les établissements de santé en 2019. Les chiffres clés* (DREES) ; *Les chiffres clés de l'offre de soins*, DGOS, 2018 ; *Les services à la personne en 2018*, DARES résultats, 2020, n°11, *Le taux d'encadrement dans les Ehpad*, Les dossiers de la DREES, 2020, n°68 ; et l'Enquête Emploi de l'INSEE.

¹⁵ C. Schouler, « Le laissez-passer sanitaire, un dispositif discriminatoire au sens de la loi », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2, Op.cit., p. 461-470 ; A. Negroni, « Les vaccins génétiques anti-covid sont une forme d'expérimentation médicale », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2, Op.cit., p. 471-477.

Par la suite, une obligation déguisée prenant la forme d'une pression exercée par les autorités publiques sur les personnes non vaccinées a concerné l'ensemble de la population. Cette stratégie visant à réduire les « réfractaires » en faisant « pression » sur eux jusqu'à « les emmerder »¹⁶ est à l'origine d'une loi très vite adoptée : celle du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique. Cette loi institue un laissez-passer vaccinal et des contrôles d'identité sanitaires privés validés par le Conseil constitutionnel¹⁷. Elle a pour but d'empêcher l'accès des personnes non vaccinées à de très nombreux lieux et événements publics (musées, expositions, bibliothèques, équipements sportifs municipaux, événements culturels et sportifs, fêtes foraines, etc.) et privés (hôtels, restaurants, bars, cinémas, salles de sport, centres commerciaux selon leur taille, etc.) et de prohiber leur accès aux moyens de transports publics sur de longues distances.

Pour mettre en place cette obligation vaccinale directe et cette quasi-obligation indirecte¹⁸, les autorités ont repris à leur compte le marketing des industries pharmaceutiques annonçant un vaccin « efficace à 95% », ne présentant aucun effet indésirable, permettant à la fois de bloquer l'épidémie et de protéger des formes sévères de Covid. Nous savons déjà qu'au moins deux de ces trois dernières affirmations sont fausses. En effet aucun des Etats ayant vacciné la quasi-totalité de sa population n'a vu l'épidémie disparaître ni même se réduire significativement et les effets indésirables, y compris graves, des vaccins sont très nombreux¹⁹.

Dans ces conditions, nul citoyen ne devrait pouvoir être obligé de s'y soumettre en l'absence d'un consentement libre et éclairé (consistant notamment à pouvoir comprendre la balance bénéfice-risque le concernant ou concernant son enfant), comme le rappelle notamment plusieurs textes de droit international, à l'image du Code de Nuremberg (1947), de la Déclaration d'Helsinki (1964) et de la Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine (dite Convention d'Oviedo, 1997)²⁰.

Conclusion

Le droit d'exception mis en place en 2020 crée un précédent pour le système de préservation des libertés, lequel en ressort profondément ébranlé. Désormais, il apparaîtra en effet comme

¹⁶ Réponses du président de la République aux questions de lecteurs du quotidien *Le Parisien-Aujourd'hui en France*, 4 janvier 2022.

¹⁷ Décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022. Par cette décision, le Conseil constitutionnel « renonce purement et simplement à tout contrôle de nécessité de la mesure », écrit justement Vincent Sizaire (« Un passeport pour la coercition ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 2 mai 2022).

¹⁸ Le fait que l'on ait renoncé, pour le Covid, à la mise en place d'une obligation vaccinale résulte du fait que ces nouvelles spécialités médicamenteuses n'ont bénéficié de la part de l'Agence Européenne du Médicament que d'autorisations provisoires délivrées dans l'urgence et conditionnées notamment à la production par le fabricant d'un rapport périodique actualisé sur la sécurité du produit (<https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-authorised>).

¹⁹ L. Mucchielli, « La vaccination à l'épreuve des faits. 1^{ère} partie : les chiffres de l'épidémie », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2 : *Enquête sur la gestion politico-sanitaire de la crise*, Op.cit., p. 345-355 ; H. Banoun et al., « La vaccination à l'épreuve des faits. 2^{ème} partie : une mortalité inédite », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2, Op.cit., p. 357-372.

²⁰ P. Ségur, « Pourquoi la vaccination obligatoire anti-covid viole l'Etat de droit », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2, Op.cit., p. 461-470 ; A. Negroni, « Les vaccins génétiques anti-covid sont une forme d'expérimentation médicale », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2, Op.cit., p. 479-486.

pouvant être légitimement suspendu pour faire face à toute situation considérée comme étant d'une intensité similaire à celle provoquée par l'épidémie de 2020 ²¹.

Cette épidémie a également permis une présidentialisation accrue du régime politique et une concentration des pouvoirs entre les mains du pouvoir exécutif, les parlementaires s'étant largement auto-censurés et ayant autorisé le gouvernement légiférer par ordonnances ²². La réunion régulière de conseils de défense sous l'autorité du président de la République en témoigne également. La crise sanitaire a ainsi été largement gérée au sein d'un organe créé par voie réglementaire dont les travaux, loin de faire l'objet de comptes rendus comme ceux du conseil des ministres, sont couverts par le secret défense ²³.

Quant au contrôle juridictionnel des actes réglementaires et au contrôle de constitutionnalité des lois, il a manifesté une forte tendance à la validation des lois et règlements d'exception suspendant ou restreignant des libertés pour des raisons sanitaires. Le Conseil d'Etat a en effet rejeté la quasi-totalité des référés-libertés déposés contre des mesures gouvernementales, faisant preuve « d'une mansuétude certaine » à l'égard du pouvoir exécutif ²⁴. A l'analyse de ses multiples décisions durant cette période, certains juristes ont même pu parler d'une « continuation de la propagande exécutive par voie juridictionnelle » ²⁵, dans un contexte où se pose depuis toujours la question de la formation des juges administratifs (issus pour la plupart de l'Ecole Nationale d'Administration plutôt que des facultés de droit) ainsi que celle qui tient au fait que nombre de membres du Conseil d'Etat exercent à certaines périodes de leur carrière des fonctions politiques ²⁶. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, a certes censuré *a posteriori* les prolongations automatiques des détentions provisoires qu'avaient institué la loi du 25 mars 2020 ²⁷. Mais cette décision fait figure d'exception dans sa jurisprudence relative à la législation d'exception sanitaire qu'il a validé dans sa quasi-totalité, étant à plusieurs reprises infidèle à sa propre jurisprudence. Sur le plan procédural, nous avons vu qu'il est même allé jusqu'à suspendre les délais liés à l'examen des QPC, suscitant de très vives critiques parmi les juristes ²⁸.

En définitive, cette épidémie pourrait marquer le début de la fin du système de protection des libertés publiques qui est pourtant un des éléments constitutifs essentiels de toute démocratie ²⁹.

²¹ P. Cassia, « Coronafolie », *Mediapart. Le blog de Paul Cassia*, 20 janvier 2021.

²² J. Hummel, « Une culture parlementaire révélée. Rationalité gouvernementale et contrôle caméral de l'état d'urgence sanitaire », in G. Le Floch (dir.), *Covid-19, approches de droit public et de science politique*, Op.cit., p. 99-116 ; E. Lemaire, « Le Parlement face à la crise du Covid », *Le blog de Jus Politicum*, 13 avril 2020.

²³ T. Desmoulin, « La formalisation du présidentielisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », *Jus Politicum*, n°25, janvier 2021.

²⁴ G. Eveillard, « Le Conseil d'Etat, juge du référé-liberté à l'heure de la covid-19 », in G. Le Floch (dir.), *Covid-19, approches de droit public et de science politique*, Op.cit., p. 199-216.

²⁵ P. Cassia, « Etat d'urgence sanitaire : le Conseil d'Etat (ne) change (que) sa méthode », *Mediapart. Le blog de Paul Cassia*, 2 mai 2020.

²⁶ O. Beaud, C. Guérin-Bargues, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *Recueil Dalloz*, avril 2020, p. 891sq ; L. Mucchielli, « La France a quitté en 2020 le peloton de tête du classement mondial des démocraties », *Kairos*, avril-mai 2022, p. 20.

²⁷ Décision du Conseil constitutionnel n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021,

²⁸ J. Jeanneney, « La non-théorie des 'circonstances particulières' », *AJDA*, avril 2020, p. 843sq ; O. Beaud, C. Guérin-Bargues, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », Op.cit. ; P. Cassia, « Le Conseil constitutionnel déchire la Constitution », *Mediapart. Le blog de Paul Cassia*, 27 mars 2020 ; R. Letteron, « Covid-19 : Le Conseil constitutionnel marche sur la Constitution », *Liberté, libertés chéries*, 28 mars 2020.

²⁹ V. Audubert, « Face aux menaces sur les libertés publiques, les juristes doivent prendre parti », *Dalloz Actualités*, 23 Octobre 2020.

Au regard du bilan démographique somme toute limité de cette épidémie (contrairement à une croyance répandue, on ne constate aucune surmortalité en dessous de l'âge de 65 ans, soit chez 80% de la population ³⁰), il est donc légitime de se poser la question suivante : avons-nous connu une catastrophe mettant en péril la santé de la population générale au point de justifier la suspension de presque toutes les libertés ? Ou bien avons-nous, au prétexte d'une nouvelle épidémie, vécu une catastrophe institutionnelle menaçant gravement et durablement ces libertés ainsi que les institutions censées les garantir ?

³⁰ L. Toubiana et al., « L'épidémie de Covid-19 a eu un impact relativement faible sur la mortalité en France », in L. Mucchielli (dir.), *La Doxa du Covid*, Tome 2, Op.cit., p. 435-441.