

CRISE SANITAIRE

946

Face au virus, souvent loi varie !

POINTS-CLÉS → La loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a été adoptée afin de faire face au variant Delta → Elle établit donc un nouveau régime transitoire de gestion de la crise sanitaire permettant la mise en œuvre de mesures adéquates → Si les mesures elles-mêmes ne sont pas en cause, c'est la méthode qui mérite attention tant parce qu'elle accrédite l'idée que le transitoire n'est pas nécessairement provisoire que par les conséquences qu'elle emporte sur le recours à la loi



Anne Levade, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (université Paris I Panthéon-Sorbonne), ISJPS UMR 8103 (université Paris 1-CNRS), président de l'Association française de droit constitutionnel

La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 ne fût-elle qu'une nouvelle loi d'ajustement à un nouveau variant –Delta– de la Covid-19 qui, depuis mars 2020, contraint les pouvoirs publics à naviguer à vue en adaptant en temps réel la politique sanitaire au gré des pics et rebonds épidémiques que connaissent la France et le monde, elle recèle dans son intitulé même un glissement sémantique qui n'est pas que de détail.

Le I de son article 1 en atteste sans doute possible : la loi du 5 août 2021 *relative à la gestion de la crise sanitaire* modifie la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*. On ne saurait mieux dire que de « *sortie de crise sanitaire* » il n'est plus guère question, au point d'ailleurs que, un temps, dans sa version adoptée en première lecture par le Sénat, le texte avait été rebaptisé « *projet de loi rétablissant et complétant l'état d'urgence sanitaire* ». Il est vrai que les sénateurs voulaient ainsi manifester que, compte tenu de leur nature, les mesures que la loi avait vocation à rendre possibles ne devaient pouvoir être mises en œuvre que dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Mais, ce faisant, ils attiraient aussi l'attention sur l'importance des aménagements que le nouveau dispositif emportait sur l'exercice

des libertés que, selon eux, seule « *une catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* » au sens de l'article L. 3131-12 du Code de la santé publique aurait dû pouvoir justifier.

Lesdites mesures sont, pour les plus emblématiques, connues. Élargissement du passe sanitaire et obligation vaccinale des soignants défraient la chronique depuis qu'ils ont été annoncés par le président de la République et l'un et l'autre suscitent encore la contestation véhémente d'une minorité qui manifeste depuis le milieu de l'été à un rythme hebdomadaire. Pour que les choses soient claires et que les propos qui suivent ne soient pas instrumentalisés, on veut dire d'emblée que ce n'est pas la substance de ces mesures qui sera ici discutée. Qu'elles restreignent l'exercice des libertés ne fait aucun doute, mais elles sont à cet égard infiniment moins contraignantes que n'ont pu l'être les confinements et couvre-feux auxquels nous avons été soumis pendant les derniers dix-huit mois et, en l'état des connaissances scientifiques sur une maladie que nul ne connaissait il y a encore peu, elles sont assurément adéquates puisqu'elles permettent de retrouver un semblant de vie normale. Pour preuve, la très grande majorité respecte de bonne grâce les règles que cette loi a fixées, quand bien même certaines nous auraient paru inimaginables si on nous les avait prophétisées il y a quelques mois à peine.

Ceci étant posé, ce n'est donc pas le contenu des nouvelles obligations législatives que l'on entend ici questionner mais bien plutôt ce que cette loi supplémentaire dit de la sédimentation normative à l'œuvre depuis le début de la crise sanitaire et du bouleversement qu'elle a provoqué.

De prime abord, la loi du 5 août 2021 n'est rien de plus qu'une nouvelle loi dont l'objet est de mettre en place un nouveau régime transitoire au motif qu'il serait mieux adapté que le précédent pour faire face à un nouveau variant ; pour un peu, la formule « *à nouveau variant, nouveau régime* » prendrait des allures d'adage. Mais, parce que l'on sait que le propre d'un virus est de muter, il n'est pas déraisonnable de se demander jusqu'à quand le transitoire peut, en droit, perdurer, posant la question plus fondamentale du choix de lois que l'on veut provisoires pour faire face à une menace qui, désormais, semble prévue pour durer.

1. À nouveau variant, nouveau régime

À l'aune de la séquence normative ouverte par la crise sanitaire, la loi du 5 août est d'une grande banalité : substantiellement, elle adapte le droit à l'évolution de la crise sanitaire et, procéduralement, elle a, comme celles qui l'ont précédée, été adoptée de manière accélérée.

A. - L'adaptation substantielle continue

L'exposé des motifs du projet de loi et l'introduction de son étude d'impact – rigoureusement identiques – le disent de manière explicite : dans le « *contexte* » résultant d'une situation sanitaire qui « *ne permet pas* », en dépit des perspectives de la campagne de vaccination, « *de lever dès à présent l'ensemble des*

mesures "barrière" actuellement en vigueur » et « des risques avérés de rebond épidémique généralisé dès l'été » liés au variant Delta, « la réponse apportée à l'épidémie de Covid-19 doit évoluer ». La méthode est désormais éprouvée et les rapports faits des commissions des lois des deux assemblées ainsi que, dans une moindre mesure, l'avis du Conseil d'État y souscrivent : sur le fondement des avis du comité de scientifiques que, depuis la loi du 23 mars 2020 (L. n° 2020-290, 23 mars 2020 : JCP G 2020, 369, *Libres propos A. Levade*), l'article L. 3131-19 du Code de la santé publique prévoit, que chaque évolution de l'épidémie entraîne un ajustement des mesures que le Premier ministre, le ministre chargé de la Santé et les préfets peuvent, jusqu'à une date déterminée par la loi, prendre.

C'est dans ce cadre et pour ce motif que, premier ajustement, le fameux « passe sanitaire », mis en place par la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, connaît, avec la loi du 5 août, ce que le Conseil d'État considère lui-même, dans son avis, comme une « extension considérable [de son] champ d'application ». Ladite extension revêt en fait une double dimension : temporelle, d'une part, le terme fixé par la loi du 31 mai au 30 septembre étant reporté par amendement parlementaire au 15 novembre alors que le Gouvernement souhaitait qu'il fût d'emblée porté au 31 décembre ; matérielle, d'autre part, le passe devenant exigible pour de « nombreuses activités de la vie quotidienne », au premier rang desquelles les activités de loisirs, de restauration et de débit de boissons. Vigilants, les parlementaires ont profité de l'occasion pour porter de 3 à 6 mois la durée de conservation des données dans le système d'information de dépistage (Sidep), la mettant ainsi, à retardement, en cohérence avec les conditions prévues pour la délivrance du passe sanitaire.

La décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 montre que le raisonnement qui a guidé le Gouvernement et le Parlement a, pour l'essentiel, emporté l'assentiment du Conseil constitutionnel, celui-ci ne censurant, au regard du principe d'égalité devant la loi, que la disposition prévoyant que le défaut de présentation du passe sanitaire pût constituer un motif de rupture des seuls contrats à durée déterminée.

Le deuxième ajustement présenté comme nécessaire à l'adaptation aux risques spécifiques de propagation du variant Delta est l'obligation vaccinale imposée aux personnes exerçant certaines professions. Il est assez remarquable qu'elle n'ait, dans son principe, été contestée par personne. Tout au plus l'une des saisines parlementaires s'inquiétait-elle des atteintes pouvant en résulter à certains droits et libertés des intéressés. L'argument est rejeté par le Conseil constitutionnel compte tenu de l'entrée en vigueur progressive de l'obligation prévue pour n'être pleine et entière qu'à compter du 15 septembre.

En définitive, seule « renforcement du dispositif d'isolement des personnes testées positives », que l'étude d'impact présentait comme le troisième ajustement de nature à « concilier durablement la poursuite des différentes activités avec une maîtrise de la circulation du virus sur le territoire national », se sera heurté définitivement à un obstacle constitutionnel. Les modalités prévues à l'article 9 du texte voté par le Parlement « ne garantiss[ant] pas que la mesure privative de liberté » ainsi instituée « soit nécessaire, adaptée et proportionnée », le Conseil constitutionnel l'a déclarée contraire à la Constitution dans son intégralité.

CQFD. La loi du 5 août illustre le « sur mesure » législatif auquel la crise sanitaire depuis 18 mois contraint les pouvoirs publics. Cette stratégie d'adaptation substantielle continue emporte, dans le même temps, une accélération procédurale permanente.

B. - L'accélération procédurale permanente

Point n'est besoin de longuement argumenter, le simple rappel du calendrier atteste de la rapidité avec laquelle la loi du 5 août a été adoptée. Treize jours à peine entre l'annonce par le président de la République le 12 juillet d'une loi qu'il voulait en vigueur « à partir du début du mois d'août » et son adoption définitive le 25. Pour qui connaît les arcanes de la procédure législative, on confine au record ; il est atteint au prix d'une succession d'accélération.

La première, contrainte, est le fait du Conseil d'État. Il n'hésite d'ailleurs pas à s'en plaindre dans son avis, relevant que l'étude d'impact lui a été transmise tardivement et « constat[ant]

qu'en égard à la date et aux conditions de sa saisine, il a disposé de moins d'une semaine pour rendre son avis ». Il dit la chose « d'autant plus regrettable que le projet de loi soulève des questions sensibles et pour certaines inédites qui imposent la recherche d'une conciliation délicate entre les exigences qui s'attachent à la garantie des libertés publiques et les considérations sanitaires mises en avant par le Gouvernement ». Dont acte, son avis est adopté le 19 juillet, soit le jour même du Conseil des ministres à l'ordre du jour duquel le texte est inscrit, alors que le projet lui a été adressé le 14 et a été modifié à trois reprises dans l'intervalle.

Deuxième accélération : celle du Gouvernement qui, sitôt l'avis reçu, adopte le projet en Conseil des ministres et le dépose à l'Assemblée en engageant, comme c'est désormais le cas pour presque tout projet de loi, la procédure accélérée.

Troisième accélération, enfin, au Parlement lui-même puisque, enregistré à la présidence de l'Assemblée le 20 juillet, le projet sera examiné immédiatement par la commission des lois pour que la discussion en séance pût s'engager dès le 21 pour adoption dans la nuit du 22 au 23. Calendrier tout aussi serré au Sénat où le rapport de la commission des lois est déposé le 23 pour discussion et adoption après amendements le 24. Le marathon prend fin le lendemain, 25 juillet, par une commission mixte paritaire conclusive et adoption définitive le jour même.

C'est finalement le Conseil constitutionnel qui mettra temporairement le holà à cette course effrénée en publiant, le 26 juillet, un communiqué dans lequel il annonçait que, compte tenu du nombre de textes qu'il avait à examiner, il rendrait sa décision le 5 août. Ainsi fût fait et le jour même la loi promulguée.

Parce que chacune des lois relatives à l'état d'urgence sanitaire, à la sortie de l'état d'urgence sanitaire ou à la gestion de la crise sanitaire a connu peu ou prou un parcours comparable, on aurait tort de penser que ce rappel relève de l'anecdote. On se souvient que, aux tout premiers temps de la crise, c'est même une loi organique qui, au mépris des termes de la Constitution, fut adoptée dans la précipitation ; si, à l'époque, l'auteur de ces lignes avait considéré que l'urgence de la situation pouvait le justifier, la répétition impose de s'attarder sur le paradoxe qu'elle révèle.

2. Le paradoxe de la loi du provisoire

Beaucoup a été dit et écrit sur le caractère inédit de la crise sanitaire provoquée par l'épidémie de Covid-19 et nombreux sont les donneurs de leçon de gestion de crise qui, 18 mois plus tard, en sont pour leurs frais. Le propos n'est donc pas ici de dire ce qui aurait dû être fait mais bien plutôt de s'interroger sur les conséquences normatives de ce qui a été fait ainsi que sur les enseignements qui, sans attendre la fin de la crise sanitaire, pourraient en être tirés.

A. - Le règne du provisoire

La loi du 5 août 2021 est, selon le décompte auquel on s'est livré et en exceptant les textes visant à modifier le calendrier électoral, les lois d'habilitation ou les lois de finances rectificatives, la neuvième adoptée depuis le mois de mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

On arguera à juste titre que cette inflation législative est purement conjoncturelle et s'explique aisément pour trois raisons. D'abord, la crise sanitaire imposant que, en vue de la protection de la santé, soient adoptées des mesures restrictives des droits et libertés, la compétence du législateur est constitutionnellement imposée. Ensuite, les limitations à l'exercice des droits et libertés devant être, aux termes de la jurisprudence constitutionnelle, « adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent », elles doivent en permanence être réévaluées et, par conséquent, adaptées. Enfin, et l'argument est d'un autre registre, sans doute en mars 2020, le président de la République, le Gouvernement et les assemblées parlementaires ont-ils pris davantage la mesure de l'exceptionnelle gravité de la crise que de sa durée, expliquant en partie peut-être qu'ils aient cru pouvoir la résoudre par le recours à l'état d'urgence sanitaire, régime d'exception inventé pour l'occasion.

Le propos n'est pas ici de discuter sur la question de savoir si la loi du 5 août ou celle du 31 mai qu'elle modifie établit un état d'urgence sanitaire déguisé ou qui ne dit pas son nom. Il n'est pas davantage de dissertar sur l'opportunité de rétablir ou de mettre un

terme définitif à l'état d'urgence sanitaire. On a déjà dit que l'on pensait les mesures actuellement en vigueur justifiées.

En revanche, si, à l'exception des territoires dans lesquels il a été décrété et devrait être prorogé, nous ne sommes plus en état d'urgence sanitaire et, par conséquent, plus en régime d'exception, on ne peut que constater que, depuis mars 2020 et période d'application de l'état d'urgence sanitaire comprise, la France est en « régime provisoire » permanent. Bien sûr, il y a tout lieu de s'en réjouir lorsque c'est d'un régime d'exception qu'il s'agit. Point n'est besoin de longuement argumenter sur le fait que l'état d'urgence sanitaire n'était pas fait pour durer et on a assez souvent posé la question lancinante de la date et des modalités de la sortie de ce régime d'exception pour se féliciter qu'il ne soit plus que ponctuellement mis en application. Mais la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire et la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire n'ont pas seulement en commun d'avoir mis fin, l'une et l'autre, à l'application de l'état d'urgence sanitaire : chacune d'elles établit un régime transitoire, donc lui aussi provisoire et, chaque fois, avec un terme préfixe qui, dans tous les cas a été prorogé.

La crise sanitaire a donc engendré une nouvelle forme de monstre juridique : la loi du provisoire durable ou du provisoire permanent, adoptée – et ce n'est pas faire injure aux parlementaires ou au Gouvernement que de le dire – dans un simulacre de discussion législative sous la pression insoutenable d'une course perdue d'avance avec un virus en mutation. Parce que nul ne sait prédire quand, ni même si, la crise sanitaire prendra définitivement fin, il est plus que temps de trouver les moyens de revenir à l'essence de la norme législative.

B. - Le Graal de la permanence de la loi

La qualité d'une démocratie et sa capacité à faire face à des crises ne devrait pas se mesurer à l'aune de la rapidité et de l'agilité avec lesquelles ses normes législatives s'adaptent aux circonstances. La loi est, par nature, la norme générale et impersonnelle du temps long et elle est d'abord conçue comme devant régir de manière durable les temps

ordinaires dans un souci de stabilité et de sécurité juridiques. C'est l'esprit dans lequel il n'y a pas si longtemps, en 2008, la Constitution avait été révisée afin d'assurer que soient consacrés au vote de la loi le temps nécessaire et la réflexion indispensable à son élaboration.

Disant cela, on ne préconise ni de renoncer aux réformes ni d'écarter le Parlement des situations de crise. En revanche, on a la conviction que la loi n'est pas un instrument de gestion de crise et demander au Parlement de voter en quelques jours ou quelques heures un texte substantiel dont les mesures pourraient être adoptées par d'autres voies ne garantit en rien que l'État de droit soit mieux assuré ou préservé.

Alors que la loi du 5 août était annoncée, le Conseil d'État a, par deux ordonnances de référé prononcées le 26 juillet, rappelé les potentialités de la théorie des circonstances exceptionnelles. Aux requérants qui contestaient le décret par lequel le Premier ministre avait, par anticipation, étendu l'application du passe sanitaire au-delà de ce que la loi du 31 mai prévoyait, le juge administratif a rappelé que « le Premier ministre peut, en vertu de ses pouvoirs propres, édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telle une épidémie avérée, à l'instar de celle de la Covid 19 » et ajoutait, plus précisément encore, que « la circonstance qu'un régime législatif ait été institué pour gérer une telle crise ne fait pas obstacle à ce que le Premier ministre prenne les mesures appropriées, dans le cadre de son pouvoir de police générale, dans le cas où le régime institué ne permet pas de répondre à une situation d'urgence mettant en danger de manière imminente la santé de la population, en particulier dans l'intervalle nécessaire à l'adoption d'un nouveau cadre législatif ». On ne saurait mieux dire que c'est de la précision de la loi que découle la nécessité d'une loi tout aussi précise lorsque l'on est en situation de devoir la modifier.

Où l'on voit que, parce que le provisoire appelle le provisoire, le rôle de la loi est davantage de fixer le cadre dans lequel une crise doit être gérée que de prétendre en assurer directement la gestion. Prenons garde que, sous prétexte d'adaptation aux variants épidémiques, la loi ne se trouve pas contaminée par un virus de l'instabilité. ■