

N°s 439800 - 438818 - 439855 - M. N...
N° 439804 - Mme E... et autres
N°s 439954-439996 H...
N° 439956 - M. J...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 14 décembre 2020
Lecture du 22 décembre 2020

CONCLUSIONS

M. Laurent Domingo, rapporteur public

Pour lutter contre la propagation sur le territoire français du coronavirus SARS-CoV-2, responsable de la maladie CoViD-19, les pouvoirs publics ont pris, essentiellement à partir du mois de mars, des mesures exceptionnelles en matière de vie sociale et d'activité économique du pays, et notamment en matière d'exercice des libertés. La décision la plus lourde, à prendre et dans ses conséquences, a assurément été le confinement de la population, c'est-à-dire l'interdiction, sauf exceptions limitativement énumérées, de se déplacer hors du domicile¹. Cette interdiction s'est appliquée entre le 17 mars à midi et le 11 mai 2020. A partir de cette date, qui marque le début du « déconfinement », des mesures moins contraignantes ont été adoptées, d'abord par des décrets du 11 mai 2020² puis par un décret du 31 mai 2020³.

Pour fixer un cadre juridique d'ensemble à ces mesures, le législateur, par la loi du 23 mars 2020, a créé le régime de l'état d'urgence sanitaire, qu'il a lui-même déclaré⁴ avant de le proroger par une loi du 11 mai 2020⁵ et qu'il ne prenne fin, pour la période qui nous intéresse dans les présents litiges, le 10 juillet 2020 (sauf en Guyane et à Mayotte) et que de nouvelles mesures générales ne soient alors prises pour faire face à l'épidémie de covid-19⁶.

¹ Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19, modifié par un décret n° 2020-279 du 19 mars 2020 ; décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, modifié.

² Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 suivi du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

³ Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

⁴ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁵ N° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁶ v. loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire et décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé.

Vous avez à connaître, avec les requêtes qui ont été appelées, ainsi que quelques autres inscrites au rôle de cette séance, de plusieurs demandes d'annulation de textes réglementaires pris par le Gouvernement pendant la période comprise entre la mi-mars et la mi-mai, essentiellement au titre de l'organisation du confinement, à savoir :

- l'arrêté du 14 mars 2020 du ministre des solidarités et de la santé portant diverses mesures relatives à la lutte contre la propagation du virus covid-19 ;
- le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus covid-19 et le décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population ;
- le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ;
- le décret n° 2020-371 du 30 mars 2020 relatif au fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

Ces requêtes, assez peu nombreuses en comparaison du nombre très important de demandes adressées au juge des référés, vous sont présentées par des particuliers, généralement sans représentation par le ministère d'avocat, et présentent à juger des questions assez largement similaires, que nous traiterons ensemble. Si la plupart des moyens soulevés, qui ne sont du reste pas toujours aisément compréhensibles, ne présentent pas de difficultés particulières, certains d'entre eux font toutefois exception. Nous nous attarderons davantage sur ces moyens que sur les premiers.

Précisons au préalable que ces requêtes nous apparaissent recevables : enregistrées dans le délai de recours, elles émanent de personnes affectées à un titre ou un autre par les mesures contestées (comp. Ass., 24 mars 2006, n° 286834 278218, R... et B..., p. 171). Pour celles des requêtes présentées collectivement et dirigées contre plusieurs décisions, il existe un lien suffisant, tant entre les actes attaqués qu'entre les intérêts défendus par les requérants, pour qu'elles soient examinées dans l'état où elles se présentent.

Ce sont tout autant des critiques de compétence, de forme et de fond qui sont adressées aux actes contestés.

I. S'agissant de la compétence, le Premier ministre et le ministre en charge de la santé étaient bien compétents pour prendre, avant que le législateur ne crée le régime de l'état d'urgence sanitaire, les décrets des 16 et 17 mars 2020 pour le premier et l'arrêté du 14 mars 2020 pour le second. Et ces actes réglementaires pouvaient comporter des mesures restrictives de libertés, de la nature de celles qui ont été prises.

Le Premier ministre a agi en vertu de ses attributions de police générale, que l'article 34 de la Constitution ne lui a pas retiré, et qui lui permettent, en vertu des articles 21 et 37 de la Constitution, de prendre les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire et

justifiées par les nécessités de l'ordre public, au nombre desquelles figurent les impératifs de santé publique (v. en particulier 19 mars 2007, L..., n° 300467, A). Certes, lorsque le législateur est intervenu dans un domaine, il incombe au Premier ministre d'exercer son pouvoir de police générale sans méconnaître la loi ni en altérer la portée (même décision). Toutefois, les circonstances exceptionnelles, applicables en matière de santé publique (Sect., 20 mai 1955, Société Lucien, Joseph et Cie, Lebon p. 276) et sur lesquelles le Premier ministre s'est fondé, lui permettaient de prendre des mesures dérogatoires aux lois et règlements, y compris des mesures restrictives des libertés (18 mai 1983, X..., p. 199), dès lors qu'il appartenait au gouvernement de faire face à un événement grave imposant d'agir immédiatement. Contrairement à ce que soutiennent Mme E... et autres, ni l'article 16 de la Constitution, ni son article 36 relatif à l'état de siège, dont les conditions d'application n'étaient pas réunies, n'auraient dû être mis en œuvre à l'exclusion du recours aux circonstances exceptionnelles. La déclaration d'état d'urgence de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 n'était au demeurant pas une obligation pour le Gouvernement qui pouvait donc, et en tout état de cause, se fonder sur les circonstances exceptionnelles.

Quant au ministre en charge de la santé, il est intervenu sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique, qui l'habilite, en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, à prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population. Contrairement à ce qui est soutenu, et ainsi qu'il ressort du libellé tout à fait clair de cet article L. 3131-1, la compétence du ministre ne se limitait pas à pouvoir prendre des mesures de santé publique, mais bien toute mesure appropriée et proportionnée dans l'intérêt de la santé publique.

II. Sur la forme, seul le décret du 23 mars 2020 fait l'objet d'une critique, formulée par M. H... et tirée de l'absence de contreseing des ministres de l'intérieur et de la justice. Mais ce décret, et plus particulièrement son article 3 relatif aux déplacements, ne requiert pas que ces ministres signent ou contresignent les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement son exécution (au sens de la jurisprudence S..., Ass., 27 avril 1962, p. 279). La circonstance que le décret habilite le préfet à prendre des mesures plus restrictives ne suffit pas, par elle-même, à imposer un contreseing du ministre de l'intérieur (Ass, 12 avril 2002, Fédération des industries de la parfumerie, n° 230848, A) et la circonstance que la violation des interdictions ou obligations figurant à l'article 3 constitue, en vertu de la loi, une contravention ou un délit n'imposait pas le contreseing du ministre de la justice.

III A. Sur le fond, les requérants formulent des critiques en partie opposées, puisque :

- Il est soutenu, d'une part, que le confinement généralisé de la population sur l'ensemble du territoire est une mesure qui, à la date où elle a été décidée, était disproportionnée.

Il est vrai qu'aux dates où les mesures de confinement ont été prises, le nombre des hospitalisations, des admissions en réanimation et des décès était encore peu élevé. Au moment où le Premier ministre prend la parole devant le Sénat, le 19 mars 2020, pour

l'examen du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, il fait état de 264 morts en France. Deux jours plus tard, devant l'Assemblée nationale, il annonce que 372 personnes sont décédées en France du Covid-19.

Mais, et alors que le législateur lui-même, par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020 sur l'ensemble du territoire national et l'a ensuite prorogé jusqu'au 10 juillet 2020 inclus (loi du 11 mai 2020), les mesures adoptées en particulier par les décrets du 16 mars et du 23 mars, l'ont été pour faire face à une pandémie que l'OMS a déclarée, le 30 janvier 2020, comme constituant une urgence de santé publique de portée internationale. Le confinement et les nombreuses restrictions qui l'ont accompagné ont été décidés pour limiter la propagation du virus dans un contexte de saturation des structures hospitalières, alors que les connaissances sur ses modes de transmission permettaient d'établir qu'il s'agit d'un virus particulièrement contagieux, qu'il présente un caractère pathogène et peut provoquer un décès pour les personnes les plus fragiles compte tenu de leur état de santé. Nous avons aujourd'hui dépassé les 57 000 décès liés au Covid-19. Aucun médicament disponible ne présentait – et ne présente aujourd'hui encore – une efficacité suffisante, les dispositifs de dépistage ne permettaient alors pas de procéder à des tests à grande échelle, notamment pour détecter les personnes infectées et asymptomatiques, et donc de lutter au cas par cas contre les chaînes de contamination. Les équipements de protection, en particulier les masques, n'étaient pas disponibles en quantité suffisante sur le territoire pour équiper toute la population.

En outre, les mesures de confinement en litige, également décidées dans la plupart des autres Etats européens, ont été assorties d'exceptions. Elles ont été prises pendant une durée nécessairement limitée au temps nécessaire pour endiguer, au moins provisoirement, la circulation du virus sur le territoire.

Compte-tenu des circonstances sanitaires, des connaissances et des moyens disponibles, les décisions des 16 mars et 23 mars d'interdire, sauf exceptions, aux personnes de sortir de leur domicile sur l'ensemble du territoire national, quelles que soient les disparités entre départements en termes de diffusion effective de l'épidémie, ne présentaient pas, aux dates auxquelles elles ont été prises et au regard de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi, un caractère disproportionné.

Pour les mêmes motifs, les moyens tirés de ce que ces mesures portent également une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété pourront être écartés.

Ajoutons immédiatement que le moyen de détournement de pouvoir allégué par M. N..., tiré de ce que les mesures restrictives de liberté décidées à compter du 16 mars n'ont eu pour autre objectif que de reporter le second tour des élections municipales dès lors que les principales formations politiques subissent le plus les effets de l'abstention, ne peut qu'être écarté comme manquant en fait.

- Il est également soutenu, d'autre part, que des distinctions opérées tant par l'arrêté du 14 mars qu'ensuite par le décret du 23 mars entre les établissements ne pouvant plus accueillir du

public et les activités dont la poursuite était autorisée ne seraient pas justifiées et présenteraient ainsi un caractère discriminatoire. Vous pourrez écarter ce moyen.

Les marchés alimentaires, autorisés par l'arrêté du 14 mars et interdits par le décret du 23 mars sauf autorisation préfectorale pour répondre à un besoin d'approvisionnement de la population et si les conditions sanitaires de leur organisation le permettent, ne sont, au regard de la finalité des mesures prises, objectivement pas dans la même situation que les marchés non-alimentaires. Il en est de même des 48 secteurs d'activités listés en annexe de l'arrêté du 14 mars modifié et du décret du 23 mars, pour lesquels le gouvernement a estimé que l'accueil du public devait demeurer possible pour permettre l'approvisionnement en produits de première nécessité et la fourniture de services essentiels à la population, et qui ne sont pas dans la même situation, au regard de cette finalité, que les restaurants et les salles de spectacles.

Quant aux activités de restauration, le moyen nous paraît manquer en fait : l'interdiction pour les restaurants d'accueillir du public, prévue par l'arrêté du 14 mars 2020 et le décret du 23 mars 2020, doit, compte-tenu de la rédaction respectivement de l'article 1^{er} de l'arrêté et de l'article 8 du décret, s'apprécier comme s'étendant aux hôtels et pensions de famille, aux hôtels restaurants d'altitude et aux refuges de montagne lorsqu'ils exercent une activité de restauration.

Une autre discrimination est alléguée, qui vise cette fois le décret du 30 mars 2020 relatif au fonds de solidarité créé par une ordonnance du 25 mars 2020⁷. Elle est à peine esquissée et aucunement étayée. Il est seulement soutenu qu'aucun motif d'intérêt général ne justifie les critères retenus pour que les entreprises soient éligibles aux aides financières du fonds. Mais, le fonds a vocation à verser des aides aux entreprises particulièrement touchées par la crise sanitaire, à savoir, à l'origine, les entreprises les plus fragiles (notamment : moins de 10 salariés, CA inférieur à 1 millions d'euros et bénéfice imposable n'excédant pas 60 000 euros au titre du dernier exercice clos) et qui ont fait l'objet d'une interdiction d'accueil du public ou subi de pertes importantes (70 % du CA, ramené à 50 %⁸). Ces critères ont ultérieurement évolué. Aucune argumentation ne critique utilement le choix de ces critères.

- A l'opposé de cette première série de critique, il est inversement⁹ soutenu, par Mme E... et autres, que les mesures prises, aussi bien avant que pendant l'état d'urgence sanitaire, méconnaissent l'article 2 de la ConvEDH garantissant, y compris par des obligations positives, le droit de toute personne à la vie, et sont également entachées d'erreur manifeste d'appréciation, dès lors que les obligations et restrictions qui ont été prises sont insuffisantes, inefficaces, laxistes et contre-productives puisque comportant trop d'exceptions¹⁰. A ce titre

⁷ Ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020 portant création d'un fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

⁸ Décret n° 2020-394 du 2 avril 2020.

⁹ Et non sans paradoxe puisque les mêmes requérants soutiennent également (v. supra) que les mesures édictées par les décrets des 16 et 23 mars portent une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété des commerçants et sont discriminatoires.

d'ailleurs, ces requérants ont assortis leur conclusion d'annulation d'une longue liste de demandes d'injonction, tendant notamment à l'isolement et la mise en quarantaine systématique de tous les nouveaux arrivants sur le territoire, la mise en quarantaine systématique des récidivistes contrevenant aux règles de confinement, la mise en place de check point dans les grands axes des villes au besoin en recourant à l'armée ou encore l'interdiction des rassemblements de plus de deux personnes.

Les arguments invoqués à l'appui des moyens sont toutefois assez largement inopérants, car insusceptibles d'affecter la légalité des arrêtés et décrets attaqués. Mme E... et autres vous expliquent en effet qu'il aurait fallu mettre en œuvre les préconisations résultant de la déclaration de la deuxième réunion du comité d'urgence de l'OMS, du 30 janvier 2020. Passons sur le fait que les requérants se réfèrent à la liste des conseils adressés à la Chine, alors qu'à cette date, l'OMS invite seulement les autres pays à se tenir prêts à prendre des mesures pour endiguer l'épidémie, car il n'en demeure en tout état de cause pas moins que la discussion relative à la mise en place des tests de dépistage ou encore la fourniture de masques à la population n'a pas incidence sur la légalité des actes en litige.

En réalité, une seule mesure est utilement critiquée : l'interdiction des rassemblement, réunion ou activité mettant en présence de manière simultanée plus de 100 personnes en milieu clos ou ouvert, prévue par l'arrêté du 14 mars puis le décret du 23 mars, et qui signifie inversement que de tels rassemblements, réunions ou activités de moins de 100 personnes ne sont pas interdits, ce que les requérants considèrent comme une autorisation excessive. Néanmoins, et alors que tant le décret du 16 mars 2020 que le décret du 23 mars 2020 ont très strictement encadré le déplacement des personnes, il est difficile d'établir en quoi la disposition critiquée serait susceptible d'emporter à elle seule une méconnaissance du droit à la vie ou serait entachée d'une erreur manifeste d'appréciation au regard de l'objectif de santé publique poursuivi par l'arrêté et les décrets contestés.

III B. Si le caractère proportionné des dispositions en litige était donc critiqué pour des motifs opposés, les requérants se rejoignent en revanche tous pour adresser aux actes attaqués une même critique tirée de leur imprécision et ambiguïtés. La critique est formulée, de manière générale, au regard de l'objectif d'intelligibilité de la norme, qui est opérant à l'encontre d'un acte réglementaire (Assemblée, 24 mars 2006, Société KPMG et Société Ernst & Young Audit et autres, n°s 288460 288465 288474 288485, p. 154)¹¹, ou plus spécifiquement, dès lors que la méconnaissance des obligations édictées tant par le décret du 16 mars que celui du 23 mars peuvent donner lieu à une sanction pénale, nous y reviendrons, sur le terrain du principe de légalité des délits et des peines, qui implique la précision et la clarté des termes utilisés.

¹⁰ En référé, v. JRCE, 4 avril 2020, Mme E... et autres, n° 439816.

¹¹ Pour une annulation partielle d'un décret réglementaire pour ce motif (29 octobre 2013, Association Les amis de la rade et des calanques et autres, n° 360085, aux Tables, s'agissant d'un renvoi à des dispositions qui n'existent pas).

En l'espèce, nous vous proposons d'écarter ce moyen, aussi bien sur le terrain de l'intelligibilité que de la précision de la norme, pour autant que l'on procède à une lecture suffisamment raisonnable des différentes expressions critiquées.

Certes, le juge des référés du Conseil d'Etat, dans l'ordonnance Syndicat Jeunes Médecins du 22 mars 2020¹², a enjoint au Premier ministre et au ministre de la santé d'apporter des précisions sur certaines exceptions à la règle du confinement et sur le sens de certains termes. Mais il statuait alors dans le cadre d'un référé-liberté par lequel le syndicat requérant mettait en cause la carence de l'Etat et où, c'est ce qui est jugé, celle-ci était susceptible d'être caractérisée si les dispositions adoptées étaient inexactement interprétées, ce qui pouvait être le cas au regard de la teneur des messages d'alerte diffusés à la population, qui faisaient apparaître l'ambiguïté de la portée de certaines dispositions¹³. Cette approche factuelle et pragmatique est conforme à l'office du juge du référé-liberté. En excès de pouvoir en revanche, l'appréciation de ces dispositions en terme de légalité, sans qu'est d'incidence à cet égard la politique de communication des autorités publiques, ne nous semble pas poser de difficultés.

Par exemple, et nous nous en tiendrons seulement à quelques exemples :

- un domicile, qui ne saurait évidemment être exigé des personnes sans domicile fixe, s'entend, au sens des décrets des 16 et 23 mars, comme le lieu de domiciliation choisi par les personnes concernées pour se confiner ;
- un déplacement pour motif de santé, autorisé par le décret du 16 mars 2020, est un déplacement pour motif de santé quelle que soit la gravité ou l'urgence de ce motif, en l'absence de restrictions supplémentaires, qui figureront en revanche dans le décret du 23 mars 2020 ;
- des déplacements brefs au sens de ce même décret du 16 mars sont des déplacements d'une durée limitée, soit le temps d'une activité physique individuelle, soit le temps du besoin des animaux, à proximité du domicile dans les deux cas, sans conditions de minutes ou de mètres, qui seront en revanche imposées par le décret du 23 mars 2020 ;
- des achats de premières nécessité, mentionnés dans les décrets du 16 mars ou du 23 mars, sont des achats effectués dans des établissements dont les activités demeurent autorisées, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le réel caractère de première nécessité ou non de ce qui a été effectivement acheté ;
- un document permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une des exceptions, exigé par les deux décrets, est constitué par tout document de nature à justifier le motif du déplacement, y compris une attestation sur papier libre.

Ajoutons que la circonstance, tout à fait exacte, que les décrets en litige aient fait l'objet de modifications, une fois seulement pour le décret du 16 mars, près d'une vingtaine de fois pour le décret du 23 mars, ne saurait révéler à elle seule l'imprécision de chacune des versions modifiées. La stabilité du droit en a certainement souffert, mais le principe d'adaptabilité de la norme ne la rend toutefois pas inintelligible ou imprécise pour autant.

¹² N° 439674, aux tables.

¹³ V. également JRCE, 30 avril 2020, Fédération française des usagers de la bicyclette, n° 440179, aux tables.

III. C. Au sujet du modèle d'attestation proposé par le ministère de l'intérieur, il convient de relever qu'il ne présentait, dans le cadre des décrets du 16 mars et du 23 mars, aucun caractère obligatoire¹⁴ et n'a été mis à la disposition de la population qu'afin de faciliter la mise en œuvre des exceptions à l'interdiction de se déplacer hors de son domicile. La décision de publier ce modèle d'attestation, contestée par M. H... essentiellement par des moyens inopérants, ne peut donc être regardée comme prise pour l'application de l'article 3 du décret du 23 mars 2020. En admettant même que la requête de M. H... soit en réalité dirigée contre l'attestation elle-même et qu'elle soit recevable eu égard aux effets notables de ce document, les moyens soulevés n'en demeurent pas moins voués au rejet. En particulier, cette attestation pouvait comporter une case sur l'heure de sortie, alors même que ce renseignement n'est pas nécessaire pour tous les déplacements autorisés par exception, même s'il n'est pas inutile ; de même, l'attestation pouvait, sans méconnaissance du principe d'égalité, concerner les personnes participant à des missions d'intérêt général sur demande de l'autorité administrative, alors que les travailleurs disposaient d'un modèle d'attestation permanente, dès lors que ceux deux catégories de personnes ne sont objectivement pas dans la même situation quant au motif du déplacement.

III. D. Toujours sur le terrain du principe de légalité des délits et des peines, est soulevé, par plusieurs requérants, un moyen qui mérite de s'y arrêter un peu plus longtemps. Il est tiré de ce que le Premier ministre ne pouvait, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, subordonner le déplacement en dehors du domicile pour l'un des motifs prévus à l'article 3 du décret du 23 mars 2020 à la présentation d'un document justifiant de ce motif, alors que le défaut de présentation du document, et non pas seulement l'absence de motif valable, peut donner lieu aux sanctions prévues à l'article L. 3136-1 du code de la santé publique¹⁵.

Cet article L. 3136-1 du code de la santé publique prévoit que la violation des interdictions ou obligations édictées, autres que les réquisitions, est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe et si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. En cas de verbalisation à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de peines complémentaires¹⁶.

¹⁴ Le III de l'article 3 du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire était en revanche ainsi rédigé : « Les personnes qui se déplacent pour l'un des motifs prévus au I se munissent, lors de leurs déplacements, d'une déclaration indiquant le motif du déplacement accompagnée, le cas échéant, d'un ou plusieurs documents justifiant ce motif ainsi que d'un justificatif du lieu de résidence. Le modèle de cette déclaration est fixé par arrêté du ministre de l'intérieur ».

¹⁵ Avant le décret du 23 mars 2020, la violation des mesures édictées par le décret du 16 mars 2020 était sanctionnée en vertu du décret du 17 mars 2020 portant création d'une contravention réprimant la violation des mesures destinées à prévenir et limiter les conséquences des menaces sanitaires graves sur la santé de la population.

¹⁶ Peine complémentaire de travail d'intérêt général et peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule.

Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020 (M. Oussman G. et autres), a jugé que cet article ne méconnaissait pas le principe de légalité des délits et des peines. Il a donc validé le renvoi aux interdictions ou obligations déterminées par décret du Premier ministre.

Se pose à vous la question de savoir si, dans le cadre des dispositions de l'article L. 3131-15, le Premier ministre pouvait non seulement prescrire une mesure de confinement dont la violation est sanctionnée en vertu de l'article L. 3136-1, ce qui n'est pas douteux, mais aussi imposer de se munir d'un document justifiant de ce que le déplacement répond à l'une des exceptions à l'interdiction de se déplacer en dehors du domicile, sous peine là aussi d'une sanction de l'article L. 3136-1. Nous pensons que c'est bien le cas.

Il faut avoir à l'esprit que l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, rédigé en urgence par le Parlement comme le reste de la loi du 23 mars 2020, résulte d'un compromis entre l'Assemblée nationale et le Sénat, dont les débats en commission mixte paritaire rendent compte. Là où le projet du gouvernement et la version votée par l'Assemblée nationale donnaient de larges possibilités de réglementation au Premier ministre, le Sénat a souhaité lister les domaines et modalités d'intervention du chef du Gouvernement. Le texte final a cherché à établir un équilibre acceptable, dans le temps imparti, entre ces deux objectifs. La liste dont le Sénat est à l'origine a été conservée, sous réserve de quelques ajustements de rédaction, dans la loi finalement publiée. L'intention était d'énumérer « les mesures restrictives de libertés susceptibles d'être prises par le Premier ministre, en s'inspirant des mesures déjà prévues dans les décrets et arrêtés pris au cours des dernières semaines » (Rapport de la commission, Sénat, n° 381, p. 26). L'obligation de se munir d'un document permettant de justifier que le déplacement considéré entre dans le champ de l'une des exceptions figurait déjà dans le décret du 16 mars 2020 et la méconnaissance de cette obligation était sanctionnée d'une contravention en vertu du décret du 17 mars 2020 (n° 2020-264).

Nous lisons donc le 2° de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique comme encadrant, au même titre que les 1°, 3° et 4°, les pouvoirs du Premier ministre en matière de liberté d'aller et de venir mais aussi comme ne faisant pas obstacle à ce qu'il prenne l'ensemble des mesures nécessaires à l'interdiction de se déplacer et à ses exceptions, et qui existaient d'ailleurs déjà.

Notons au demeurant que le 2° de l'article L. 3131-15 n'a prévu que les déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux ou de santé comme exceptions à l'interdiction de se déplacer, mais n'a ce faisant nullement – c'est assez heureux – empêché le gouvernement, ainsi que l'a souligné le Conseil constitutionnel dans la décision précitée, de prévoir d'autres exceptions, qui existaient déjà aussi, et ce afin de s'assurer que l'interdiction de se déplacer demeure adaptée à la situation.

Les habilitations de l'article L. 3131-15 doivent donc être lues dans cette optique. Elles ne permettent pas au Gouvernement de prendre toutes mesures (nous renvoyons à nos

conclusions sur l'affaire CGT et autres de ce rôle), mais elles lui permettent bien de prendre les mesures nécessaires.

La réglementation des moyens de contrôler les déplacements autorisés par exception nous apparaît, dès lors qu'elle participe de l'efficacité d'une interdiction nécessaire à la situation, au nombre des mesures que le Gouvernement peut prendre sur le fondement de ce même 2°.

Au demeurant, vous pourriez aussi trouver dans le 1° de l'article L. 3131-15 un fondement complémentaire à l'obligation de se munir d'un document, dès lors que l'objet de ce 1° est d'encadrer la circulation des personnes¹⁷.

Nous vous proposons donc d'écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe de légalité, ainsi que, pour ces motifs et ceux déjà invoqués, les moyens tirés de ce que l'obligation d'un document justificatif méconnaît les principes de nécessité et de proportionnalité.

III. E. Reste un dernier moyen, soulevés par Mme E... et autres, dirigé contre l'article 12-5 du décret du 23 mars 2020, ajouté par le décret n°2020-384 du 1er avril 2020, et selon lesquelles : - d'une part, les soins de conservation (définis à l'article L. 2223-19-1 du code général des collectivités territoriales) sont interdits sur le corps des personnes décédées (« des défunts atteints ou probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès », sera-t-il ensuite précisé par un décret du 30 avril¹⁸).

- d'autre part, les défunts atteints ou probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès font l'objet d'une mise en bière immédiate. La pratique de la toilette mortuaire est interdite pour ces défunts ; le même décret du 30 avril ajoutera que peuvent être réalisés des soins post-mortem par des professionnels de santé ou des thanatopracteurs.

Il convient de noter que l'article 12-5 du décret du 23 mars 2020, en dépit de ce qu'annonce l'article 1^{er} de ce décret, n'est pas pris sur le fondement de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, qui ne comporte aucune rubrique relative à la matière funéraire, mais résulte donc de l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir de police générale, le Gouvernement ayant par ailleurs adapté les règles funéraires en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de covid-19 par un décret n° 2020-352 du 27 mars 2020¹⁹.

A noter aussi que les mêmes dispositions ont ensuite été reprises dans le décret du 11 mai 2020 (article 23)²⁰ et qu'elles figurent également dans le décret du 29 octobre 2020 (article 50)²¹.

¹⁷ Il permettait à l'origine de « restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux heures fixés par décret ». Avec la loi du 11 mai 2020 (n° 2020-546, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions), il permet de « réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage ».

¹⁸ Décret n° 2020-497 du 30 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

¹⁹ En référé, v. JRCE, 4 avril 2020, Mme E... et autres, n° 439816.

C'est seulement la règle selon laquelle les défunts atteints ou probablement atteints du covid-19 au moment de leur décès font l'objet d'une mise en bière immédiate qui est attaquée, au motif qu'elle fait obstacle à ce que la famille, si elle le souhaite, puisse voir une dernière fois la personne décédée. Cette règle de mise en bière immédiate constitue une dérogation au droit commun, en vertu duquel elle a lieu en vertu d'un arrêté du ministre de la santé qui fixe la liste des infections transmissibles (article R. 2213-2-1 du CGCT) ou en vertu d'une décision de l'officier d'état civil s'il y a urgence (article R. 2213-18 du CGCT).

Les requérants critiquent cette règle de la mise en bière immédiate du corps par un moyen d'erreur manifeste d'appréciation. Mais s'agissant d'une mesure de police, vous pourrez, compte-tenu de l'argumentation développée, procéder à un contrôle de proportionnalité.

Sur cette question, il se trouve que le Haut Conseil de la santé publique, par un avis du 18 février 2020 relatif à la prise en charge du corps d'un patient décédé infecté par le virus SARS-CoV-2, avait notamment recommandé que le corps d'un tel patient décédé, enveloppé au moment du décès dans une housse mortuaire étanche hermétiquement close, soit déposé en cercueil simple et qu'il soit procédé sans délai à la fermeture définitive du cercueil.

Puis le Haut Conseil, dans un avis du 24 mars 2020 relatif à la prise en charge du corps d'un patient cas probable ou confirmé COVID-19, a pris en compte la circonstance que si le risque infectieux ne disparaît pas immédiatement avec le décès d'un patient infecté, les voies de transmission sont néanmoins réduites, et en particulier la voie respiratoire, qui constitue le mode principal de transmission du virus. Il a alors estimé que toutes les précautions en matière sanitaire devaient continuer de s'appliquer et que, dans ces conditions, les proches pouvaient voir le visage de la personne décédée dans la chambre hospitalière, mortuaire ou funéraire, tout en respectant les mesures barrière, et le cas échéant, deux personnes au maximum, désignées par les proches, pouvaient avoir une présence active si un impératif rituel le nécessitait et après accord de l'équipe de soins ou du personnel de la chambre mortuaire ou funéraire.

Le Gouvernement, qui avait saisi le Haut Conseil, n'a pas suivi son avis sur ce point, ce qu'il n'était pas tenu de faire. Néanmoins, il n'expose pas, dans ses écritures en défense, les obstacles qui l'ont convaincu d'adopter la règle critiquée. Or, la possibilité de voir le corps de la personne décédée avant son inhumation est un élément du deuil et relève du droit au respect de la vie familiale²². Si des restrictions peuvent s'imposer à l'exercice de ce droit, pour des

²⁰ Décret n° 2020-545 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

²¹ Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

²² Pour la CourEDH, on ne peut exclure que le droit au respect de la vie privée et familiale puisse s'étendre à certaines situations postérieures au décès (13 septembre 2005, *W...* c. Royaume-Uni, n° 42639/04). La Cour a reconnu que certaines questions concernant le traitement réservé à la dépouille d'un proche décédé, ainsi que la possibilité d'assister aux obsèques d'un proche et de se recueillir sur sa tombe, relèvent du droit au respect de la vie privée ou familiale garanti par l'article 8 (20 septembre 2018, *Y... et Z...* c. Pologne, n°s 30491/17 et

raisons sanitaires, en l'espèce la règle de la mise en bière immédiate du corps du défunt au regard de l'objectif de santé publique poursuivi n'apparaît pas être une nécessité impérieuse dès lors que des modalités de présentation du corps apparaissent possibles dans le respect des mesures de protection sanitaire assorties au besoin de conditions tenant à la qualité des proches, leur nombre, leur provenance sur le territoire ou encore l'accord de l'établissement.

Nous vous proposons donc d'annuler le mot « immédiate » à l'article 12-5 du décret du 23 mars 2020.

En conclusion, nous vous invitons donc, et sans qu'il soit nécessaire de saisir pour avis la Cour européenne des droits de l'Homme comme le permet le Protocole 16, à annuler le mot « immédiate » à l'article 12-5 du décret du 23 mars 2020 et à rejeter le surplus des conclusions présentées dans les requêtes, y compris au titre des frais exposés.