



Les mesures de protection contre la pandémie en Allemagne, restrictives aux droits fondamentaux

Pauline Grampp

ABSTRACT

France, Germany and almost all other countries are facing a pandemic crisis. In order to contain it and protect individuals' health, they have to enforce certain measures that may restrict individual freedom. The conflicting fusion of two legal concepts refers to this paradigm in the German legal theory. First, public health protection is part of the state's duties to ensure the safety of their citizens' lives. Second, citizens are holders of individual rights related to human autonomy and dignity. This article examines the implementation of this subtle balance between the protection of health and of the self-determination of the person, between the objective dimension of the greatest number and the subjective dimension of the individual, subject of law.

RESUME

La France, l'Allemagne et la quasi-totalité des Etats font face à une crise pandémique et, cherchant à la maîtriser, doivent prendre des mesures restrictives aux libertés individuelles afin de protéger la santé des individus. La théorie juridique allemande traduit ce paradigme dans la concordance entre deux concepts juridiques. D'abord, la protection de la santé s'inscrit dans une obligation pour l'Etat de garantir la vie des citoyens. Ces derniers sont ensuite titulaires de droits individuels rattachés à l'autonomie de l'homme et à sa dignité. Cet article traite de la mise en œuvre de cet équilibre précaire entre la protection de la santé et l'autodétermination de la personne, entre la dimension objective du plus grand nombre et la dimension subjective de l'individu, sujet de droit.

MOTS-CLES: autonomie individuelle - protection de la santé - obligation de l'Etat - garantie des droits, Allemagne - mesures anti-COVID-19

Pour citer l'article :

Pauline Grampp, « Les mesures de protection contre la pandémie en Allemagne, restrictives aux droits fondamentaux », *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, septembre 2020/2, pp. 293-308.

La reproduction ou représentation de cet article n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site de l'*Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2020 Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties

Les mesures de protection contre la pandémie en Allemagne, restrictives aux droits fondamentaux

Pauline Grampp*

« Nous sommes en guerre », annonce Emmanuel Macron le lundi 16 mars 2020, à la veille du confinement en France¹. Un mois plus tard, le Président de la République fédérale d'Allemagne « corrige » le chef d'État français, préférant à la définition de la guerre, la venue d'une épreuve pour notre humanité². La crise et les mesures de restriction qui en découlent devront reposer sur les principes démocratiques, devront être conditionnées et limitées par la démocratie. Si cette crise n'a pas été éprouvée de la même façon des deux côtés du Rhin, elle a pu également engendrer des réponses juridiques très contrastées. Luc Perino, médecin et épidémiologiste a pu qualifier l'attitude des gouvernants français comme participant de la « démesure infectieuse »³. En effet, dans l'histoire des deux États, aucun précédent n'existe au regard de la sévérité des mesures prises pour faire face à une pandémie. Le cinéaste allemand, Völker Schlöndorff rapportait que les mesures de confinement en France, pour la plupart, communes à l'ensemble de la population, entraînaient des conséquences très disparates sur les individus. Par exemple, la situation des personnes âgées résidant dans les maisons de retraite et dans les établissements médicalisés pouvait être comparée à une mise sous-tutelle⁴. Le fait de confiner ces personnes dans leurs institutions, en interdisant les visites des proches, en bloquant les visites du personnel « non essentiel », s'apparente facilement à une mise sous-tutelle, bien qu'une différence essentielle subsiste : le consentement des intéressés n'a pas été demandé alors qu'il s'agirait d'une condition nécessaire. François Sureau s'interrogeait déjà en 2019 : « D'où nous vient cette tolérance pour les tutelles que l'État nous impose, lui dont par ailleurs le comportement est rarement un modèle, qu'il s'agisse de légalité ou d'honneur ? »⁵.

En outre, de nombreux spécialistes et virologues allemands, notamment Christian Drosten, déplorent le fait que les individus aient passé la majeure partie de leur temps dans leurs foyers. Bien qu'ils puissent échapper à l'infection du virus en ne se rencontrant plus dans l'espace public, cela n'aura pas seulement un effet positif sur leur santé. Les séjours prolongés en plein air ont été très vite interdits alors qu'ils participent au renforcement du

* Docteur en droit public, université de Strasbourg, I.R.C.M.

¹ Disponible in Le Monde, « Nous sommes en guerre » : le verbatim du discours d'Emmanuel Macron [dernière consultation le 14 septembre 2020].

² « Das ist nicht ein Krieg aber eine Prüfung unserer Menschlichkeit », Discours de Franck-Walter Steinmeier, 11 avril 2020.

³ L. Perino, 28 Minutes, 08 mai 2020.

⁴ V. Schlöndorff, 28 minutes, 06 mai 2020.

⁵ F. Sureau, *Sans la liberté*, Paris, Tracts Gallimar, septembre 2019, p. 29.

système immunitaire. Certains juristes allemands sont allés plus loin en parlant d'un État hygiéniste, fashistoïde et hystérique. La réaction des politiques face à la « crise », en Allemagne ou en France, se comprend aussi au regard du premier pays touché par l'épidémie : la Chine. Les mesures restrictives aux libertés auraient-elles été similaires si, par exemple, la Suède avait été le premier pays concerné par la maladie ? Les reproches adressés à la Chine sur la lenteur de son action, l'opacité de la situation et parfois la volonté délibérée de cacher des éléments cruciaux dans la compréhension du virus n'ont fait qu'accélérer les manœuvres de nos gouvernements, craignant la critique de la passivité et de l'inaction.

Une différence fondamentale sépare les États français et allemand dans leurs pratiques. D'un côté, en France, un État unitaire et centralisé aurait pu prétendre à une meilleure gestion de la crise, avec l'intervention d'un président tout puissant, d'un commandant en chef de la nation déroulant la métaphore de la guerre dans ses discours. De l'autre côté, l'Allemagne, un État fédéral, reposant sur des principes communs à la Fédération et aux Länder, pouvait, au contraire, souffrir de conflits de répartition des compétences, de désorganisation et de faiblesse pour donner une impulsion générale à l'ensemble du territoire. La messe ne fut pas dite. C'est davantage la précision des mesures de l'État fédéral ayant pour objet de réduire les contacts physiques et ce, tout en restant conscient du prix sociétal et historique, qui a permis de dresser un bilan plus satisfaisant dans la garantie des libertés individuelles que le confinement « à la française ». La notion même de « confinement », une obligation de rester chez soi ou une interdiction de se rendre dans certains lieux, en allemand, *Ausgangssperre*, n'a pas la même signification dans nos deux États. Le 16 mars 2020, les Français ont été confinés avec la seule possibilité de sortir une heure par jour, ne dépassant pas le kilomètre réglementaire, afin de se dégourdir l'esprit. Cette situation aurait été impensable dans l'État allemand qui associe l'*Ausgangssperre* à un putsch militaire ou à un régime dictatorial. Ces mesures ne sauraient être autorisées par la Loi fondamentale allemande qu'en dernier recours. Celui qui veut briser une Révolution, une résistance démocratique, empêche les individus de se rassembler.

Quelques jours après l'annonce du confinement français, le 22 mars 2020, la Chancelière et les chefs de gouvernement des Länder prennent des mesures restrictives. Les rassemblements de plus de deux personnes sont interdits sur tout le territoire. Aucune attestation n'est nécessaire pour se rendre au travail, pour faire les courses, se promener, aller chez le médecin ou faire du sport. Les parcs restent ouverts et les piétons doivent respecter la distance de 1,5 mètre dans les espaces publics. Les supermarchés et les commerces sont autorisés (notamment les réparateurs de vélo). Les restaurants sont fermés mais cela ne s'applique pas à la livraison de repas. Le caractère contraignant n'est pas privilégié comme en France. Le 18 mars, Angela Merkel, dans son allocution, en appelle au sens civique ; « Pour quelqu'un comme moi pour qui la liberté de voyager et de circulation a été un droit durement acquis, de telles restrictions ne peuvent être justifiées que par une nécessité absolue. Dans une démocratie, elles ne devraient jamais être décidées à la légère, et seulement de façon provisoire. Mais elles sont en ce moment indispensables

pour sauver des vies. »⁶. Chaque Land prend ensuite des mesures particulières et adaptées à leur situation, tous privilégient la distanciation physique plutôt que le confinement. Le 15 avril, la Fédération et les Länder élaborent déjà un premier plan de réouverture de certains établissements⁷ et notamment des écoles, privilégiant la reprise des classes finales préparant des examens. La Chancelière allemande exige des nouveaux rendez-vous toutes les deux semaines pour suivre l'évolution de la pandémie. Le 27 mai 2020, la Fédération et les Länder prolongent les restrictions de contact jusqu'à la fin du mois de juin. Les Länder ont cependant la possibilité de mettre en place des assouplissements.

Pour que cette coopération perdure, les autorités politiques et judiciaires procèdent à l'examen continu et répété de l'équilibre (ou en allemand, *Abwägung*) entre la protection de la santé des individus et la garantie des libertés individuelles. Les deux poids de la balance sont inscrits dans la Loi fondamentale allemande dans son article 2⁸. La protection de la santé du plus grand nombre pourrait primer les libertés de chacun, cependant, la liberté d'agir, la liberté de la personne protège l'autonomie de l'individu. La protection de la santé des individus n'a jamais autant porté atteinte à la liberté d'agir de la personne et à bon nombre d'autres droits fondamentaux dans l'histoire de la République fédérale. Cette mission d'équilibrage des intérêts se voit largement fragilisée par l'incertitude scientifique qui règne toujours (**Partie II**). En outre, la protection de la santé motive l'ensemble des mesures restrictives aux libertés fondamentales. Elle représente une obligation pour l'État, garantie par la Constitution allemande ou « *Schutzpflicht* ». Il faut analyser le cadre juridique et objectif de cette protection en tant qu'obligation positive de l'État (**Partie I**).

Partie I - La dimension objective des droits fondamentaux: l'obligation de protection de l'État

Posons-nous la question du contenu de l'obligation étatique de protection de la santé des individus et de ses limites dans la théorie allemande des droits fondamentaux. Au préalable, la fonction essentielle et « naturelle » des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale est de défendre la sphère individuelle des ingérences de l'État ou des tiers. La protection dite subjective des droits fondamentaux garantissant l'autonomie individuelle précède la protection dite objective qui consiste pour l'État à garantir une action, une prestation positive. Il ne s'agit pas seulement pour l'État de ne pas interférer dans l'espace individuel des citoyens, l'État démocratique a le devoir d'agir en faveur des individus.

⁶« Für jemandem wie mich, für die Reise- und Bewegungsfreiheit ein schwer erkämpftes Recht waren, sind solche Einschränkungen nur in der absoluten Notwendigkeit zu rechtfertigen. Sie sollten in einer Demokratie nie leichtfertig und nur temporär beschlossen werden – aber sie sind im Moment unverzichtbar, um Leben zu retten. », disponible in [News DG - Fernsehansprache von Bundeskanzlerin Angela Merkel 18 03 2020](#) [dernière consultation le 14 septembre 2020].

⁷ Concessionnaires automobiles et vélo, librairies, bibliothèques, établissements culturels, archives, jardins zoologiques et botaniques, 20 avril 20.

⁸ Art. 2 de la Loi fondamentale : « (1) Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale. (2) Chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique. La liberté de la personne est inviolable. Des atteintes ne peuvent être apportées à ces droits qu'en vertu d'une loi. »

L'article 2, paragraphe 2, phrase première, indique que « chacun a droit à la vie et à l'intégrité physique ». L'État protège « l'existence corporelle et l'existence biologique et physique de l'individu de sa venue au monde à l'entrée dans la mort⁹ » (A). Dans le cadre de cette obligation, le législateur met en œuvre le droit de protection contre les infections (B).

A. Le cadre de l'obligation de protection déterminé par la Loi fondamentale et par la jurisprudence constitutionnelle

L'obligation de protection de la vie et de la santé, *Schutzpflicht*, doit être conciliée avec les libertés individuelles et les autres missions de l'État. La mission de protection qui incombe à l'État autorise l'individu à agir contre un manquement ou une omission de l'État. De façon générale, cette mission de protection inclut le bon fonctionnement du système de santé. La Cour constitutionnelle fédérale allemande, en 2010, a considéré qu'une violation de l'obligation de protection peut être constatée lorsque la puissance publique n'a pris aucune mesure de protection ou si les mesures en cause ont pour conséquence de ralentir considérablement la réalisation de l'objectif¹⁰. En outre, selon la Cour, l'État est tenu d'obtenir le plus d'informations possible afin d'établir une évaluation rationnelle des risques¹¹. Le contenu de l'obligation de protection de la vie et de la santé des individus a nécessité un recadrage, parfois imparfait, du tribunal de Karlsruhe à l'occasion des événements récents.

Dans une décision du 16 juillet 2020¹², les requérants s'opposent à l'inaction du législateur, qui n'a pas donné d'indications quant à la situation d'un éventuel « triage » de personnes nécessitant des soins. Dans cette affaire, les personnes en cause sont définies par l'institut Robert Koch¹³ comme des « personnes à risque ». Le « triage », correspondrait à une situation dans laquelle les ressources thérapeutiques sont insuffisantes. Il s'agirait alors pour le personnel hospitalier de soigner en priorité les personnes dont les chances de guérison sont les plus importantes. Dans cette affaire, les personnes à risque craignent d'avoir des possibilités de traitement plus faibles en raison de leur handicap. Les requérants invoquent une violation de l'obligation de protection de l'État. Selon eux, l'État manque à ses obligations en ne fournissant pas le même traitement à l'ensemble des individus. La

⁹ BverfGE 115, 118/139, « das körperliche Dasein, die biologisch-physische Existenz vom Zeitpunkt ihres Entstehens bis zum Eintritt des Todes ».

¹⁰ BVerfG, 18.02.2010 - 2 BvR 2502/08, „Um den Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde zu entsprechen, die auf die Verletzung der sich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergebenden Schutzpflicht gestützt wird, muss ein Beschwerdeführer jedoch schlüssig dartun, dass die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder zu entsprechen, die auf die Verletzung der sich aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ergebenden Schutzpflicht gestigt unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen“, disponible in <https://dejure.org/dienste/vernetzung> [dernière consultation le 14 septembre 2020].

¹¹ BVerfG, 18.02.2010 - 2 BvR 2502/08, „Allerdings trifft die Träger öffentlicher Gewalt eine Pflicht, Erkenntnisquellen auszuschöpfen und eine Risikoanalyse mit fachlicher Bewertung vorzunehmen“.

¹² BverfGE du 16 juillet 2020, 1BvR 1541/20.

¹³ L'institut Robert Koch (Robert Koch-Institut ou RKI) est l'établissement allemand central responsable du contrôle et de la lutte contre les maladies.

Cour constitutionnelle ne suit pas les arguments des plaignants et déclare que la question de l'étendue de la protection de l'État nécessitait un examen plus approfondi et ne pouvait, de surcroît, être réglée dans cette procédure d'urgence. Selon la Cour, cette situation mérite une intervention du législateur et du comité d'éthique allemand. La question de la violation de l'obligation de protection de l'Etat en cas de priorisation de certains individus au mépris d'autres reste donc en suspens. Ensuite, dans une autre affaire portée devant la Cour constitutionnelle le 16 mai 2020¹⁴, le requérant s'oppose aux mesures bavaroises posant des restrictions générales de contact. Selon les propos du requérant, les mesures imposées aux personnes ne présentant pas de risque sont disproportionnées et arbitraires. La Cour ne corrobore pas ces dires et déclare le recours irrecevable en expliquant que l'État doit trouver un équilibre entre les libertés des uns et le besoin de protection des autres. Selon la Cour, l'État ne se limite pas à protéger les personnes à risque, l'État peut établir des réglementations qui limitent les libertés des personnes présumées en meilleure santé. La Cour ne peut s'exprimer sur le fait qu'une personne encourt plus ou moins de risques qu'un autre individu. La Cour constitutionnelle insiste également sur la marge d'appréciation du pouvoir exécutif en raison des incertitudes dans le discours scientifique. Cette marge d'appréciation peut toutefois s'amoinrir dans le temps. Il faut alors que l'autorité de régulation en tienne compte et assouplisse les mesures en conséquence.

Si l'État est tenu d'agir afin de protéger la vie et la santé des individus, la Constitution allemande ne règle pas quelles autorités précisément sont chargées de quelles missions. Se pose la question plus générale de la légitimité de l'organe décisionnel. Comment se compose la « gouvernance » décisionnelle ? Dans quelle mesure les scientifiques, au sens large, et le personnel médical doivent-ils être intégrés dans le processus décisionnel s'appliquant à l'ensemble d'une population ? Qu'en est-il de l'arbitrage censé être exercé par le personnel politique ? Qu'en est-il de la co-responsabilité des citoyens ? L'État d'urgence permet-il l'existence d'un contre-pouvoir ? Les instances de santé centralisatrices garantissent-elles la transparence qui oblige naturellement l'État ? Si la prise de décision est dominée par les autorités de la Fédération et l'institut Robert Koch afin de donner une impulsion générale et centralisée, la *Schutzpflicht* qui incombe à l'ensemble des autorités publiques s'exerce par le moyen des gouvernements des Länder et de la décentralisation. Cependant, le fédéralisme pourrait apparaître à certains égards comme un frein à une prise de décision rapide et uniforme. La Loi fondamentale allemande ne prévoit pas de « fédéralisme allégé ». Le droit constitutionnel du fédéralisme allemand impose aux acteurs institutionnels une répartition des compétences assez contraignante. Le fédéralisme est destiné à contenir et à limiter efficacement le pouvoir du gouvernement central. Pendant la pandémie, le *Bundestag* (l'Assemblée parlementaire de la République fédérale d'Allemagne assurant la représentation du peuple dans son ensemble) a dû modifier son règlement intérieur afin de maintenir son quorum (un quart des membres : 178 sur 709 membres). L'objectif était de réduire le nombre de députés et les contacts dans le Palais du Reichstag. Au niveau de l'exécutif, le ministre fédéral de la santé n'était alors

¹⁴ Beschluss, 16. Mai 2020 - 1 BvQ 55/20.

autorisé qu'à émettre des recommandations et à coordonner les États membres. Si les responsabilités ont été transférées au niveau fédéral, la concurrence subsiste au niveau des Länder. Les États fédérés conservent leurs responsabilités propres et peuvent exercer un droit de veto effectif. Enfin, les communes jouent également toujours un rôle essentiel sur le territoire allemand et bénéficient de garanties constitutionnelles importantes¹⁵.

B. L'obligation positive du législateur et le droit de protection contre les infections

L'Etat, afin de remplir sa mission de protection, utilise le droit de protection des infections ou en allemand, *Infektionsschutzrecht*. La loi fédérale de protection contre les infections est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 et appartient au droit administratif spécial ou *Besonderes Verwaltungsrecht*. En 2001, l'objectif de la loi s'inscrivait dans la prévention des maladies infectieuses afin d'en éviter la propagation et d'encourager la coopération entre les différentes autorités et institutions du territoire fédéral. Dans la loi fédérale, l'institut Robert Koch joue un rôle particulier à travers des missions de contrôle et de surveillance. En outre, les droits fondamentaux tels que la liberté de l'individu, la liberté de rassemblement, le secret postal ou l'inviolabilité du domicile peuvent être restreints. Cette loi a été le résultat de cas de contaminations par le sang et par les produits sanguins du VIH, faisant suite à la directive 98/83 du 3 novembre 1998 sur la qualité de l'eau et à la décision 2119/98 du Parlement européen et du Conseil portant création d'un réseau de surveillance épidémiologique et de contrôle des maladies transmissibles. La situation de pandémie annoncée, les autorités ont considéré que la loi de 2001 ne permettait pas de mettre en œuvre des mesures de restriction suffisantes pour faire face à la crise. Le 28 mars 2020 entre en vigueur la nouvelle loi fédérale de protection de la population, qui est applicable jusqu'au 1^{er} avril 2021 et autorise l'adoption de règlements sans l'accord du *Bundesrat* (le Conseil fédéral qui représente les 16 Länder). Une limite à la centralisation tient en ce que les pouvoirs plus importants du ministère ne peuvent être décidés uniquement par le *Bundestag* en proclamant « la situation épidémique d'importance nationale » et en décidant de sa fin. De nombreuses critiques ont surgi quant à la règle de la responsabilité décentralisée dans le système fédéral, c'est pourquoi la fédération et les Länder se sont accordées sur des lignes directrices communes jusqu'à l'adoption de la modification de la loi du 28 mars.

La nouvelle loi du 28 mars prévoit que les mesures restrictives aux libertés nécessitent l'édition d'un acte administratif (*Verwaltungsakt*) ou d'un règlement de l'exécutif (*Verordnung*) des gouvernements des Länder. Le tribunal administratif de Munich a précisé, toutefois, que la forme d'action autorisée pour restreindre les sorties à l'échelle nationale, s'appliquant à l'ensemble de la population ne doit pas être un acte administratif mais doit provenir du pouvoir exécutif. La forme choisie pour l'ensemble des mesures a soulevé beaucoup de critiques de la part de la doctrine allemande et reste partiellement floue également pour la Cour constitutionnelle de Karlsruhe. Les commentateurs ont aussi été nombreux, lors du vote de la loi de protection contre les infections dans le Land de

¹⁵Article 28 [Garantie fédérale relative aux constitutions des Länder, autonomie communale].

Bavière. Le tribunal administratif de Munich a remis en question la légalité d'un acte administratif restreignant la liberté de circulation de treize millions de citoyens en Bavière. L'adoption d'une loi ou d'un règlement de l'exécutif, autorisé par le législateur est nécessaire. Selon les termes du tribunal, « der Zweck heiligt nicht die Mittel »¹⁶.

Le *Bundestag* donne son accord le 27 mars pour l'adoption de la modification de la loi de protection contre les infections du 28 mars¹⁷. Dans la nouvelle loi, huit autorisations sont accordées au ministère fédéral « sans préjudice des pouvoirs des Länder », pour émettre des règlements d'application immédiate, expirant six mois après leur entrée en vigueur sauf si elles sont prorogées avec l'accord, cette fois-ci, du *Bundesrat*. Le *Bundestag*, en décidant de la situation épidémique, peut autoriser le ministre fédéral de la santé Jens Spahn, toujours en fonction, à fermer des frontières, intervenir dans le trafic aérien, routier et maritime et modifier les lois en vigueur. La nouvelle réglementation tend à légitimer les mesures de quarantaine et de restrictions de sortie pour les personnes qui ne sont pas infectées par le virus et qui subissent toutefois des atteintes graves à leurs droits fondamentaux. Avec l'ancienne loi, des rassemblements pouvaient être interdits, des institutions publiques fermées mais cela ne pouvait être utilisé que de façon temporaire, comme un ordre de ne pas quitter un avion ou un navire pour ses passagers et ce, jusqu'à ce que les autorités aient pu isoler les personnes suspectes. Dans la nouvelle disposition, les mesures de quarantaine et de confinement sont légitimées mais elles ne sont pas effectivement nommées. L'autorité compétente peut dorénavant « obliger les gens à ne pas quitter l'endroit où ils se trouvent, ou seulement à le quitter sous certaines conditions, ou à ne pas entrer dans certains lieux, ou seulement à y entrer sous certaines conditions »¹⁸. Cela ressemble sous certains aspects à nos semaines d'isolement.

Deux développements conséquents peuvent être dégagés de la nouvelle loi. Un plus grand nombre d'autorités peuvent prendre des mesures de restriction, à côté des Länder et des communes. Les autorités fédérales bénéficient ensuite d'une véritable base juridique pour restreindre les déplacements des individus. La clause générale autorise « toutes les mesures de protection nécessaires »¹⁹. Dans quelle mesure la Cour constitutionnelle fédérale allemande peut-elle veiller au respect des droits fondamentaux dans ce cadre de violations continues, répétées et légitimées par le pouvoir exécutif et « son » obligation de protection de la vie et de la santé ? L'obligation de protection de l'Etat doit être conciliée avec les

¹⁶ « La fin ne justifie pas les moyens », VG München, Beschl. 24.03.2020 – M 26 S 20.1252 et M 26 S 20.1255.

¹⁷ Depuis, une autre loi de protection de la population en situation d'épidémie à portée nationale, modifiant la loi initiale de 2001 a été promulguée le 19 mai 2020.

¹⁸ § 28, *Loi de protection contre les infections* (IfSG), „soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist; sie kann insbesondere Personen verpflichten, den Ort, an dem sie sich befinden, nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu verlassen oder von ihr bestimmte Orte oder öffentliche Orte nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zu betreten“.

¹⁹ § 5 [Epidemische Lage von nationaler Tragweite], § 16 [Allgemeine Maßnahmen zur Verhütung übertragbarer Krankheiten], *Loi de protection contre les infections* (IfSG), disponible in http://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_5.html, https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/_16.html.

droits subjectifs des individus. Les tribunaux allemands doivent maintenir cet équilibre en ne cédant pas à la hiérarchisation des intérêts.

Partie II - La dimension subjective des droits fondamentaux: résister à la hiérarchisation des libertés

Nul n'est obligé de sacrifier ses droits et libertés au profit des intérêts supérieurs d'autrui s'il n'est pas suffisamment indemnisé pour cela. Selon les paragraphes 74 et 75 de l'introduction au droit du Land des États prussiens de 1794 « les droits et avantages individuels des membres de l'État doivent respecter les droits et obligations de promouvoir le bien commun en cas de réelle contradiction (ou collision) entre les deux », « en revanche, l'État est tenu d'indemniser ceux qui sont contraints de sacrifier leurs droits et avantages spéciaux au profit du bien commun » (A). La perspective est donnée, pourtant la réalité s'éloigne quelque peu de ces promesses constitutionnelles (B).

A. La théorie des droits fondamentaux à l'épreuve des restrictions des libertés

La restriction des droits fondamentaux et des libertés individuelles se justifie et se légitime au nom de la protection de la santé et de la vie des individus. La justification n'est pas pour autant absolue. L'État et les autorités doivent maintenir un équilibre entre la protection des uns et les libertés des autres. Dans la théorie allemande des droits fondamentaux, il n'existe aucune hiérarchie *a priori* des droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale. Il s'agit de concilier les droits en pesant les intérêts individuels, l'intérêt général et les intérêts plus spécifiques, comme le maintien du fonctionnement normal des institutions hospitalières. Si la doctrine ne reconnaît pas (ou plus) de gradation entre les dispositions de la Loi fondamentale, la jurisprudence admet que la disposition relative à la protection de la dignité humaine occupe toutefois une place particulière. La dignité de la personne peut également entrer en conflit avec la protection de la santé. Les mesures de restriction justifiées par la protection de la vie et de la santé ne doivent pas porter atteinte aux libertés individuelles et compromettre conséquemment la dignité individuelle humaine. Au contraire, la protection de la dignité doit inspirer l'ensemble des dispositions du texte constitutionnel et doit éclairer l'ensemble de la pratique constitutionnelle et politique. C'est la dignité de l'homme qui commande la détermination de l'individu. Elle conditionne la liberté de déterminer ses propres objectifs. Eu égard à son contenu, la dignité exerce la seule forme de primauté effective sur une autre disposition constitutionnelle. Le principe de la dignité de l'homme indique également la priorité de la dimension subjective des droits fondamentaux. La dimension juridique objective peut prendre une place conséquente dans la garantie des droits fondamentaux mais elle ne peut pas négliger la protection des libertés individuelles. La Cour constitutionnelle déclare en 2006²⁰ que « l'obligation de respecter et de protéger la dignité de l'Homme en général [exclut] l'idée de faire de l'homme un simple objet de l'État. [...] En principe, tout traitement de l'homme par l'autorité publique qui

²⁰ BVerfGE 15/02/2006, 1 BvR 357/05.

remet en cause la qualité de son sujet, son statut de sujet de droit, est par conséquent interdit »²¹. La généralité des mesures anti-Corona ferait glisser le citoyen « sujet » à l'individu « objet ». Les tribunaux allemands ont-ils toujours examiné les dispositions contestées protectrices de la santé et l'impact sur les intérêts en présence à la lumière de la dignité ? Le principe de la dignité de l'homme et les droits fondamentaux sont-ils « Corona-résistant » ?

Plus l'atteinte aux droits fondamentaux est grave, plus la norme restrictive doit satisfaire l'exigence de certitude et de clarté au nom de la démocratie et de l'État de droit. Cette exigence se retrouve dans la *Bestimmtheitsgebot* de la théorie allemande. Les personnes touchées par les mesures doivent pouvoir reconnaître la situation juridique et adapter leur comportement à celle-ci. Ce principe a été mis à mal au regard des dispositions restreignant la liberté de réunion pendant l'épidémie. Dans la Loi fondamentale, deux articles constitutionnels sont concernés, l'article 8 relatif à la liberté de réunion et l'article 9 qui protège la liberté de rassemblement. La distinction en allemand tient dans l'expression *Versammlung* (réunion) et *Vereinigung* (rassemblement). Dans les dispositions récentes adoptées par les gouvernements des Länder, il peut exister une confusion entre les différents termes. Les textes restreignent les réunions et les rassemblements mais encore, les événements (ou *Veranstaltung*), les organisations de rencontre (ou *Anstaltung*), les regroupements (ou *Ansammlung*). L'exigence de clarté s'accompagne de la limite substantielle aux restrictions. L'ensemble des droits fondamentaux de la Constitution allemande ne peuvent pas être vidés de leur substance. La théorie allemande nomme ce principe le *Wesensgehalt*. Par exemple, la liberté de réunion ne peut pas être interdite en tant que telle, l'existence d'un rassemblement ne peut pas être la condition du risque qu'il provoquerait.

Dans l'examen du juge, deux questions parallèles vont entourer les mesures, l'une autour de la légalité de la mesure de protection *Rechtmässigkeit*²² et l'autre, de la proportionnalité *Verhältnismässigkeit*²³. L'examen de la proportionnalité interroge sur la question de la relation entre le but ou l'objectif et les moyens mis en œuvre, en allemand, *Zweck und Mitteln*. Les tribunaux examinent les biens protégés par la Constitution, puis l'intensité de l'atteinte, les moyens utilisés, la causalité et enfin, l'effort supporté par les différentes parties intéressées. L'objectif ne doit pas être général mais doit répondre à une situation particulière. Dans un État d'urgence, il existe une menace concrète de l'ordre normal qu'il faut rétablir. Les mesures de protection ont pour objet de supprimer les obstacles afin de rétablir le fonctionnement normal. La détermination de l'objectif est donc capitale pour distinguer les différents moyens à mettre en œuvre et les maintenir dans un cadre juridique.

²¹ „die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde [schließt] vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen. [...] Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt“, § 121 [traduction par nos soins].

²² Existe-il une base juridique suffisante pour mettre en œuvre des mesures restrictives ?

²³ Les mesures en cause sont-elles adaptées à l'objectif ?

Au début de l'épidémie, la question de la proportionnalité est pourtant largement restée en suspens. Bien que les tribunaux aient reconnu, dans certains cas, la violation souvent grave de droits fondamentaux, l'argument retenu était l'acceptation de ces atteintes compte tenu « du risque d'infection du virus, de la contamination d'un grand nombre de personnes, de la surcharge des établissements de santé dans le traitement des cas graves, voire du décès des individus, selon les connaissances actuelles »²⁴.

B. Les trois phases « juridiques » de la pandémie en Allemagne

Le début de l'épidémie est marqué par de nombreux recours devant les tribunaux mais peu ont abouti, c'est la première phase juridique de la pandémie. Selon les statistiques des tribunaux, entre le 20 mars et le 15 avril 2020, environ une vingtaine de décisions portaient sur l'interdiction de la liberté de réunion. Par ailleurs, beaucoup de droits fondamentaux encadrant le processus de formation de l'opinion et de la pensée politique ou en allemand, *Willensbildung*, ont été restreints dès le début de la phase pandémique. Le régime de la liberté de réunion suppose que plus la rencontre se tient dans la sphère privée des individus, moins l'empreinte étatique doit exister. Dans la pratique, les recours sont rejetés bien que les mesures violent la liberté de réunion. Selon la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « il n'appartient pas aux tribunaux de remplacer les organes politiques désignés pour leur appréciation ». La Cour constitutionnelle fédérale, dans une décision du 1^{er} avril 2020²⁵, décide de l'irrecevabilité de la demande d'injonction provisoire au motif que le plaignant n'ait pas suffisamment motivé son besoin de protection juridique. L'objectif inavoué est de contenir les recours afin de laisser à l'exécutif une certaine marge de manœuvre. Dans une autre affaire²⁶, l'argument de la Cour repose sur le fait que le requérant ne démontre pas suffisamment que les mesures de protection prises par les autorités sont manifestement inadaptées ou totalement inadéquates pour protéger des infections ou que ces mesures ne pourraient pas atteindre l'objectif de protection. Le juge se contente d'un contrôle restreint mais applique le principe de proportionnalité.

La liberté de réunion n'est pas la seule atteinte par les mesures de l'exécutif et a été beaucoup moins affectée que la liberté d'action générale de l'article 2, paragraphe premier

²⁴ Par exemple, voir Beschluss 10. April 2020 - 1 BvQ 28/20, § 14, „dass es nach der Bewertung des Robert-Koch-Instituts in dieser frühen Phase der Pandemie darum geht, die Ausbreitung der hoch infektiösen Viruserkrankung durch eine möglichst weitgehende Verhinderung von Kontakten zu verlangsamen, um ein Kollabieren des staatlichen Gesundheitssystems mit zahlreichen Todesfällen zu vermeiden“.

²⁵ Beschluss 1 April 2020 1 BvR 742/20, „Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unzulässig, weil der Beschwerdeführer nicht hinreichend begründet hat, dass sein Rechtsschutzbedürfnis für diesen Antrag fortbesteht. So ist nicht erkennbar, dass eine Eilentscheidung des Bundesverfassungsgerichts seine Rechtsstellung noch substantziell verbessern könnte“, disponible in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200401_1bvr074220.html. [dernière consultation le 14 septembre 2020].

²⁶ Beschluss 1 April 2020 2 BvR 571/20, „Insbesondere hat der Beschwerdeführer nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass die getroffenen Schutzmaßnahmen für einen Infektionsschutz offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben“, disponible in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200401_2bvr057120.html [dernière consultation le 14 septembre 2020].

de la Loi fondamentale. En effet, la liberté de « rencontre » ou de « contact », mise à mal par les mesures de distanciation, ne rentre pas dans la protection de la liberté de réunion mais dans la protection de la liberté d'action générale ou de la libre autodétermination de la personne²⁷. La liberté d'action générale, ou la liberté d'agir, peut aussi être décrite comme le droit à la libre autodétermination de l'individu, liberté délicate à retranscrire dans la langue française. Elle protège la sphère intime, la sphère privée et la sphère sociale. Si la protection de la dignité de l'homme est censée inspirer l'ensemble des garanties des droits fondamentaux, le droit fondamental de la libre autodétermination de la personne introduit la liberté de se déplacer dans tout le territoire et protège donc des atteintes contre les restrictions de sortie. La protection comprend le droit de quitter un lieu, son domicile et son lieu de résidence. La liberté d'action générale protège également la liberté d'exercer une activité dangereuse²⁸. L'État et les autorités ne peuvent pas se prononcer sur le bien-fondé ou la pertinence de l'activité en cause. Être porteur du virus peut-il être défini comme une activité dangereuse ?

L'ensemble des mesures de restriction viennent surtout porter atteinte à des libertés individuelles, à la dimension subjective de la garantie des droits fondamentaux qui protège l'individu contre les empiétements de l'État dans ses droits. Margaret Thatcher disait en ce sens que nous ne sommes pas une société mais des individus. La liberté de réunion est annulée en raison de la seule existence de la « menace » du collectif qui risque de provoquer le danger de l'infection. Il n'est pas question du comportement de l'individu. Au contraire, le droit constitutionnel exige un examen individuel des intérêts de l'individu. La jurisprudence l'a fait remarquer. La cour administrative d'appel de Bavière examine le recours contre la décision du tribunal administratif de Munich appliquant l'interdiction générale de réunion dans le Land²⁹. La cour d'appel considère que le tribunal ne s'est pas suffisamment appuyé sur le comportement du participant à la réunion mais a tenu compte exclusivement du comportement des tiers et des dangers de l'infection. Une interdiction totale de réunion, même implicite, a eu lieu dans beaucoup de réglementations des Länder : au Bade-Wurtemberg, au Brandebourg, à Hambourg, en Hesse, dans le Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, en Basse-Saxe, en Rhénanie-Palatinat, en Saxe et dans le Land de la Sarre. Ces réglementations n'interdisent pas les manifestations de façon directe, mais s'opposent aux rassemblements dans l'espace public de plus de deux personnes. Certains États, davantage en faveur de la liberté, ont soumis le rassemblement à une réserve d'autorisation sous certaines conditions : en Saxe-Anhalt, dans le Schleswig-Holstein, en Rhénanie du Nord-Westphalie, en Bavière et dans le Land de Berlin.

²⁷ BVerfGE 10, 92, 104, « Zusammenkommen » « Versammlungsfreiheit ».

²⁸ BVerfGE 90, 145, « Cannabis », 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 09/03//1994.

²⁹ BayVGHBeschluss 09/04/2020-20 CE 20.755.

La deuxième phase juridique de la pandémie commence par la première décision de la Cour constitutionnelle fédérale en faveur de la liberté de réunion, le 15 avril 2020³⁰, un recours partiellement accueilli. En l'espèce, la manifestation affichait le slogan : « Gesundheit stärken statt Grundrechte schwächen _ Schutz vor Viren, nicht vor Menschen »³¹. La Cour a laissé certaines questions sans réponse et notamment la question de savoir si la loi fédérale de protection contre les infections est en conformité avec la réserve parlementaire, confiant au parlement les domaines relevant des libertés individuelles³². La Cour remarque ensuite que les restrictions ne se basent pas sur la nécessaire distanciation des personnes mais sur un argument de sécurité publique. A nouveau l'argument collectif est critiqué au profit de la perspective individuelle. La Cour reste encore prudente, en expliquant que le règlement contesté ne pose pas d'interdiction générale à la liberté de réunion (ce qui rendrait la disposition illégale) ; elle ne censure pas la mesure mais le refus des autorités d'autoriser la manifestation. La Cour constitutionnelle fédérale soutient sa ligne argumentaire dans une décision du 17 avril 2020³³. En ce sens, la liberté de réunion suppose la visibilité physique commune des convictions dans une société. Selon la Cour, « la chambre ne manque pas de reconnaître que le nombre d'infection à Stuttgart a beaucoup augmenté ces dernières semaines, toutefois, cela n'exonère pas la défenderesse [l'autorité décisionnelle] de considérer toutes les mesures de protection possibles, en coopération avec le requérant, dans le sens de la concordance pratique entre l'objectif de protection des infections, de la santé et de la vie d'un côté, et de la liberté de réunion de l'autre »³⁴. Il n'y a toujours pas de clarification quant à la base légale nécessaire pour restreindre l'exercice des droits fondamentaux, néanmoins, il y a un effort manifeste dans l'examen de la proportionnalité.

Dans la jurisprudence, d'un côté, la liberté de réunion bénéficie alors d'un examen plus favorable, d'un autre côté, la protection de la libre autodétermination de l'individu, n'obtient pas le même attrait. La Cour constitutionnelle fédérale déclare irrecevable le

³⁰ Beschluss 15. April 2020 - 1 BvR 828/20, disponible in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200415_1bvr082820.html [dernière consultation le 14 septembre 2020].

³¹ En français, « renforcer la santé au lieu d'affaiblir les droits fondamentaux, une protection contre le virus, pas contre les individus » [traduction par nos soins].

³² La réserve parlementaire en droit allemand ou « Parlamentarischer Vorbehalt » pose la condition selon laquelle toutes les mesures restrictives aux libertés individuelles doivent faire l'objet d'une loi formelle et matérielle. Cette réserve exige que toutes les décisions ayant un poids substantiel pour l'ensemble de la communauté doivent être approuvées directement par le Parlement et ne peuvent être ainsi confiées à d'autres organes décisionnels. Beaucoup de critiques ont été émises dans la mesure où la loi de protection contre les infections confie davantage de compétences au pouvoir exécutif en restreignant le rôle des parlementaires (Bundestag et Bundesrat) afin d'accélérer le processus en situation d'urgence. Les tribunaux allemands n'ont pour l'instant donné aucune réponse claire à ce sujet.

³³ BverfG, Beschluss 17. April 2020 - 1 BvQ 37/20.

³⁴ „Die Kammer verkennt dabei nicht, dass, wie die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens vorbringt, gerade in Stuttgart die Infektionszahlen in den vergangenen Wochen stark angestiegen sind. Dies befreit die Antragsgegnerin des Ausgangsverfahrens aber nicht davon, vor einer Versagung der Zulassung der Versammlung möglichst in kooperativer Abstimmung mit dem Antragsteller alle in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen in Betracht zu ziehen und sich in dieser Weise um eine Lösung zu bemühen, die die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen dem Ziel des Infektionsschutzes und des Schutzes von Leib und Leben auf der einen und der Versammlungsfreiheit auf der anderen Seite ermöglicht“, [41] [traduction par nos soins].

recours contre le règlement de Bavière conditionnant la possibilité de quitter le domicile³⁵. Le requérant invoque la protection de son droit à la libre autodétermination en ce que le comportement incriminé tiendrait dans la seule « intention » de quitter le domicile. Selon la Cour, le recours ne relève pas d'une question spécifique en droit constitutionnel. De la même manière, la Cour rejette un recours le 24 avril 2020 contre un règlement relatif aux mesures de distanciation physique³⁶. Le requérant, s'appuyant sur l'autodétermination de la personne, relevait pourtant un manque de motivations du règlement et la confusion des objectifs poursuivis par ces mesures coercitives.

La première décision des tribunaux qui va reconnaître une disposition anti-Corona contraire à la Constitution porte sur la liberté économique³⁷. La réglementation bavaroise attaquée faisait une distinction entre des types de commerce et subordonnait l'ouverture de ces commerces à des conditions d'espace. Le tribunal remet en cause la distinction entre les commerces. En raison de l'aspect innovateur de la décision, le tribunal n'a pas invalidé la mesure mais a laissé au législateur le soin de modifier les dispositions. Le même jour, le Tribunal constitutionnel de la Sarre invalide partiellement les mesures de restriction des sorties³⁸. Son argumentation claire se décline en plusieurs points et a le mérite d'offrir la première systématisation de l'examen d'une mesure de protection contre le virus. Tout d'abord, des atteintes à un droit fondamental, comme des limitations de sortie d'un lieu nécessitent un contrôle strict de leurs motivations. Plus ces mesures sont prolongées dans le temps, plus les exigences les concernant seront rigoureuses. En second lieu, eu égard à une mesure largement débattue à propos de l'impossibilité pour certaines familles de se retrouver, le droit fondamental de la famille protège également la rencontre avec les membres d'une famille qui n'appartient pas au même foyer. Le tribunal constitutionnel précise, en troisième lieu que ce n'est pas l'exercice d'un droit fondamental qu'il est nécessaire de justifier mais bien sa limitation. La limitation de l'exercice nécessite une justification claire, qui concilie la gravité de l'atteinte d'un côté et l'étendue et la probabilité du danger, de l'autre côté. Ensuite, le tribunal éclaire la mission de l'exécutif. Ce-dernier dispose d'une large marge d'appréciation autour de la question de la prévision et de la prévention des risques. Cependant, tenant compte de la durée croissante des restrictions aux libertés, une justification des risques reposant sur les faits est primordiale. Plus généralement, des conséquences irréversibles peuvent être constatées en raison de la suspension partielle des liens avec la famille, et ce, compte tenu de l'évolution relative du nombre d'infections. Le tribunal a aussi insisté sur la violation du principe de clarté et de précision de la mesure en cause. La protection de la santé perd de la distance face aux libertés individuelles plaçant l'individu comme la raison de leurs garanties.

³⁵ BverfG, Beschluss 18. April 2020 - 1 BvR 829/20.

³⁶ BverfG, Beschluss vom 24. April 2020 - 1 BvR 900/20, disponible in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/rk20200424_1bvr090020.html [dernière consultation le 14 septembre 2020].

³⁷ VGH, Beschluss 27. April 2020, 20 NE 20.793.

³⁸ Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Lv 7/20 eA, 28/04/2020.

Une troisième phase juridique a eu lieu, lorsque les premières mesures, les plus restrictives³⁹, ont été assouplies. La tendance pour les tribunaux a alors été de réaffirmer strictement le contexte troublé et les contraintes individuelles ininterrompues depuis le mois de mars 2020. Le 16 mai 2020, la Cour constitutionnelle fédérale rejette un recours restreignant la liberté de réunion bien qu'il y ait une violation de la disposition constitutionnelle⁴⁰. Selon la Cour, le requérant ne se trouve pas dans l'incapacité totale d'exercer ses droits fondamentaux, l'atteinte de l'essence du droit fondamental n'est pas touchée, l'Etat remplit sa mission de protection. Le 11 juin 2020, elle rejette un autre recours contre une mesure restrictive de la liberté de réunion selon l'argument du principe de subsidiarité cette fois, le requérant aurait pu faire d'autres recours⁴¹. La Cour constitutionnelle fédérale continue de resserrer le verrou en rejetant un recours contre une mesure réglementaire dans le Land de Bavière⁴². Le règlement portait sur la limitation des services des écoles et des établissements de gardes d'enfants. Selon les hypothèses de la cour, les restrictions imposées contribuent à réduire les contacts sociaux et les éventuelles chaînes d'infection. La Cour utilise un raisonnement classique de début de pandémie, elle subordonne l'atteinte aux droits fondamentaux au risque de maladie qui augmenterait et au risque de surcharge des établissements de santé. D'une manière générale, les tribunaux ont remis en avant les autorités publiques dans leur mission de protection de la vie des individus, principe indétronable.

Conclusion

Les différentes observations et analyses révèlent clairement ce changement de paradigme caractéristique de la rhétorique de l'État d'exception ; d'abord il s'agit de protéger la santé et la vie, ensuite seulement, il est question des risques et finalement, l'attention est portée sur la liberté. En règle générale, l'État d'urgence ou l'État d'exception se caractérise par la concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif. L'État d'urgence est associé à une définition contextuelle et ne peut pas être délimité strictement et de façon définitive pour tous et en tous lieux. Carl Joachim Friedrich, politologue d'origine allemande, naturalisé américain, formule une question centrale à propos de l'État d'urgence en 1961 ; « Peut-on justifier la violation de l'ordre juridique si la continuité de cet ordre est remise en question et justifier l'idée que les violations garantissent cet ordre et le sauvent ? »⁴³. Un autre théoricien et juriste allemand, Carl Schmitt, a beaucoup contribué à la justification de l'État d'urgence. Le concept du politique de Schmitt appelle l'identification des acteurs et des décisions politiques⁴⁴. Le souverain de l'État d'exception est celui qui a décidé de son

³⁹ Par exemple, la fermeture des magasins et des écoles, la possibilité de ne rencontrer qu'une seule personne dans l'espace public, différent de son ménage, la fermeture des parcs.

⁴⁰ BVerfG Beschluss, 16. Mai 2020 - 1 BvQ 55/20.

⁴¹ BVerfG Beschluss 11. Juni 2020 - 1 BvQ 66/20.

⁴² BVerfG Beschluss 09. Juni 2020 - 1 BvR 1230/20.

⁴³ M. Lemke Hrsg., *Ausnahmezustand Theoriegeschichte, Anwendungen, Perspektiven*, Springer VS, Wiesbaden, 2017, p. 2.

⁴⁴ Voir, entre autres, C. Schmitt, *Politische Theologie, Vier Kapitel von der Lehre der Souveränität*, 9. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 11-21.

entrée en vigueur. De la même façon, ce ne sont pas la science et l'incertitude des connaissances qui déterminent les décisions adaptées mais bien le politique. L'État d'exception sert ici d'examen pour la démocratie et pour la garantie des droits comme l'avait annoncé la chancelière Angela Merkel. La démocratie adopte une dimension défensive.

Pour Kelsen, l'État d'urgence n'est pas une difficulté en soi dans la mesure où il associe État (*Staat*) et ordre juridique (*Rechtsordnung*). En ce sens, la souveraineté peut se définir comme une « propriété » de l'ordre juridique⁴⁵. Le souverain se confond avec l'organisation de l'État en tant que telle. Le gouvernement représente le cœur de toutes les actions. Sur la question de la séparation des pouvoirs, Schmitt explique qu'une distinction subsiste entre le législatif et l'exécutif mais les deux fonctions sont remplies par un seul organe centralisé. Un autre aspect de l'État d'exception touche à la prévisibilité des actions et des mesures de restriction. Ernst-Wolfgang Böckenförde, homme d'État et constitutionnaliste allemand, précise que la question de la prévisibilité ne touche pas au contenu de l'État d'exception mais davantage à la gradation de situations non habituelles et prévisibles⁴⁶. La prévisibilité nécessite donc des règles particulières afin d'encadrer ces situations nouvelles. Il faut, à la fois, garantir la capacité d'action des organes de l'État mais encore, dans les situations imprévisibles, assurer l'unité de l'ordre juridique constitutionnel. Et si le juriste se complaît dans l'analyse de l'État d'exception par les moyens d'arguments juridiques, pour d'autres, il est davantage question des faits plus que de droit. Giorgio Agamben, philosophe italien, a beaucoup étudié la doctrine de Heidegger ou Schmitt et peut en conclure que l'État d'exception admet une contradiction en son for intérieur. Pour Agamben, d'une part, l'état de nécessité sur lequel se fonde l'état d'exception ne saurait avoir de forme juridique. D'autre part, la définition du terme est rendue difficile en tant qu'elle se situe à la limite entre le politique et le droit. En cela, l'Etat d'exception serait « un point de déséquilibre entre le droit public et le fait politique » qui se situe dans une « frange ambiguë et incertaine, à l'intersection entre le juridique et le politique »⁴⁷.

Dans un Etat d'exception, il y a un refrain qui occupe les assemblées (peu remplies), celui du temps et de sa perception, de sa « prévisibilité ». Les délais de l'administration et de la justice peuvent-ils être suspendus ou prolongés ? La condition de l'urgence est-elle forcément admise par les tribunaux dans ce contexte pour déclencher une procédure en référé ? Dans une procédure d'urgence, les tribunaux procèdent à une vérification sommaire des faits. Cela entraîne donc certaines imprécisions dans la mesure où les tribunaux semblaient éviter de se prononcer clairement sur le contenu des mesures restrictives. Ce type de procédure fait privilégier une conciliation des intérêts plutôt qu'un examen exhaustif de la situation. Ce schéma est-il compatible avec les restrictions continues et prolongées des libertés individuelles endurées par les individus dans le cadre de l'Etat

⁴⁵ M. Lemke Hrsg., *Ausnahmezustand Theoriegeschichte*, précité, p. 17.

⁴⁶ Ibid., p. 108.

⁴⁷S. Askofaré, « À propos de l'État d'exception, Homo sacer de Giorgio Agamben », *Revue L'en-je lacanien*, vol. n°2, n° 1, 2004, pp. 193-205.

d'exception, provisoire ? La question du temps était encore plus présente pendant la première phase de la pandémie. Il fallait pouvoir déterminer le moment du pic de la courbe. C'est ce point qui allait commander des mesures alors moins restrictives.

La question du temps pour les autorités décisionnelles dépend de l'étendue des connaissances à un moment donné, susceptible d'évoluer et conditionnée à une réévaluation permanente. Le progrès dans les connaissances suppose l'acceptation de l'incertitude. En langue allemande, le doute relatif aux connaissances se nomme *Ungewissheit*. Ce doute est pourtant confronté à l'expertise. L'incertitude qui doit dicter la ligne à suivre et restreint les libertés de l'individu renvoie au conflit kantien des facultés entre les facultés supérieures (le droit, la médecine, la théologie et l'économie) et les facultés inférieures (les mathématiques, l'histoire et la philosophie). C'est dans les secondes qu'il faudrait y apprendre la prudence. Il s'agit d'accepter la quête de connaissances dans des conditions d'incertitude. Günter Frankenberg parle d'un droit « apprenant » ou un droit d'apprentissage, *lernendes Recht*, permettant d'avancer dans ce chemin parsemé d'inconnues⁴⁸. Ce droit perfectible et l'application rigoureuse du principe de proportionnalité seraient préférables aux lois de police, au droit administratif spécial et aux mesures préventives. Préférer l'éducation et l'explication à la contrainte et à la coercition mais qui s'enquiert de la loi lorsque la mort est sur le seuil ? La chancelière allemande s'est d'ailleurs efforcée d'utiliser un vocabulaire choisi, elle annonce des directives et des recommandations (*Leitlinie und Empfehlung*), plutôt que des ordonnances et des instructions (*Anordnung und Handlungsanweisung*).

Ce qui peut encore être observé autour de la « mesure restrictive de prévisibilité », ce sont les nouveaux règlements des Länder qui prévoient la possibilité de faire des listes de personnes présentes à des événements, des restaurants, des hôtels, des salles de jeux, des services religieux, des funérailles, des lieux de prostitution, des cinémas, des installations sportives, des studios cosmétiques, des maisons de retraite et même pour des réunions de famille de plus de 20 personnes. Par exemple, dans le règlement de Berlin édicté le 4 août 2020, les personnes présentes doivent inscrire leurs coordonnées sur une liste afin que les services de santé puissent suivre les chaînes d'infection. Il n'est actuellement pas possible d'anticiper les conséquences d'une inscription sur une liste étant donné qu'il n'existe pas de procédure réglementée ni de base juridique claire. Les objectifs restent flous. Tout changement de finalité à ces données à caractère personnel constituerait une atteinte supplémentaire au droit à l'autodétermination en matière d'information. Il faudra garder un œil avisé sur l'avenir de ces mesures, le retour de vacances annoncé. Veiller à ce que l'ensemble de ces mesures prises dans une situation exceptionnelle ne s'inscrivent pas dans le droit commun, tels des « exceptions consenties aux usages »⁴⁹, une fois sortis de l'État d'urgence.

⁴⁸ G. Frankenberg, « [COVID-19 und der juristische Umgang mit Ungewissheit](#) », *VerfBlog*, 25 avril 2020 [dernière consultation le 14 septembre 2020].

⁴⁹ F. Sureau, *Sans la liberté*, Paris, Tracts Gallimar, septembre 2019, p.8.