

## Abstract du 26 octobre 2020 (Rapport complet).

---



© Noëlle Herrenschmidt - Reporter aquarelliste

### AU REGARD DES CONVENTIONS INTERNATIONALES, LE CONFINEMENT FORCÉ EST-IL LÉGAL ?

**De la méconnaissance du principe de proportionnalité par la France.**

**Présentation du Rapport de l'IDHBP et de l'IDHAE**

**Publié le 26 Octobre 2020**

*« L'être humain a une personnalité indivisible.*

*Son droit à la vie n'exige pas seulement un ordre social où il est en sûreté contre le terrorisme et les risques d'exécution sommaire.*

*Il faut aussi qu'il puisse trouver sa subsistance dans son travail et l'appui agissant de ces semblables, pour lui et sa famille, s'il est hors d'état de produire » - René Cassin.*

### LA SOLIDARITE ENVERS LES PLUS VULNERABLES PLUTOT QUE LA PEUR

#### **Les personnes vulnérables ou l'impérieuse nécessité de solidarité.**

La vulnérabilité, désigne la condition d'un individu dont la faiblesse et/ou la situation particulière le prédispose à la réalisation d'un risque grave. Isolément, elle ne fait à ce jour l'objet d'aucune définition légale. Le droit civil comme le droit pénal la considère sous différents angles. Les droits fondamentaux, également, par le principe de non-discrimination et par les droits économiques et sociaux, concernant la précarité et la maladie. Face à la pandémie, sauf pour les personnes surexposées au virus, **le risque léthal procède de la vulnérabilité**, particulièrement dans des lieux à forte densité de population et lorsque le système de soins est déficient. Aussi la qualification de « vulnérable » doit être préférée à celle de « à risque », d'autant que la vulnérabilité ne doit pas être perçue comme un risque pour la société et être marginalisée comme telle.

#### ■ **La vulnérabilité touche particulièrement les plus précaires.**

Après le déconfinement, le Conseil scientifique (Avis du 02 juin 2020 - p. 7) a confirmé que le taux de létalité de la pandémie est proche de **15% chez les personnes de plus de 80 ans** alors qu'il serait de 3/1000 (0.3%) chez les moins de 60 ans. Ce qui explique que 96% des décès dus à la pandémie concernent les personnes de plus de 60 ans, dont 89% les personnes de plus de 70 ans. Etant observé que le nombre de personnes âgées, rapportée à la population, ne cesse de croître en France.

**Toutefois, la vulnérabilité ne tient pas seulement au vieillissement.** Quel que soit l'âge, elle concerne également, les situations de handicap, de comorbidité, d'affection de longue durée (ALD), de surpoids.

**Enfin la naissance à l'étranger et la pauvreté qui induisent des conditions d'existence difficiles en tout domaine (logement, nourriture, accès aux soins...) sont aussi des facteurs de vulnérabilité qui viennent aggraver fortement la vieillesse et la maladie.** Les décès en mars et avril 2020 de personnes nées à l'étranger ont augmenté de 48 % par rapport à la même période en 2019 (Insee). Ce qui explique, pour la France métropolitaine, que la Seine-Saint-Denis, département le plus pauvre, ait le taux de surmortalité le plus élevé dû à la pandémie. Certes, le Haut Rhin, durement touché aussi, est un département riche. Cependant la région Grand Est, depuis longtemps, est celle où l'espérance de vie est la plus courte (+7,8 %), dès 30 ans. L'Insee indique qu'outre un climat plus rigoureux et une offre de soins moins dense que dans d'autres régions, les ouvriers ou anciens ouvriers, qui vivent en moyenne plusieurs années de moins que les cadres, sont fortement représentés dans le Grand-Est. Ajoutons qu'il n'est pas exclu que certains effets délétères de la misère sur la santé se transmettent biologiquement d'une génération à l'autre (« *Peut-on souffrir des tragédies vécues par nos ancêtres ?* » 12/07/2017, Conférence, France Culture), même si cette hypothèse reste à vérifier.

Pour rétablir une égalité effective des citoyen(ne)s, il faut revenir à plus de solidarité envers les personnes vulnérables, particulièrement les plus démunies. Ce qui passe par un retour à une exigence de qualité de tous les services publics, y compris celui de la santé, en commençant par les quartiers les plus pauvres et les déserts ruraux.

En effet, il apparaît désormais que **s'il est possible d'imputer le caractère disproportionné et inadapté de la réponse faite à la pandémie en France, en grande partie à une crise de la démocratie, ayant engendré un non-respect des droits civils et politiques, la surmortalité due à la pandémie, quant à elle, a principalement pour cause immédiate le non-respect des droits économiques et sociaux des plus pauvres et des personnes vulnérables.** Ce n'est pas seulement les conventions internationales de protection des droits fondamentaux qui ont été oubliées, mais aussi le **Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.**

#### ■ La situation des personnes les plus vulnérables après le déconfinement.

Une partie des salarié(e)s vulnérables, sachant que leur état de santé leur faisait courir un risque létal, en cas d'infection Covid19, se sont auto-isolées, avec certificat médical, avant même le confinement général forcé (CFG). Les autres personnes vulnérables ont subi, avec le reste de la population, le confinement à la hussarde, décrété à partir du 16 mars 2020. **Puis, au moment du déconfinement** le 11 mai 2020, la pandémie n'ayant pas disparu, les plus vulnérables d'entre les vulnérables, **ont dû continuer à s'isoler, sans qu'un ensemble de mesures adaptées viennent compenser cette situation.**

Des dispositions ont été prises pour les salarié(e)s en situation de vulnérabilité, afin de garantir, dans la mesure du possible, leur emploi et à défaut leur niveau de vie. Outre la possibilité de recours au télétravail, lorsque c'est compatible avec leur emploi, l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 permet aux salarié(e)s vulnérables d'être placés en activité partielle sur prescription médicale. Des dispositions similaires ont été prises pour les agents publics. Néanmoins, un décret du 31 août 2020 a exclu une série de critères de vulnérabilité du bénéfice de ces mesures et mis fin au dispositif de chômage partiel pour les salariés partageant le domicile d'une personne vulnérable (avec maintien de la priorité au télétravail prévue à leur profit). Ce décret a été heureusement suspendu par une [ordonnance du 15.10.20](#) (n° 444425, 444916, 444919, 445029, 445030), du Conseil d'État, statuant en référé.

Mais pour l'ensemble des personnes les plus vulnérables et davantage encore celles n'ayant pas d'activité professionnelle régulière (personnes âgées, sans emploi stable, en situation de handicap, de grande précarité...), le lien avec le monde extérieur reste altéré (même si les résident(e)s des EPHAD, ont enfin pu revoir leurs proches). En milieu urbain, leurs sorties doivent être limitées à l'approvisionnement (en l'absence de livraison ou d'aides) et l'accès aux

parcs et jardins est dangereux. Partout les personnes vulnérables ne peuvent librement profiter des transports en commun, des équipements sportifs, culturels, de loisirs, de restauration, de vacances et les visites de leurs proches sont limitées voire, pour certaines d'entre elles, inexistantes (notamment pour celles dont la pathologie ne leur permet pas d'envisager un passage en réanimation). A cela s'ajoute des difficultés supplémentaires pour les personnes dont les conditions de logement sont inhospitalières, insalubres ou inadaptées en raison de la promiscuité, et celles dépourvues de logement. Il apparaît que **la compensation de la vulnérabilité de toutes les personnes concernées, n'est pas un objectif principal, ce qui dans un contexte de nouvelle augmentation des décès dus au virus, risque d'aggraver la situation.**

#### ■ Préconisations du Conseil scientifique.

Après avoir envisagé, en avril 2020, de prolonger le confinement forcé pour les seules « personnes à risque ». Perspective abandonnée devant la colère et la peur manifestée par les principaux intéressés. Il semble que le Conseil scientifique appréhende la protection des personnes vulnérables de manière plus nuancée. Ainsi dans son avis du 2 juin 2020 (*4 scénarios pour la période post-confinement - Anticiper pour mieux protéger*), le Conseil scientifique, dans le cadre d'un « *plan de prévention et de protection renforcées* », restant à élaborer, préconise, d'autres mesures (p. 21 et 22) ; visant notamment à inciter « *un confinement volontaire et des mesures d'aménagement de vie quotidienne l'accompagnant* ». Toutefois, ces orientations restent insuffisantes, ayant toujours pour but premier de limiter la contamination, non de rétablir une égalité de droits et de libertés des personnes vulnérables, avec le reste de la population, afin d'atténuer le risque léthal dû à leur vulnérabilité. En effet, le Conseil scientifique n'a pas la compétence d'évaluer les risques des mesures sanitaires sur les droits fondamentaux et d'y pallier. Pour cela le Gouvernement **aurait dû et doit toujours recourir à une expertise juridique distincte qui l'éclaire, au nom du principe de proportionnalité.**

#### ■ Concentrer les moyens humains et matériels au profit des personnes les plus vulnérables.

Les mesures prises pour lutter contre la contamination de l'entière population ont montré que le Gouvernement pouvait « *quoiqu'il en coûte* » à la France (et par ricochet à l'Union européenne...), dégager des moyens assez considérables. Si le but à atteindre est d'assurer une protection maximale aux personnes qui risquent de mourir, en cas de crise sanitaire, tout en leur garantissant, autant que faire se peut, l'exercice de leurs droits et libertés. La solidarité nationale doit d'abord, se concentrer sur ces personnes.

### Garantir une protection complète aux personnes menacées de mort.

#### ■ La création d'un statut provisoire de vulnérabilité.

Outre le retour à des services publics de qualité partout et pour tous, **la création d'un « statut provisoire de vulnérabilité »**, protecteur, sans critère d'âge, facultatif, respectueux du consentement et compensatoire de la situation d'isolement due à une crise sanitaire doit être rapidement examinée.

En effet, **un tel statut peut constituer pleinement une réponse proportionnée et efficace aux risques létaux de la pandémie, sans même qu'il soit besoin pour l'État français de déroger aux droits fondamentaux, au titre des articles 15 CESDHLF, et 4 PIDCP, puisque la protection qu'il met en place consiste précisément à renforcer ces droits.**

#### ■ Un statut sans critère d'âge, facultatif et respectueux du consentement.

Avant la création d'un *statut provisoire de vulnérabilité*, il est nécessaire de consulter un ensemble représentatif de personnes concernées, en tenant compte de la circonstance fortement aggravante de la précarité. Elles doivent, pouvoir donner leur avis sur le principe et les modalités de ce statut et participer, à sa définition. Pour remédier à l'exclusion, il importe d'abord de ne pas exclure davantage. Ensuite, chacun(e) doit rester libre de recourir ou pas à ce statut. Aussi doit-il rester facultatif et déclaratif (déclaration volontaire de vulnérabilité) et sa création

s'accompagner d'une information accessible et complète (voire son accès aidé pour les personnes qui en ont besoin). Enfin, le consentement ne doit être ni empêché ou limité par la définition de critères limitatifs, exclusifs, susceptibles de valoir présomption de vulnérabilité (dont l'âge). C'est au seul médecin d'apprécier le degré de vulnérabilité qui rend opportun la mise en œuvre, sur simple présentation du certificat médical, d'un *statut provisoire de vulnérabilité*, pour son patient.

■ **Un statut protecteur de la santé des personnes concernées.**

Il doit aboutir à la possibilité de bénéficier d'une série de mesures s'appliquant de manière cumulative ou alternative, au choix de la personne, conseillée par des médecins afin d'assurer au mieux sa protection. La première de ces mesures étant un accès prioritaire gratuit (ou pris en charge par la sécurité sociale) et constant, pendant la durée d'application du statut, aux masques, et surtout à des tests, simples et rapides, d'usage et de résultats et plus généralement aux soins, ainsi qu'à un soutien psychologique, lorsqu'il est nécessaire. Cette protection privilégiée doit être étendue à toutes les personnes côtoyant régulièrement les personnes vulnérables (proches soignant(e)s, aidant(e)s...). La protection des données doit être assurée de manière efficace, pour une durée limitée, et, là encore respectueuse, du consentement. Enfin, le certificat médical permettant son application ne devra pas mentionner les éléments de vulnérabilité justifiant de la nécessité d'une protection spéciale (seul le médecin qui l'a délivré devra en répondre, dans le respect du secret médical).

Un statut compensatoire et incitatif. Il doit être synonyme de privilèges non d'ostracisme et permettre aux personnes vulnérables d'être protégé(e)s au mieux, tout en conservant le plus possible leurs autres droits.

En ce sens, toutes les pistes doivent être explorées. Qu'il s'agisse ; - de mise à disposition de moyens de transports dédiés, individuels (avec prise en charge des frais de transport, en cas d'absence de moyens ne permettant pas de recourir à un véhicule) ou collectif (un wagon par train ou métro, avec mesures d'hygiène et de distanciation renforcées peut leur être réservé, ou avec les mêmes mesures, une navette dont l'itinéraire s'adapte aux utilisateurs/trices). - d'accès à des lieux de vie agréables et sécurisés - d'usage réservé et sécurisé, dans le temps et/ou l'espace de certains jardins, magasins, équipements sportifs, de loisir, de vacances et culturel etc.... - ou de portage de repas, d'aide-ménagère, à domicile, voire d'accompagnement d'enfants, à l'école ou autres activités.

■ **Un statut à temporalité adaptée.**

Une fois le statut accordé, il doit être maintenu, dans toutes ses composantes, pendant la durée de la pandémie sauf demande contraire de la personne. Ceci tant que la pandémie continue de constituer une menace quelque en soit le degré. Les critères de vulnérabilité ne devant pas être restreints en fonction de la fluctuation des risques de contamination.

■ **Un statut garantissant l'emploi, les revenus, le logement et les liens familiaux.**

Concernant l'emploi et les revenus. Les mesures existantes doivent être maintenues et renforcées, particulièrement pour les personnes les plus précaires. Concernant le logement et les liens familiaux. Il faut prévoir de réserver la place des personnes vulnérables qui logeaient en foyer ou logement collectif pendant la période où elles doivent se trouver provisoirement en résidence dédiée. Il convient aussi de tout faire pour éviter que les personnes vivant ordinairement au même domicile qu'une personne vulnérable, soient contraintes de s'isoler pendant toute la durée où la pandémie est active. Particulièrement pour les enfants, qui ne devraient jamais être déscolarisés, sauf motif de santé, surtout pour les familles en situation de précarité. Si le logement n'est pas adapté ou inexistant, il convient, pendant la durée d'application du *statut provisoire de vulnérabilité*, de mettre à disposition de la personne concernée un hébergement, où elle puisse séjourner, avec ou sans ses proches, dans des conditions où sa sécurité est assurée le mieux possible. Si elle continue de vivre avec d'autres personnes, il faut insister derechef, sur l'importance de les pourvoir du même accès prioritaire que celle-ci, à tous les moyens de prévention de la contamination et à des espaces de vie suffisamment larges pour observer les mesures de distanciations.

## LES PAYS A LA SURMORTALITE LA PLUS ELEVEE D'EUROPE.

**Seul un tiers des pays européens a appliqué un confinement forcé général (CFG).**

Lors de la première vague de la pandémie, seul un tiers des États de l'Union européenne ont pris une mesure d'interdiction de sortie, assortie de sanctions pénales. Ce sont *la Belgique, Chypre, l'Espagne, la France, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, la Pologne, la Roumanie, la République tchèque*. L'Italie, première à importer cette « méthode » de Chine, a été désignée comme « *le nouveau pion européen gagné par la Chine* ».

Même si la Chine a signé les Pactes de l'ONU sur les droits économiques et sociaux et les droits civils et politiques, respectivement en 1997 et 1998, Les dirigeants chinois qui ne sont pas élus par le peuple, prônent une conception des « libertés » éloignée de celle de la déclaration universelle dont procède ces pactes. La géographe Christel Thibault explique ; « *Aux sources de la civilisation chinoise, la question de l'individu n'a pas de raison d'être. Autrement dit, la façon dont est pensé l'Homme n'implique pas nécessairement une reconnaissance tacite de sa dimension en tant qu'individu à part entière. Or la notion occidentale de « droits de l'homme » repose en partie sur cette reconnaissance de l'individu en tant que tel (indépendamment de tout groupe).* » (« Droits, droits de l'homme et libertés fondamentales en Chine » - 15 janvier 2017). En pratique, les dirigeants chinois, font subir à de larges fractions de la population (notamment, tibétains, ouïghours, pratiquant(e)s de Falun Gong...), une répression d'État qui se manifeste par l'internement massif et arbitraire dans des camps et des atteintes graves à l'intégrité physique, voire la mort. Faits que le régime chinois nie. De même qu'il affiche officiellement depuis mars 2020, un nombre de morts du coronavirus, qui ne dépasse pas 4739 personnes (site Statista au 08.10.20). Ce qui, ne cesse d'interroger. Le Vice-président de la Commission européenne, observait, récemment, sur les relations entre l'Union européenne et la Chine : « *Nous devons toutefois également admettre que nos approches à l'égard du multilatéralisme diffèrent, par exemple en ce qui concerne l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'homme.* » (Josep Borrell - Tribune Le Monde 15.05.2020). A cet égard, il est souhaitable que les européens s'interrogent sur leurs valeurs. Pour eux, le danger n'est pas la Chine, mais leurs propres choix pour le présent et l'avenir, en termes de respect des droits fondamentaux et de la démocratie. **Lorsque pour résister à une menace extérieure un pays met, de manière durable, les libertés individuelles sous le boisseau, il aggrave, ce qu'il veut combattre au lieu de renforcer ses défenses.**

**Les pays de CFG ont le taux de surmortalité, rapporté à leur population, le plus élevé en Europe.**

Selon les statistiques citées par le Conseil scientifique (avis n° 7 du 2 juin 2020, p. 21), les États ayant la surmortalité la plus forte, en Europe, pour 100 000 habitant(e)s, étaient par ordre décroissant, *la Belgique, l'Espagne, le Royaume Uni, l'Italie et la France*. Selon le site Statista, ceux ayant la surmortalité la plus forte, rapportée à leur population, le 23 juillet 2020 étaient *la Belgique, le Royaume Uni, l'Italie, l'Espagne, la Suède, la France*. Le 09 septembre 2020, il s'agissait de *la Belgique, l'Espagne, le Royaume Uni, l'Italie, la Suède, la France*. Il ressort aussi de ces statistiques qu'avec ou sans CFG, le taux de surmortalité par pays d'Europe, rapporté à la population, se situe sous un seuil inférieur à 0,01 %. Les projections catastrophiques issues des modélisations ont donc heureusement été démenties par les faits. En outre, la Suède, qui n'a appliqué aucune mesure, sauf une consigne d'auto-isolation des personnes vulnérables, a un taux de surmortalité inférieur à l'Italie, l'Espagne et la Belgique. **Aussi n'est-il pas permis, d'affirmer que le CFG permet de réduire la surmortalité due à la pandémie**. Ajoutons, que d'éventuels reconfinements ne peuvent être forcés, pour répondre aux exigences posées par les droits fondamentaux.



## LE DECONFINEMENT EN FRANCE

### Les mesures au cours de la période de déconfinement.

Le 10 juillet a marqué la fin d'un état d'urgence sanitaire (EUS) de seize semaines en France, sauf pour Mayotte et la Guyane, où il a été prolongé jusqu'au 30 octobre 2020. Néanmoins, le gouvernement s'est réservé, par la loi du n° 2020-856 du 9 juillet 2020, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, le droit de prendre des mesures exceptionnelles, jusqu'au 30 octobre, sans contrôle parlementaire. L'article 1 § 1 de cette loi donne au 1er Ministre des pouvoirs très larges. Il peut, en particulier ; « 1° Réglementer ou, dans certaines parties du territoire dans lesquelles est constatée une circulation active du virus, **interdire la circulation des personnes et des véhicules, ainsi que l'accès aux moyens de transport collectif (...)** ».

Dans son rapport sur le projet de loi organisant la sortie d'état d'urgence sanitaire, la commission des lois au Sénat p. 18 précise : « Le non-respect des mesures prescrites par les autorités publiques (...) dans le cadre de ce régime transitoire serait constaté et sanctionné dans des conditions identiques à celles de l'état d'urgence sanitaire, telles que prévues par l'article L. 3136-1 du code de la santé publique. » Or, cet article, voté le 24 mars 2020, dans le cadre de la loi du 23 mars 2020 sur l'EUS, **prévoit une peine de 6 mois d'emprisonnement et de 3750 € d'amende, en cas de violation à plus de trois reprises en moins de 30 jours** des obligations intégrées au code de la santé publique (CSP) par la loi EUS. Ainsi, **le délit de non-port du masque** généralisé progressivement dans les espaces publics urbains, établissements recevant du public et les entreprises, pendant la période de déconfinement, **peut être sanctionné par une peine de prison.** Déjà, selon le 1<sup>er</sup> Ministre, du 17 août au 27 août, les contrôles du respect du port du masque ont donné lieu à « environ 700 verbalisations par jour ». Selon le ministre de l'intérieur, le 17 septembre, 44 429 personnes avaient été verbalisées pour non-respect du port du masque (soit 44 429 x à 135 € = 5 997 915 €).

### Le recours à un reconfinement forcé n'a pas été écarté.

**L'avis des juristes spécialisé(e)s en droits fondamentaux n'a jamais été sollicité, et il n'a pas tenu compte, de leur position, pour l'essentiel.** En effet, s'alignant sur le Conseil scientifique (Avis du 27 juillet 2020), **le président de la République, n'exclut pas un « reconfinement ».** Il est vrai qu'il précise qu'il n'est plus question de l'étendre à la totalité du territoire. Mais le 1<sup>er</sup> Ministre, tout en reconnaissant que le confinement : « *a des conséquences économiques, sociales, individuelles et parfois psychologiques très lourdes* » a assuré que des « *plans de reconfinement* », « *territoriaux ou globaux* », étaient « prêts ». Des mesures sont prévues par les articles 50 à 50 EUS du titre 6 du décret du 10 juillet 2020 n° 2020-860. L'article 50 permet aux préfets des départements classés zone de circulation active (ZCA), de recourir à une gamme étendue de restrictions des libertés, notamment, la fermeture des établissements recevant du public, la limitation de circulation des personnes, ou l'interdiction des rassemblements. A partir du 28 septembre 2020, ces mesures ont permis la fermeture des salles des fêtes et polyvalentes, des établissements sportifs recevant du public, ainsi que des restaurants à 22 h, dans 11 métropoles, dont Paris, Lyon ou Nice. **Par ailleurs, l'article 50 EUS (qui vise les territoires où l'état d'urgence sanitaire serait de nouveau en vigueur) autorise les préfets, à recourir de nouveau à un confinement forcé.**

Enfin, a été enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale, le 16 septembre 2020, un **Projet de loi n° 3340 prorogeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence, en procédure accélérée.** Il prévoyait le maintien du régime transitoire jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2021, fin de la période prévue par la loi du 23 mars 2020, pour appliquer l'EUS. Le régime dit « transitoire » de sortie de l'état d'urgence permet donc d'y rester.

**La Défenseure des droits, a adressé 23 septembre 2020** une lettre au Président de l'Assemblée nationale et à la commission des lois, où elle « *note d'une part que le projet de loi de prorogation de ce régime transitoire se différencie, en l'état, peu de l'état d'urgence sanitaire qui a pris fin le 10 juillet dernier, et risque donc de pérenniser le recours à un régime d'exception. (...) Enfin, l'absence de contrôle juridictionnel préalable impose aux autorités publiques une vigilance accrue, notamment au regard du durcissement possible de certaines mesures qui pourraient porter une atteinte disproportionnée aux droits et libertés (telle que la limitation du nombre de personnes réunies dans la sphère privée). Dès lors, ce régime transitoire doit s'accompagner d'un renforcement du contrôle parlementaire des mesures sanitaires. »*

## LE NOUVEAU CONFINEMENT FORCE EN FRANCE

Les mesures les plus restrictives quant aux libertés, adoptées par la majorité des Etats européens, ont consisté en une interdiction des regroupements et en la fermeture d'établissements recevant du public. En cas de nécessité absolue et démontrée, ces mesures sont suffisantes. Pourtant, en dépit des nombreuses mesures, allant dans ce sens, prévues par la loi du 9 juillet 2020 organisant la sortie de de l'état d'urgence, l'examen par le Sénat du projet de loi la prorogeant a été suspendu **le 14 octobre 2020, puis retiré** (peut-être parce que l'examen parlementaire n'allait pas assez vite pour qu'il soit voté avant le 30 octobre) **et le président de la République a annoncé qu'un décret (n° 2020-1257) du même jour rétablissait l'état d'urgence sanitaire, à partir du 17 octobre (à 0h), afin de permettre l'instauration d'un couvre-feu de 21 h à 6 h, dans 8 métropoles, dont l'Ile de France, Marseille, Lyon et Lille.** Avec interdiction de sortie, sauf dérogation et justificatif, sous peine des sanctions pénales prévues à l'article L 3136-1 du Code de la santé publique, **dont peine d'emprisonnement. Il s'agit là d'un nouveau reconfinement partiel forcé** Il est désormais limité, à la nuit et à certains territoires, mais implique toujours l'assignation à domicile d'un nombre considérable de citoyen(ne)s (20 millions dit-on, sans compter les municipalités qui souhaitent imposer un couvre-feu par crainte de la venue de populations de métropoles soumises au confinement nocturne). Par contre, **Outre-rhin, il n'y a toujours aucune interdiction de circuler, assortie de sanctions pénales**, même si, dans les grandes villes, les magasins (sauf pharmacies et stations-service), les bars et restaurants sont fermés entre 23 heures et 6 heures, avec prohibition de la vente d'alcool. En France, la question de la proportionnalité d'une nouvelle interdiction de circuler n'a toujours pas été examinée, au regard des conventions internationales de protection des libertés. Et le gouvernement, a annoncé examiner un éventuel report des élections régionales, prévues pour mars 2021, perspective qui peut fragiliser davantage la démocratie à défaut d'accord de l'ensemble des partis politiques.

### La perte de participation et de représentativité citoyenne.

Des autolimitations de sortie et de circulations sont grandement préférables, au regard des exigences posées par les articles 15 de la Conventions européenne et 4 du PIDCP, au confinement forcé. Dans le respect de ces textes, pour éviter les déplacements, les Etats devraient se fonder, d'abord sur des injonctions non sanctionnées pénalement et le civisme de la population. Cette solution a fonctionné dans la majorité des pays européens n'ayant pas recouru au confinement forcé ni général ni local mais **n'a pas encore été appliquée, en cas de hausse importante des admissions en réanimation due au virus en France, le confinement étant toujours privilégié.**

Une réflexion sur les causes ayant conduit à une gestion autoritaire de la crise sanitaire est nécessaire. Le 28 Avril 2017, Nicolas Hervieu, un des contributeurs au rapport des IDH observait ; « *Certes, nul ne peut contester que durant ces cinq dernières années, la France a été frappée par la vague d'attentats la plus violente et sanglante de son histoire moderne. Il n'en reste pas moins qu'au fil des évolutions législatives, le droit pénal et la procédure pénale ont été constamment durcis au nom de la lutte antiterroriste (...)* Surtout, à l'approche du second tour de l'élection présidentielle, **le mouvement le plus redoutable réside dans l'accroissement considérable des pouvoirs de**

***l'administration. En effet, le législateur n'a cessé de déposséder les autorités et juridictions judiciaires de leurs prérogatives au profit des autorités administratives*** ». (Dalloz – Actualités).

Par ailleurs, depuis un certain nombre d'années, les français(s)es délaissent les urnes (sauf pour les scrutins municipaux, du moins jusqu'à la crise sanitaire). Aussi les gouvernant(e)s, en dépit d'un nombre de député(e)s suffisant à leur soutien, grâce au mode de scrutin pour les élections nationales, sont mal élu(e)s même si les principes de la démocratie sont respectés. Cette situation alimente leur défiance envers les citoyen(ne)s, peu associé(e)s, aux processus décisionnels et par là, la défiance d'une bonne part de ces dernier(e)s envers leurs représentant(e)s nationaux/les, dans lesquels, ils et elles ne se reconnaissent plus. « *Nous avons rendu l'Etat impuissant en même temps que nous rendions le citoyen malheureux* », écrit François Sureau (« *Sans la liberté* », Gallimard)...Pour autant, **rien ne justifie, sous l'angle du respect des droits fondamentaux, même en cas d'urgence, le choix, en première intention, de mesures coercitives**, avant de s'être assuré effectivement que la concertation avec les élu(e)s locaux, l'information (plutôt que l'affirmation), la pédagogie, et la participation non contrainte de la population, pouvaient être concluantes. D'autant que la coercition ne fait qu'augmenter la peur, donc le cercle vicieux de la défiance...

**La réponse au manque de moyens des hôpitaux, n'est pas une interdiction de circuler.**

La justification du reconfinement est d'éviter, comme en mars 2020, « d'être débordé ». Mais si cet argument a pu s'expliquer, alors, par le manque d'anticipation et l'effet de surprise, les hôpitaux, à présent, ne devraient plus être débordés ni la population confinée.

Le 13 juillet 2020, ont été signés les accords du « Ségur de la santé », ils prévoient un budget de 7,5 milliards d'euros pour les personnels paramédicaux (infirmiers, aides-soignants) et non médicaux (agents techniques, administratifs). Il reste qu'il ne peut complètement être pourvu au manque de moyens humains, dans les hôpitaux, dénoncé régulièrement, comme un problème crucial au cours de ces dernières années. Il est difficile de recruter, faute de candidat(e)s qualifié(e)s et formé(e)s disponibles. Ce qui ne permettrait pas complètement d'écarter de nouveaux risques de saturation, de certains hôpitaux français. Selon la Présidente du Collectif Inter-Urgence (CIU), un constat s'impose : l'attractivité de l'hôpital public reste en berne, faute d'environnement de travail acceptable « *de trop nombreux collègues, quel que soit leur métier, fuient vers le privé, voire changent totalement de profession tant la résignation et la déception sont grandes* ». Ce collectif et d'autres syndicats d'hospitaliers estiment que **les mesures du Ségur de la santé sont insuffisantes y compris en matière de revalorisation salariale**. Ces organisations, qui ont appelé à la mobilisation, le 15 octobre 2020, demandent des embauches massives, de personnels dans les hôpitaux publics et dans les EHPAD et des hausses de salaire de 300 euros net par mois pour tous les personnels hospitaliers. Le même jour, le 1<sup>er</sup> ministre devant la mobilisation des hospitaliers, a promis « *une indemnité compensatrice de congés annuels non pris, allant de 100 à 200 euros brut par jour* » pour les soignants qui renonceront à leurs vacances. Tout en déclarant : « *j'entends dire que la bonne réponse aurait été de créer massivement des lits supplémentaires en réanimation plutôt que de prendre des mesures de freinage de l'épidémie. C'est doublement faux (...)* » Selon lui, « *aucun système hospitalier ne serait capable de faire face* » à un afflux massif en réanimation et qu'il est impossible de former des soignants spécialisés dans des délais si courts.

Cela n'est apparemment pas l'avis des hospitaliers. Patrick Pelloux président de l'Association des médecins urgentistes de France (Amuf), n'est pas revenu sur les déclarations faites à l'annonce du couvre-feu : « *(..) on doit paralyser le pays parce que les hôpitaux manquent de lits (...)* Mais ce « *couvre-feu* » - et je ne comprends pas ce langage de guerre - *n'arrêtera pas l'épidémie. On se retrouve dans la même logique qu'au printemps (...)* Je regrette qu'il n'ait pas appelé à la mobilisation générale pour les hôpitaux en demandant aux 60.000 personnels de santé qui ont quitté l'hôpital de revenir pendant la crise pour dégonfler la pression (...) ». Le 21 octobre 2020, le ministre de la santé a annoncé un nouveau financement pour l'hôpital, à hauteur de 2,4 milliards d'euros. Néanmoins le même



jour un [projet de loi n° 3464](#) autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire a été déposé à l'assemblée nationale (le contrôle parlementaire s'imposant au-delà d'un mois d'application du décret) en procédure accélérée, pour prolonger l'EUS jusqu'au 16.02.2021. Il prévoit aussi de prolonger le régime de sortie de l'EUS jusqu'au 1er avril 2021. Par un avis circonstancié le Conseil d'Etat a considéré que ces prorogations étaient « adaptées et proportionnées » à la situation et « justifiées ». Il a aussi relevé que « *le Gouvernement entend, avant cette échéance du 1er avril 2021, soumettre au Parlement un dispositif législatif pérenne de gestion des crises sanitaires ou de lutte contre l'épidémie en cours qui prendra la suite du régime de sortie de l'état d'urgence organisé par la loi du 9 juillet 2020.* » **ce qui peut laisser présager, une nouvelle fois, en France, une l'intégration de mesures d'exception dans le droit positif.** Et, le 22 octobre le 1<sup>er</sup> ministre, fort de l'EUS a annoncé l'extension du couvre-feu à 38 départements, **46 millions de français vont donc subir de nouveau un confinement partiel forcé.** En précisant que si l'exécutif ne constate pas d'amélioration sous «15 à 18 jours », des « mesures beaucoup plus dures » seront envisagées. Pourtant la démonstration a été malheureusement faite qu'un confinement général forcé, ne peut qu'aggraver, l'exercice du droit à la santé par l'ensemble de la population, particulièrement les plus vulnérables. En Allemagne et en Suisse, sans confinement forcé, même local, les services de réanimation, au pic de la 1ere vague de la pandémie, n'ont pas été saturés, ils ont même accueilli des malades français. Le projet de loi a été adopté en première lecture le 24 octobre 2020. Il prévoit aussi la prolongation jusqu'au 1er avril des systèmes numériques de collecte des résultats des tests et des personnes contacts et doit permettre d'habiliter très largement le gouvernement à prendre des ordonnances dans les domaines du droit du travail, du fonctionnement des administrations et encore des collectivités.

## LA CONVENTIONNALITE DU CONFINEMENT FORCE EN DROIT INTERNE

Le contrôle de conventionnalité vise à assurer la supériorité des engagements internationaux et européens, ratifiés par la France, sur les lois et les règlements internes (article 55 de la Constitution de 1958). Concernant les dispositions de la Convention européenne, elles sont d'applicabilité directe. Tout individu peut s'en prévaloir devant les juridictions internes. Si tant est que le confinement forcé général (CFG), ou à présent local, ait pu s'inscrire dans les dérogations aux droits fondamentaux admises par les articles 15 CESDHLF et 4 PIDCP, ce qui n'est pas le cas, le principe de proportionnalité doit encore être observé, quant à sa mise en œuvre, notamment, pour ses sanctions. En l'occurrence celle de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, qui crée un délit e non-respect du confinement, **sanctionnée d'une peine de 6 mois d'emprisonnement et de 10 000 € d'amende** (« *Les droits fondamentaux à l'aune de la pandémie « covid 19 »*, Catherine Krief-Semitko, Rapport Part V).

### La validation du CFG par le Conseil constitutionnel.

Sur QPC, le Conseil constitutionnel, a, par décision n° 2020-846/847/848 du 26 juin 2020, déclaré l'article L.3136-1 CSP conforme à la Constitution. Il reste que les arguments soulevés par les requérants, notamment, **les violations du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois, de la présomption d'innocence, du droit à un procès équitable et de l'interdiction des détentions arbitraires peuvent toujours être jugées contraires aux articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales (CESDHLF) et à celles de l'article 4 de son Protocole n° 7** (voire à l'article 2 de son protocole n° 4 : liberté de circulation).

Ces droits n'ont été visés qu'en substance (sans être cités) devant le Conseil constitutionnel, car ce dernier a jugé, dans une décision de principe du 15 janvier 1975, qu'il ne contrôlait pas la conformité d'une loi au regard des conventions internationales. **Mais les juridictions françaises peuvent continuer à exercer un contrôle de conventionnalité à propos de normes qu'il a déclaré constitutionnelles.**

## Les juridiction internes, dernier rempart des libertés ?

Il semble que les mécanismes démocratiques de contrôle de conformité des normes aux droits fondamentaux, s'exerçant au travers du Parlement et du Conseil constitutionnel, ne puissent plus, en France, en temps de crise sanitaire, remplir pleinement leur rôle de régulateurs du pouvoir exécutif. **Dès lors, si les citoyen(ne)s veulent défendre l'exercice plein et entier de leurs libertés, il leur incombe de saisir le juge d'un contrôle de conventionalité, à l'occasion de toute contestation des mesures instaurées par l'EUS, leur faisant grief.**

### ■ Les juridictions administratives.

Pour cause de CFG, de mars à mai 2020, les audiences pour des jugements « au fond » ont été suspendues. Il était toutefois encore possible de saisir les juridictions administratives dans le cadre des procédures de référé-libertés, de référé suspension, ou des QPC.

**- Les référés.** 109 décisions ont été rendues sur des recours contre des mesures prises dans le cadre de la lutte contre la pandémie (site Conseil d'Etat). Dans le cadre de son contrôle de conventionalité, le Conseil d'Etat, par une ordonnance, du 22 mars 2020 (Demande de confinement - CE, n° 439674, Syndicat jeunes médecins) a jugé que le CFG n'était pas une mesure susceptible de porter une atteinte, non justifiée et non proportionnée, aux dispositions de la Convention européenne (visées à l'ordonnance).

**- Les QPC.** Par une décision du 22 juillet (Association de défense des libertés constitutionnelles), le Conseil d'Etat, a jugé que le CFG n'est pas une privation arbitraire de liberté. Il a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC, dont il avait été saisi, le 18 avril 2020, sur la non-conformité de l'article L.3131-15 du CSP (interdiction de sortie), à l'article 66 de la Constitution : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ». Aux motifs que les dispositions contestées ne font pas partie de celles réservées à la compétence de l'autorité judiciaire. Le Conseil d'Etat a ajouté que l'article L.3131-15 du CSP ne méconnaîtrait pas **le droit à un recours juridictionnel effectif**, garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789. Il reste que l'article 5 § 1 de la Convention de la Convention européenne, **ne prévoit pas, au titre des exceptions au principe : « Nul ne peut être privé de sa liberté », le cas visé par l'article L.3131-15 du CSP**, soit une interdiction faite à toute personne, sur un territoire donné, de sortir de son domicile.

### ■ Les juridictions judiciaires.

Depuis le vote de la loi du 23 mars 2020, les juridictions pénales de première instance et d'appel, ont eu à connaître des articles L.3131-15 et L. 3136 -1 du CSP, issus de cette loi et à les appliquer. Ainsi **plus de 850 condamnations pour violations répétées du confinement ont été prononcées et au moins 400 personnes ont été condamnées à des peines de prison** pour ne pas avoir respecté le confinement à trois reprises en moins d'un mois entre mars et mai (Le Progrès - 28.09.2020). Mais, nous ignorons si ces juridictions ont exercé un contrôle de conventionalité, sur ces sanctions. De plus, une brève recherche n'a pas permis d'établir si, en dehors des QPC qui lui ont été transmises, sur l'article L. 3136-1 du CSP, la chambre criminelle de Cour de cassation a déjà eu à se prononcer sur la conventionnalité de cet article.

**Il est donc conseillé, à toute personne, appelée à défendre contre les sanctions de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique, de viser, dès l'origine de leur contestation, les articles de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales CESDHLF** (au besoin en recourant à l'aide juridictionnelle, pour l'assistance d'un(e) avocat(e)). Si la violation de ces articles est écartée, par la Cour de cassation, une requête au fond devant la Cour européenne pourra alors être envisagée, la condition d'épuisement des voies de recours internes étant remplie.

## CONVENTIONNALITE DU CONFINEMENT FORCE EN DROIT INTERNATIONAL

### Un « référé Etat d'urgence » nécessaire.

Dans un entretien récent (18 | 2020 Revue des droits de l'homme), il a été demandé à Jean Paul Costa, ancien Président de la Cour européenne : « *Doit-on s'inquiéter d'une forme de « spirale de l'exception » qui fragiliserait les droits fondamentaux ? La Cour européenne peut-elle et doit-elle intervenir ?* ». Il a répondu : « *C'est là une tentation de longue date du droit français : (...) Il est parfois inévitable de recourir à l'exception, mais elle risque subrepticement de devenir la règle, comme quand l'état d'urgence s'éternise. C'est regrettable. La Cour a des moyens de contrôle, mais à condition d'être saisie, et surtout de pouvoir réagir rapidement. J'ai souvent rêvé d'une procédure de vrai référé devant la Cour : l'article 39 du Règlement de la Cour, sur les mesures provisoires, est insuffisant.* »

### Les mesures provisoires devant la Cour (article 39 règlement).

Ce sont des mesures d'urgence applicables uniquement *en cas de risque imminent de dommage irréparable*, sans présager des décisions ultérieures de la Cour européenne sur la recevabilité ou sur le fond. Elles doivent être envisagées si la Cour de cassation reconnaissait la conventionnalité du confinement forcé, du fait de l'EUS, **en cas de condamnation à une peine de prison prononcée, en vertu de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique.**

#### ■ L'article 5 CESDHLF.

Il dispose : « *Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales* ». Cependant, le seul risque de détention arbitraire n'a pas encore été admis par la Cour européenne, comme ouvrant droit au bénéfice des mesures provisoires. Si au terme d'une évolution espérée de la jurisprudence de la Cour européenne, la recevabilité de mesures provisoires était admise, elle ne pourrait se prononcer que sur la suspension de la peine de prison, pas sur le fond. Mais il n'est pas exclu que cela puisse hâter l'examen du recours au fond, dont devra également être saisie la Cour européenne, pour violation des articles 5, 6 et 4 du protocole n° 7 CEDHSLF (au moins), eu égard au caractère forcé du confinement, par la loi EUS française.

#### ■ L'article 8 CEDHSLF (droit au respect de la vie privée et familiale).

A l'appui d'une demande de mesures provisoires, un(e) requérant(e) incarcéré(e) peut encore viser l'article 8 CEDHSLF, parfois retenu comme fondement de l'article 39 du règlement de la Cour. Là encore, il y aura lieu d'espérer une évolution de la jurisprudence.

### Le protocole n° 16 CEDHSLF : la demande d'avis consultatifs à la Cour.

Il permet aux plus hautes juridictions des États, dans le cadre d'une affaire dont elles sont saisies, d'adresser à la Cour européenne de Strasbourg, des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés, définis par la Convention. En visite officielle à la Cour européenne, le 31 octobre 2017, le président de la République française avait annoncé la ratification de ce protocole, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2018, en rappelant « *l'attachement de la France aux droits fondamentaux* ». Il faut supposer que cette assurance vaut, en même temps, pour la loi du 23 mars 2020 EUS, puisque la France n'a pas cru bon de déclarer une dérogation, au visa de l'article 15 CESDHLF, pour la mettre en œuvre. Mais puisqu'elle a ratifié le protocole n° 16, la Cour de cassation peut soumettre la loi EUS, à la Cour européenne, afin qu'elle puisse, sans attendre un recours au fond, se prononcer sur sa conformité avec les obligations conventionnelles de la France. Un avis consultatif n'est pas contraignant, mais il permettrait aux citoyen(ne)s et aux juridictions de s'en prévaloir. **Un tel avis, serait aussi une boussole salutaire, pour indiquer non seulement à la France, mais encore à tous les pays du Conseil de l'Europe, dont la pandémie a montré qu'ils commençaient à méconnaître le principe de proportionnalité, la voie à suivre pour revenir à un respect équilibré des droits fondamentaux.**