

Communiqué de l'IDHBP et de l'IDHAE du 26 Octobre 2020

LE CONFINEMENT FORCÉ DOIT ÊTRE SOUMIS A UN CONTRÔLE DE CONVENTIONALITÉ

De la méconnaissance du principe de proportionnalité par la France.

« 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.

Publication du rapport définitif de spécialistes des droits fondamentaux appelant à écarter tout confinement forcé, tout en prenant des mesures sanitaires proportionnelles à la pandémie, et à s'interroger sur les autres atteintes aux libertés publiques. Sous l'égide du Barreau de Paris, avec les contributions notamment d'ATD Quart Monde, La Croix Rouge Française, l'UIA, l'UNAPEI.

Le rapport, a été publié le 26 Octobre 2020, sur les sites du Barreau de Paris, de idhbp.org et de idhae.fr

GARANTIR LA PROTECTION LA PLUS LARGE AUX PERSONNES MENACÉES DE MOURIR

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. Le risque léthal procède de la vulnérabilité. Le taux de létalité de la pandémie est proche de **15% chez les personnes de plus de 80 ans** alors qu'il serait de (0.3%) chez les moins de 60 ans. Aussi 96% des décès dus à la pandémie concernent les personnes de plus de 60 ans, dont 89 % les personnes de plus de 70 ans (Conseil scientifique Avis du 02 juin 2020 - p. 7). **Toutefois, la vulnérabilité ne tient pas seulement au vieillissement**, elle concerne aussi, les situations de handicap, de comorbidité, d'affection de longue durée (ALD), de surpoids. **Enfin la pauvreté et la naissance à l'étranger 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 de personnes nées à l'étranger ont augmenté, en mars et avril, de 48 % en 2020, par rapport à 2019 (Insee)). **Ce qui implique 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.** Affecter les deniers publics à la compensation des effets du confinement forcé, qui accroissent encore la pauvreté, ne relève pas d'une solidarité bien comprise. Les personnes vulnérables ont subi, avec le reste de la population, le confinement décrété à partir du 16 mars 2020. **Puis, lors du déconfinement**, le 11 mai 2020, la pandémie n'ayant pas disparu, elles **ont dû continuer à s'isoler, sans qu'un ensemble de mesures adaptées viennent compenser cette situation.** Or, la compensation de la vulnérabilité de toutes les personnes concernées, devrait être un objectif principal, dans un contexte de nouvelle augmentation des décès dus au virus. Le « *quoiqu'il en coûte* » doit aussi répondre à une exigence d'efficacité.

Si le but à atteindre est d'assurer **une protection maximale aux personnes qui risquent de mourir du virus**, tout en leur garantissant, autant que faire se peut, l'exercice de leurs droits et libertés, **les moyens humains et matériels doivent d'abord être concentrés sur cet objectif. La création d'un « statut provisoire de vulnérabilité »** (nom provisoire également) **peut constituer une réponse proportionnée et efficace aux risques létaux de la pandémie, sans qu'il soit besoin pour l'État français de déroger aux droits fondamentaux**, puisque la protection qu'il met en place consiste précisément à renforcer ces droits.

Pour remédier à l'exclusion, il importe de ne pas exclure davantage. La création d'un statut spécifique passe d'abord par une consultation d'un ensemble représentatif de personnes concernées. Ensuite, chacun(e) doit rester libre de recourir ou pas à ce statut, **facultatif, sans critère d'âge**. Un tel statut doit aboutir au bénéfice d'une série de mesures, dont, par priorité pendant la durée d'application du statut, un accès privilégié et gratuit aux masques, à des tests simples et rapides d'usage et de résultats et plus généralement aux soins (avec soutien psychologique, lorsque nécessaire). Cet accès privilégié doit s'étendre aux personnes côtoyant les personnes vulnérables (proches soignant(e)s, aidant(e)s...). **En outre, ce dispositif doit être synonyme de privilèges non d'ostracisme.** Toutes les pistes sont à explorer ; - moyens de transports dédiés, individuels (avec prise en charge, en cas d'absence de moyens) ou collectif (un wagon réservé par train ou métro à une navette dont l'itinéraire s'adapte aux utilisateurs/ trices, avec mesures d'hygiène et de distanciation). - accès à des lieux de vie agréables et sécurisés - usage réservé et sécurisé, dans le temps et/ou l'espace, de certains jardins, magasins, équipements sportifs, de loisir, de vacances et culturel etc...- portage de repas, aide à domicile, voire accompagnement d'enfants, à l'école ou à d'autres activités. Une fois accordé, le statut doit être maintenu, sauf demande contraire de la personne, tant que la pandémie constitue une menace. Les critères de vulnérabilité ne devant pas être restreints selon la fluctuation des risques de contamination. Les mesures existantes pour l'emploi et les revenus doivent être renforcées, particulièrement pour les personnes les plus précaires. Enfin, il faut éviter que les personnes vivant avec une personne vulnérable, soient contraintes de s'isoler pendant la durée la pandémie (en particulier les enfants, qui doivent rester scolarisés, surtout lorsqu'ils sont en situation de précarité). Si nécessaire, il faut prévoir pour la personne concernée un hébergement, où elle puisse séjourner, avec ou sans ses proches, dans des conditions où sa sécurité est assurée au mieux (espaces de vie suffisamment larges pour les mesures de distanciation).

LES PAYS AYANT 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, les pays qui ont pris une mesure d'interdiction de sortie, assortie de sanctions pénales 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, les dirigeants chinois qui ne sont pas élus par le peuple, font subir à de larges fractions de la population (tibétains, ouïghours, pratiquant(e)s de Falun Gong...), une répression d'État arbitraire et très dure. Toutefois, pour les européens, le danger n'est pas la Chine, mais leurs propres choix 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. Pour 100 000 habitant(e)s, les Etats ayant la surmortalité la plus forte, en Europe, étaient par ordre décroissant, *la Belgique, l'Espagne, le Royaume Uni, l'Italie et la France* (Conseil scientifique avis n° 7 du 02.06.2020, p. 21). **Aussi n'est-il pas permis, d'affirmer que le CFG permet de réduire la surmortalité due à la pandémie.** 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 catastrophistes issues des modélisations ont donc heureusement été démenties par les faits.

LE DECONFINEMENT EN FRANCE

Le 10 juillet.2020, à la fin de l'état d'urgence sanitaire (EUS) en France, le gouvernement s'est réservé, par la loi n° 2020-856 du 09.07.2020, organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire (EUS), le droit de prendre des mesures exceptionnelles, jusqu'au 30 octobre, sans contrôle parlementaire. Ces mesures sont sanctionnées par l'article L. 3136 -1 du code de la santé publique (voté le 24.03.2020, dans le cadre de la loi du 23.03.2020 sur l'EUS). Il 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. Ainsi, le délit de non-port du masque, généralisé dans de nombreux lieux pendant la période de déconfinement, peut être sanctionné par une peine de prison. Selon le ministre de l'intérieur, le 17.09.20, 44 429 personnes avaient été verbalisées pour non-respect du port du masque (soit 44 429 x à 135 € = 5 997 915 €).

Le président de la République, n'a pas exclu pas un « reconfinement » et le 1^{er} Ministre a assuré que des « *plans de reconfinement* », « *territoriaux ou globaux* », étaient « *prêts* » (déclarations des 21 et 26 août). Les mesures prévues par les articles 50 à 50 EUS du décret du 10 .07.2020, n° 2020-860, permettent aux préfets des départements classés zone de circulation active (ZCA), de recourir à une gamme étendue de restrictions des libertés (dont dans les territoires où l'EUS serait rétabli, le confinement forcé). Le 16 septembre 2020, a été déposé à l'Assemblée nationale, un Projet de loi n° 3340 *prolongeant le régime transitoire institué à la sortie de l'état d'urgence.* Il prévoyait selon procédure accélérée, le maintien du régime transitoire jusqu'au 1^{er} avril 2021, fin de la période prévue par la loi du 23.03.2020, pour appliquer l'EUS. **Ce régime de sortie de l'état d'urgence permet donc d'y rester.** La Défenseure des droits, a adressé 23.09.2020, une lettre au Président de l'Assemblée nationale où elle note : « *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. (...). Dès lors, [il] doit s'accompagner d'un renforcement du contrôle parlementaire des mesures sanitaires.* » A partir du 28 septembre 2020, des fermetures de salle des fêtes et établissements sportifs, ainsi que de restaurants à partir de 22 h, ont été rendues obligatoires dans 11 métropoles, dont Paris, Lyon et Marseille, en vertu de l'article 50 du décret susvisé (application des dispositions de la loi du 09.07.20)

LE NOUVEAU CONFINEMENT FORCE EN FRANCE

Finalement, l'examen par le Sénat du projet de loi prorogant la loi du 9 juillet a été suspendu le **14.10.2020** (puis retiré) et le **président de la République a annoncé qu'un décret (n° 2020-1257) du même jour rétablissait l'EUS, à partir du 17 octobre (à 0h), pour permettre un couvre-feu de 21 h à 6 h**, dans 8 métropoles, dont l'Île de France, Marseille, Lyon et Lille. Avec interdiction de sortie, sauf 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**, dont la proportionnalité n'a toujours pas été sérieusement questionnée. Il est certes désormais limité à la nuit et à certains territoires, mais concerne encore un nombre considérable de citoyen(ne)s. Pour éviter les déplacements la majorité des pays européens n'ayant pas recouru au confinement forcé ni général se sont, à la place, appuyés, sur des injonctions non sanctionnées pénalement et le civisme de la population. Outre-rhin, il n'y a toujours aucune interdiction de circuler, assortie de sanctions pénales, les commerces sont fermés entre 23 heures et 6 heures, dans les grandes villes. En France, en cas de hausse importante des admissions en réanimation due au virus, le confinement est toujours privilégié et le gouvernement, va se pencher sur un éventuel **report des élections** régionales, prévues pour mars 2021, perspective qui peut fragiliser davantage la démocratie, en l'absence d'accord des partis politiques. Une réflexion sur les causes ayant conduit à une gestion autoritaire de la crise sanitaire est nécessaire. Le 28 avril 2017, Nicolas Hervieu, observait ; « **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** ». (Dalloz - Actualités). Par ailleurs, depuis un certain nombre d'années, les français(es) délaissent les urnes et la représentativité des

gouvernant(e)s s'en ressent. Cette situation alimente leur défiance envers les citoyen(ne)s, et par là, la défiance d'une bonne part de ces dernier(e)s envers leurs représentant(e)s. « *Nous avons rendu l'Etat impuissant en même temps que nous rendions le citoyen malheureux* », écrit François Sureau (« *Sans la liberté* », Gallimard). Pour autant, **même en cas d'urgence, cela ne justifie pas le choix en première intention de mesures coercitives**. D'autant qu'elles ne font qu'augmenter la peur, donc le cercle vicieux de la défiance. Le motif allégué à un reconfinement est d'éviter « d'être débordé » par la seconde vague de contamination de l'automne. Mais cet argument ne peut plus s'expliquer par le manque d'anticipation et l'effet de surprise. En Allemagne et en Suisse, sans confinement forcé, les hôpitaux, au pic de la 1ère vague de la pandémie, n'ont pas été saturés.

Les accords du « Ségur de la santé » du 13.07.20, prévoient un budget de 7,5 milliards d'euros. Il reste qu'il est difficile de recruter dans les hôpitaux. Pour la Présidente du Collectif Inter-Urgence (CIU), l'attractivité de l'hôpital public reste en berne, faute d'environnement de travail acceptable. Ce collectif et d'autres syndicats ont demandé des embauches massives et des hausses de salaire. Patrick Pelloux, président de l'Association des médecins urgentistes de France (Amuf), déclarant « (...) *ce couvre-feu* (...) *n'arrêtera pas l'épidémie* (...) *Je regrette qu'il n'ait pas appelé à la mobilisation générale pour les hôpitaux* (...) ». 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 EUS) en procédure accélérée, pour prolonger l'EUS jusqu'au 16.02.2021. Il doit aussi prolonger le régime de sortie de l'EUS jusqu'au 01 avril 2021. Il a été adopté en première lecture le 24 Octobre 2020. Le 22 octobre.2020, le 1^{er} ministre, fort de l'EUS, a annoncé **l'extension du couvre-feu à 38 départements, 46 millions de français vont donc subir un reconfinement forcé partiel**. Il a précisé que si l'exécutif ne constate pas d'amélioration sous « 15 à 18 jours », des « mesures beaucoup plus dures » seront envisagées... Pourtant le confinement forcé partiel est déjà, une contrainte forte sur les libertés individuelles qui requiert un contrôle de proportionnalité. De plus, la démonstration a été malheureusement faite que le confinement général aggrave l'exercice du droit à la santé pour une partie de la population et fragilise la situation des plus pauvres. Enfin, le Conseil d'Etat (Avis /PPL n° 3464) relève que le Gouvernement entend, avant 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.* » **S'agit-il de nouveau de faire de l'exception la règle pour l'avenir ?**

LA CONVENTIONNALITE DU CONFINEMENT FORCE

Le contrôle de conventionnalité vise à assurer la **supériorité des engagements internationaux**, ratifiés par la France, sur les lois et les règlements internes (article 55, Constitution de 1958). Tout individu peut se prévaloir directement des dispositions de la Convention européenne devant les juridictions internes. **La proportionnalité du confinement forcé, peut leur être soumise**, ainsi que celle des sanctions de l'article L. 3136 -1 du code de la santé publique.

Le Conseil constitutionnel n'exerce pas de contrôle de conventionnalité. C'est peut-être pourquoi il a, le 26 juin 2020 (CC n° 2020-846/847/848 QPC), déclaré l'article L.3136-1 CSP, sanctionnant le délit de non-respect du confinement, conforme à la Constitution. Néanmoins 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 l'article 4 de son Protocole n° 7** (voire à l'article 2 de son protocole n° 4 : liberté de circulation) **par les juridictions françaises et sinon par la Cour européenne chargée de contrôler l'application de la CESDHLF), qui peuvent continuer d'exercer le contrôle de conventionnalité** à propos de normes déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Les juridictions internes, dernier rempart des libertés ? Lorsque, en temps de crise sanitaire, le contrôle parlementaire et constitutionnel ne permet pas de réguler le pouvoir exécutif quant à la *conformité des normes aux droits fondamentaux*, **les citoyen(ne)s, voulant défendre leurs libertés, peuvent saisir le juge d'un contrôle de conventionnalité, des mesures instaurées par l'EUS, leur faisant grief.**

Concernant le **juge administratif**. Le Conseil d'État a jugé que le confinement forcé général (CFG) n'était pas susceptible de porter une atteinte, non justifiée et proportionnée, aux dispositions de la Convention européenne (référé 22.03.20 - Syndicat des jeunes médecins) et que le confinement forcé n'est pas une privation arbitraire de liberté (QPC 22.07.20 - Association de défense des libertés constitutionnelles). Cependant, l'article 5 § 1 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 (interdiction de sortie généralisée).

Le contrôle de conventionnalité sur le confinement forcé ne peut donc plus être exercé que par les juridictions judiciaires. 850 condamnations pour violations répétées du CFG ont été prononcées et au moins 400 personnes ont été condamnées à des peines de prison (Le Progrès - 28.09.2020). Mais, nous ignorons si un contrôle de conventionnalité a été exercé, en première instance ou en appel. Une brève recherche n'a pas permis d'établir non plus, si, en dehors des QPC sur l'article L. 3136 -1 CSP, la chambre criminelle de la 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 (1), les articles de la Convention européenne de sauvegarde des libertés fondamentales CESDHLF.** Ainsi la Cour de cassation pourra ;

- prononcer directement la non-conformité des sanctions « sanitaires » à ces articles.
- demander un avis consultatif à la Cour européenne (**protocole n° 16 CEDHSLF**), Il n'est pas contraignant mais permet aux citoyen(ne)s et aux juridictions de s'en prévaloir. **Il serait aussi une boussole salutaire, pour indiquer à la France comme à tous les pays du Conseil de l'Europe, dont la pandémie a montré qu'ils commençaient à dériver hors des voies du respect de la démocratie et des libertés, le cap pour y revenir...**

A défaut, une requête devant la Cour européenne pourra être envisagée, afin de contrôle de conventionnalité de la loi EUS française, le cas échéant doublée d'une requête mesures provisoires d'urgence (article 39 du Règlement de la Cour), applicables *en cas de risque imminent de dommage irréparable*.

(1) Les délais de contestations des amendes doublés sous l'état d'urgence sanitaire sont de 90 jours (ordonnance 2020-303 du 25 mars 2020)