Droit Public Comparé
ISSN : 3036-2490

2 | 2024

La gestion de l'épidémie de covid-19 par le droit allemand

Un regard croisé avec la France sur l'évolution des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs et l'obligation vaccinale

Isabelle Noll et Patrick Zimmermann

https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=429

DOI : 10.35562/droit-public-compare.429

Référence électronique
Isabelle Noll et Patrick Zimmermann, « La gestion de l'épidémie de covid-19 par le droit allemand », *Droit Public Comparé* [En ligne], 2 | 2024, mis en ligne le 01 juillet 2024, consulté le 01 juillet 2024. URL : https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=429

Droits d'auteur
CC BY-SA 4.0

La gestion de l'épidémie de covid-19 par le droit allemand

Un regard croisé avec la France sur l'évolution des droits fondamentaux, la séparation des pouvoirs et l'obligation vaccinale

Isabelle Noll et Patrick Zimmermann

PLAN

1. Un nécessaire ajustement à l'urgence par le recours à une réglementation *ad hoc*
   1.1. L'adaptation du régime juridique existant afin de lutter contre l'épidémie
   1.2. Une incontournable concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif
2. Les droits et libertés fondamentaux, premiers à fléchir sous le nécessaire besoin de protection de la santé publique
   2.1. Une protection des droits et libertés assurée par le juge
   2.2. Une nécessaire conciliation des droits et libertés avec l'objectif de protection de la santé publique
3. Une sortie de l'épidémie dans l'optique d'une politique de vaccination
   3.1. L'échec de la politique de vaccination obligatoire généralisée
   3.2. L'obligation de vaccination pour les professionnels de santé
   3.3. L'endiguement de l'épidémie par le biais de réglementations d'accès

TEXTE

> « [D]enn wir behalten von unseren Studien am Ende doch nur das, was wir praktisch anwenden. [1] »
> J. W. v. Goethe [2]

1 Alors qu'il y eut au fil des années des épidémies bien plus meurtrières que celle de la covid-19 [3] – telles la peste ou encore la grippe espagnole [4] – pratiquement tous les États du monde ont été pris de court par son étendue et l'urgence sanitaire engendrée.

2 Bien que l'Allemagne soit souvent dépeinte comme étant un État « sans catastrophe [5] », cela ne pouvait être défendu qu'au sortir des premières vagues. Lorsque survinrent les vagues épidémiques suivantes, la gestion de la situation épidémique s'est nettement complexifiée. Conformément à sa tradition, l'Allemagne a cherché à tout prix à conserver sans inflexion l'application de sa loi fondamentale et des droits et libertés fondamentaux qu'elle garantit. Dans cette optique, la lutte contre l'épidémie fut assurée par le biais de la loi fédérale sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses humaines (*Infektionsschutzgesetz-IfSG*). À travers diverses modifications de cette loi et l'introduction de dispositions et mécanismes propres à la lutte contre la covid-19, l'Allemagne a donc, du moins en apparence, globalement pu conserver son fonctionnement « normal ». Ce point de départ s'oppose fondamentalement au choix français qui a été la mise en place d'un régime d'exception : l'état d'urgence [6] sanitaire.

3 Une rétrospective de ces presque trois dernières années bouleversantes, pour la France comme pour la République fédérale allemande, permet ainsi de nuancer le déroulement de l'épidémie par l'observation des mécanismes juridiques qui ont été mis en œuvre dans cet État voisin, pour lutter contre un même phénomène. Cette analyse postérieure propose un regard comparatif transversal qui invite à relativiser la fonctionnalité de ces mécanismes juridiques et des réglementations mis en place du début de l'épidémie en 2020 aux dernières grandes modifications opérées fin 2022 [7]. En considération de l'ampleur des conséquences auxquelles ont dû faire face les deux États, une étude chronologique des réponses allemandes apportées sur le plan juridique permet de relever trois grandes thématiques qui ont entouré l'épidémie : l'ajustement de la réglementation en vigueur, l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux et la vaccination.

4 La gravité et l'imprévisibilité de l'épidémie de covid-19 ont contraint les États à la mise en place de réglementations *ad hoc*. La problématique commune en l'espèce était l'évidente insuffisance des réglementations préexistantes, ce qui a conduit la France à instaurer ce régime d'exception particulier que constitue l'état d'urgence sanitaire. L'exemple allemand en réponse à cette même urgence illustre la forte résilience dont a fait preuve le régime « normal » en vigueur, puisque l'État allemand, à défaut de disposer d'un outil

exorbitant adapté, a dans un premier temps répondu à l'urgence par l'adaptation de sa réglementation en vigueur aux nouveaux besoins qui ont fait surface [8]. Cette étude s'attache tout d'abord à exposer, par un regard postérieur sur la situation, que malgré la volonté allemande de préserver un régime proche de la normale, l'aléa engendré par l'épidémie était si important qu'une forme de concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif et la mise en place de mécanismes d'urgence se sont révélées incontournables.

5 Au fil des vagues épidémiques, l'endiguement de la maladie a été à la source de nombreuses atteintes aux droits et libertés fondamentaux, dont la protection a majoritairement été assurée par les juges administratifs dans les deux États. Ainsi, un second temps de cette étude est consacré à la justice, qui durant cette période n'a fonctionné pratiquement qu'à travers les recours en urgence. Pourtant, les juges allemands ont fait preuve de pédagogie et ont fourni des contrôles de proportionnalité approfondis, ce qui contraste avec la brièveté qui a accompagné la plupart des décisions françaises. Ces atteintes n'ont cessé que progressivement, notamment avec le début de la politique de vaccination, sur laquelle porte la dernière partie de cette étude. L'approbation conditionnée des premiers vaccins contre la covid-19 par l'Union européenne fin 2020 a fait évoluer la lutte contre l'épidémie d'une optique de sécurisation des individus par la restriction vers l'incitation à la vaccination pour une immunité collective.

1. Un nécessaire ajustement à l'urgence par le recours à une réglementation *ad hoc*

6 L'ampleur inopinée de l'épidémie de covid-19 a contraint les deux États à adapter dans les plus brefs délais leurs régimes juridiques, les réglementations prévues à cet effet étant bien trop indigentes pour lutter effectivement contre l'expansion de la maladie. Ces modifications dans l'urgence ont cependant abouti à des dispositions favorisant une concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif.

1.1. L'adaptation du régime juridique existant afin de lutter contre l'épidémie

7 Bien avant la survenance de l'épidémie de covid-19, les deux États disposaient de lois dédiées à la protection de la santé publique et à la lutte contre les maladies épidémiques. En France, il s'agissait de la loi du 9 août 2004 [9] et en Allemagne de la loi fédérale sur la prévention et la lutte contre les maladies infectieuses humaines (*IfSG*) en vigueur depuis le 1er janvier 2001 [10]. Ces dispositions se sont, aussi bien en France qu'en Allemagne, très promptement révélées insuffisantes, ce qui a sonné le début de diverses modifications législatives, afin de pouvoir lutter effectivement contre la covid-19.

8 En France, en raison de l'évidente inadéquation de la réglementation en vigueur, la gestion de l'épidémie fut d'abord assurée par le biais de la théorie ancienne des circonstances exceptionnelles [11]. Néanmoins, la nature purement jurisprudentielle de cette pratique ainsi que l'évolution exponentielle de la maladie ont rapidement conduit à la mise en place du régime maintenant bien connu de l'état d'urgence sanitaire [12]. Ce nouveau régime a ainsi pu être introduit dans le Code de la santé publique par une loi du 23 mars 2020 [13] et a trouvé application – mesures transitoires de sortie comprises – jusqu'au 31 juillet 2022 [14]. A *contrario*, l'État allemand a assuré la gestion de l'épidémie par une seule et même loi fédérale, la réglementation des maladies épidémiques étant assurée par l'État fédéral (le *Bund*), qui a fait usage de la compétence que lui accorde la loi fondamentale en la matière [15].

9 Dans le courant de la première vague, l'Allemagne a dû prestement mettre en place des premières modifications de cette loi qui permettait ainsi la constatation d'une « situation épidémique d'envergure nationale » (*epidemische Lage von nationaler Tragweite*), prévue au §5 al. 1 *IfSG* [16]. La déclaration de cette « situation », qui était de la compétence du *Bundestag*, est ainsi devenue la condition préalable à l'application des dispositions de lutte contre l'épidémie. Cette dernière fut déclarée pour la première fois par le *Bundestag* le 25 mars 2020 et s'est terminée le 25 novembre 2021 [17]. Son déclenchement était accompagné d'une habilitation faite au ministère de la Santé au §5 al. 2 *IfSG*, qui lui permettait l'adoption de mesures

réglementaires nécessaires à la lutte contre l'épidémie sans avoir besoin de recourir à l'approbation du *Bundesrat*. Cependant, ce ne fut pas tant l'absence de consultation des *Länder* dans le processus qui a suscité le plus de discussions, mais bien les prérogatives accordées au ministre de la Santé, puisque l'habilitation ne prévoyait pas seulement une action par voie réglementaire en concrétisation des dispositions législatives, mais également la possibilité de s'en écarter [18]. Pourtant, sur le plan pratique, l'endiguement de l'épidémie a essentiellement été géré sur le plan fédéré par le biais d'une clause générale de compétences, prévue au §28 al. 1 phrases 1 et 2 *IfSG*, confiant aux gouvernements des *Länder* l'initiative réglementaire [19]. La clause prévoyait la possibilité pour « l'autorité compétente [20] » d'adopter les « mesures de protection nécessaires » afin de lutter contre l'épidémie, la désignation de ces autorités compétentes étant confiée aux gouvernements fédérés [21].

10 Les modifications législatives se poursuivirent dans le courant de la deuxième vague épidémique et le *Bundestag* [22] était venu préciser cette clause générale de compétence par l'adoption du §28a al. 1 et 2 *IfSG* [23]. L'alinéa 1 contenait une liste non limitative [24] de mesures que pouvaient adopter ces « autorités compétentes » et l'alinéa 2 instaurait une gradation de l'intensité et de l'importance des mesures à adopter selon le taux d'incidence à l'échelle fédérale et fédérée. Ainsi, dans le cas d'un taux d'incidence fédéré sur sept jours, dépassant 35 nouvelles contaminations pour 100 000 habitants sur le territoire d'un *Land*, le *Land* en question se devait d'adopter des mesures « à large échelle » afin de lutter contre l'épidémie [25]. Ces nouvelles dispositions tendaient avant tout à consolider et préciser la mise en œuvre de cette nouveauté singulière que constituait la situation épidémique d'envergure nationale.

11 Bien que le *IfSG* soit une législation adoptée dans des conditions « normales », la troisième vague épidémique en avril 2021 est venue contraindre à de nouvelles modifications reflétant le caractère en réalité exorbitant de ce régime. L'introduction d'un nouveau §28b *IfSG* [26] a établi la procédure de *Bundesnotbremse* (« frein d'urgence fédéral ») qui consistait en la suspension de toutes les mesures prises à l'échelle fédérée pour lutter contre l'épidémie, en y substituant temporairement les dispositions très strictes prévues par le législateur fédéral dans le *IfSG*. Ce processus de substitution trouvait

application lorsque le taux d'incidence sur sept jours venait à dépasser 100 nouvelles contaminations pour 100 000 habitants dans un *Landkreis* [27] ou une *kreisfreie Stadt* [28]. Les circonscriptions concernées se voyaient alors contraintes de mettre en œuvre ces dispositions fédérales en lieu et place des dispositions adoptées par les gouvernements fédérés, sans la moindre marge de manœuvre à l'exception de mesures de nature plus restrictive. L'atypie de cette procédure s'est manifestée par cette uniformisation des dispositions applicables et donc par une concentration du pouvoir de décision entre les mains du législateur fédéral. Les circonscriptions concernées, et par leur biais les *Länder*, étaient ainsi dénués de toute possibilité d'agir, mis à part en application des dispositions du *IfSG* à leurs territoires respectifs. Ce mécanisme est venu s'inscrire à contre-courant du fonctionnement de la gestion de la lutte contre l'épidémie mis en œuvre avant cette date, qui en vertu de la clause générale de compétence prévoyait une lutte contre l'épidémie avant tout à l'échelle fédérée. Toutefois, cette procédure incapacitante n'a été en vigueur que pendant un court délai de trois mois, permettant ainsi une forme de contrôle de la propagation de la maladie dans le cadre d'un pic épidémique, avant d'être rapidement allégée puis complètement abrogée [29].

12 Cette procédure exceptionnelle, bien qu'elle n'ait pas été présentée ainsi, s'apparentait fortement à un régime d'urgence d'origine purement législative. L'étude de l'évolution de la réglementation *a posteriori* permet d'affirmer que cette centralisation du pouvoir de décision n'a en réalité constitué que l'apogée de la nécessaire adaptation constante du régime en vigueur à laquelle a dû faire face l'Allemagne dans le courant de ces presque trois années d'épidémie. En effet, il n'y eut officiellement aucun régime d'exception. Toujours est-il que cette procédure particulière ne peut que difficilement être qualifiée autrement. Le conditionnement de l'application de la loi fédérale à une appréciation du Parlement sur l'existence et la prolongation d'une « situation épidémique d'envergure nationale » est très proche du modèle français de l'état d'urgence sanitaire.

13 La conservation du cadre juridique habituel en Allemagne reflète d'une part une confiance accrue en la gestion de l'épidémie à l'aide des outils classiques de l'ordre juridique national et d'autre part le refus de qualification de cette nouvelle réglementation *ad hoc* dédiée

à la lutte contre l'épidémie comme étant « exceptionnelle ». Le concept juridique d'état d'urgence tel qu'il est pratiqué en France ne trouve pas d'équivalent en Allemagne [30] pour d'évidentes raisons historiques liées au vécu effarant de la république de Weimar [31].

14 En dépit d'une gestion plus divisée de l'épidémie, ce qui ne surprend point au regard de la nature fédérale de l'État, la République fédérale allemande n'a pu esquiver ni la concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif ni la centralisation qui a également eu lieu en France.

1.2. Une incontournable concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif

> « Les temps difficiles sont centralisateurs. En présence d'une crise qui ébranle la nation, le gouvernement cherche son salut dans le renforcement de son autorité. Les collectivités l'éprouvent comme les individus [32]. »

15 Ces termes de Jean Rivero reflètent avec exactitude la situation à laquelle a dû faire face l'État français au cours de l'épidémie de covid-19. La création d'un état d'urgence sanitaire a entraîné un déséquilibre dans la séparation des pouvoirs et une concentration en faveur de l'exécutif, glissant le pouvoir réglementaire au premier plan. Ce transfert de compétences intéresse fortement, puisqu'il semble avoir également été une réponse allemande à la situation épidémique. Ce renforcement du pouvoir d'action de l'exécutif résultait avant tout de la nécessité d'assurer la gestion de l'épidémie à l'échelle la plus adaptée. En France, bien que questionné, ce mécanisme de centralisation n'était pas un élément nouveau. Le regard croisé avec la situation allemande illustre ici bien plus franchement la question de subsidiarité qui s'est posée dans le cadre de cette concentration, notamment puisque la gestion de l'épidémie était initialement gérée à l'échelle fédérée et que l'on pouvait penser que le fédéralisme empêcherait une concentration des pouvoirs ou pour le moins freinerait considérablement un tel phénomène.

16 En France, la concentration au profit de l'exécutif dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire était clairement percevable sur deux plans. Premièrement sur le plan fondamental de la séparation des pouvoirs : le pouvoir de légiférer a été accordé au gouvernement afin d'adapter

le nouveau dispositif de l'état d'urgence sanitaire. Une première fois avec la loi du 23 mars 2020 qui, pour une durée de trois mois, prévoyait l'adoption de dispositions par voie d'ordonnance pour lutter contre l'épidémie [33]. Puis, par d'autres habilitations qui ont conduit à l'adoption d'une multitude d'ordonnances [34]. Alors même que l'usage répété de la procédure de l'article 38 de la Constitution est venu considérablement remuer la séparation classique des pouvoirs opérée en France, la loi d'habilitation n'a pas été contrôlée *a priori* par le Conseil constitutionnel [35]. Sa constitutionnalité ne fut confirmée que bien plus tard en juin 2020, dans le cadre de divers contrôles *a posteriori* [36]. Secondement, la concentration s'est vue au sein du pouvoir réglementaire : la réglementation de la lutte contre l'épidémie a été confiée au ministre de la Santé et au Premier ministre. Cela a conduit à l'adoption d'une pléthore de mesures réglementaires, notamment de décrets [37], contrôlés à diverses reprises par le juge administratif qui avait conditionné leur légalité à la proportionnalité dont tout particulièrement à la nécessité des mesures [38].

17 Une même concentration se percevait également en Allemagne, néanmoins la séparation classique des pouvoirs s'est vue bien moins bousculée, puisque l'attribution du pouvoir de légiférer à l'exécutif est incompatible avec les principes encadrant l'exercice du pouvoir réglementaire allemand. En effet, l'action de l'administration allemande est pratiquement systématiquement soumise à une loi préalablement édictée par l'un des législateurs. C'est ce que prévoit la réserve de la loi (*Vorbehalt des Gesetzes*) [39] qui empêche ainsi le gouvernement de faire cavalier seul, tel que cela a été le cas en France avec des dispositifs tel l'état d'urgence sanitaire ou la théorie des circonstances exceptionnelles.

18 À l'instar du droit français, le droit allemand distingue un pouvoir réglementaire en application de la loi (*gesetzesakzessorische Verwaltung*) et un pouvoir réglementaire autonome (*gesetzesfreie Verwaltung*). Le domaine d'exercice de ce dernier est toutefois très restreint, premièrement car la réserve de la loi est systématique dans les cas où la mesure édictée porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux et deuxièmement, car le droit allemand connaît un principe de réserve parlementaire (*Parlamentsvorbehalt*). Ce principe originaire de la

répartition fonctionnelle des pouvoirs consiste en l'attribution d'une compétence à l'organe le plus adapté, par son organisation, sa composition, sa méthode de travail et son fonctionnement [40]. La réserve parlementaire contraint le législateur à légiférer directement dans les domaines les plus fondamentaux, il ne peut alors en principe se dessaisir de sa compétence [41]. Toute délégation de sa compétence à d'autres organes, notamment au gouvernement, serait inconstitutionnelle [42]. Le législateur reste en mesure de déléguer en partie sa compétence, à partir du moment où il ne s'agit pas de décisions fondamentales et uniquement dans le respect d'une exigence de clarté et d'intelligibilité de la loi fixée par l'art. 80 al. 1 phrase 2 LF [43].

19 C'est bien cette administration fortement liée qui a été responsable de l'exécution des mesures de gestion de l'épidémie adoptées par les gouvernements fédérés [44] et le ministère de la Santé [45]. Cette évidente concentration de l'initiative réglementaire a beaucoup été discutée, notamment en raison de l'exclusion des législateurs fédérés (*Landtage*). En principe, lorsque le *Bund* fait usage de sa compétence dans le cadre de la législation concurrente, les *Länder* sont privés de leur compétence législative en la matière. Mais, des agissements des parlements fédérés étaient tout à fait envisageables, puisque l'article 80 al. 4 LF prévoit que « lorsque les gouvernements des *Länder* sont autorisés à édicter des règlements par une loi fédérale ou en vertu de lois fédérales, les *Länder* peuvent également réglementer par une loi [46]. » Ainsi, aurait été concevable, voire bienvenue, une intégration plus systématique des *Landtage* au processus décisionnel des gouvernements fédérés [47].

20 Ce transfert de pouvoirs aux mains de l'exécutif a évidemment engendré une gestion de l'épidémie principalement par le biais de mesures réglementaires qui, en Allemagne, reposent sur l'exercice d'un droit administratif spécial. Depuis la loi sur la lutte contre les maladies épidémiques du 30 juin 1900 (*Reichsseuchengesetz*) [48], le droit de la protection contre les maladies épidémiques du *IfSG* est une branche spéciale du droit de la sécurité (*Sicherheitsrecht*) et donc un droit administratif spécial dont l'exécution est assurée par les *Länder* [49] sur le fondement de la clause générale de compétence. Dans le cadre de la lutte contre la covid-19, les *Länder* ont principalement agi par actes réglementaires de portée générale et

impersonnelle sous forme de règlements (*Rechtsverodnungen*) sur le fondement du §32 du *If*SG ou par prescriptions générales (*Allgemeinverfügungen* [50]). Un changement majeur a toutefois été opéré en mars 2020, avec l'introduction dans le *If*SG de la « situation épidémique d'envergure nationale » qui est devenue la condition à l'édiction d'un bon nombre de mesures réglementaires. Auparavant, l'action des *Länder* dans le cadre de cette loi n'était pas conditionnée par une déclaration préalable du législateur. Toutefois, ce conditionnement ne concerne pas l'entièreté des mesures et la clause générale de compétence en est exclue, ce qui permettra aux *Länder* et à leurs autorités administratives d'agir sur ce fondement, si une nouvelle maladie épidémique venait à survenir.

21 Cet usage du pouvoir réglementaire à l'échelle fédérée contraste avec le choix du législateur français d'accorder un pouvoir de police spécial à l'État [51]. Au début de l'épidémie, en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles [52], les maires pouvaient encore faire usage de leur pouvoir de police général [53], mais une décision majeure du Conseil d'État *Commune de Sceaux* du 17 avril 2020 est venue adresser la question du concours de police en matière sanitaire [54]. Par cette décision, le juge administratif n'avait pas totalement exclu la possibilité d'agir à l'échelon local, mais avait subordonné l'agissement des maires à l'existence cumulative de raisons impérieuses et de circonstances locales, tout en imposant aux mesures adoptées de ne pas être de nature à compromettre la cohérence et l'efficience des mesures adoptées à l'échelle nationale [55]. Ce mouvement de centralisation sur le plan sanitaire [56] a concentré l'édiction de mesures réglementaires entre les mains des représentants de l'État. Il n'y avait pas de réelle liberté d'intervention pour l'échelon local : les acteurs de la décentralisation se trouvaient contraints d'exécuter les politiques de l'État, ce qu'illustrait tout particulièrement la question du port du masque [57].

22 Alors que la doctrine française à la suite de cette épidémie interroge quant à la « banalisation de l'état d'urgence [58] », le regard croisé avec la situation allemande permet de constater que la gestion de l'urgence a inévitablement engendré deux éléments : premièrement une concentration des pouvoirs aux mains de l'exécutif, indépendamment de la volonté de conserver l'équilibre habituel de la séparation des pouvoirs [59]. Cette réponse commune à l'urgence ne

surprend pas démesurément, puisqu'il s'est avant tout agi d'une concentration en faveur des acteurs centraux dans la politique de la Santé : les ministères de la Santé. Néanmoins, ce gain en puissance de l'exécutif en Allemagne a été effectué sous le contrôle du législateur, qui, bien qu'ayant délégué une grande part de la gestion de l'épidémie, a pu choisir le renforcement du pouvoir réglementaire qui ne s'est ainsi pas inscrit dans une volonté du gouvernement de renforcer son autorité en période difficile. A *contrario*, c'est dans cette optique qu'en France peut se révéler le second élément : un mouvement de centralisation permettant supposément un meilleur contrôle et plus d'efficacité dans la lutte contre l'épidémie. Pourtant, à première vue, aucune centralisation n'a réellement accompagné le renforcement de l'exécutif en Allemagne. Or, même si moins présente, une forme de centralisation de la gestion de l'épidémie dans l'urgence peut être constatée. D'une part, le mécanisme de *Bundesnotbremse* fut une manifestation concrète de centralisation au profit du législateur, bien qu'il n'ait été maintenu que pour une courte durée de trois mois. D'autre part, même si la forme fédérale de l'État a contribué à conserver une gestion très locale de l'épidémie, les gouvernements fédérés n'ont en réalité pas tant fait usage de la possibilité qui leur était donnée de s'écarter des mesures prises à l'échelle fédérale ou dans les autres *Länder*, par appréhension des conséquences. La centralisation ne peut ainsi être constatée *de jure*, mais le choix des acteurs fédérés de s'aligner a permis l'obtention de l'uniformité recherchée par le mécanisme de centralisation.

2. Les droits et libertés fondamentaux, premiers à fléchir sous le nécessaire besoin de protection de la santé publique

23 La lutte contre l'épidémie a conduit des États pris au dépourvu par l'envergure de la situation, à priver les individus de l'exercice de certains de leurs droits et libertés pour le bien de la santé publique. Cette privation n'a pas été sans conséquence, puisqu'elle a engendré de nombreuses affaires contentieuses demandant au juge de se saisir de la problématique de la protection de ces droits et libertés. Ce fut

ainsi au juge de trouver un équilibre entre l'objectif de protection de la santé publique et les droits et libertés fondamentaux.

2.1. Une protection des droits et libertés assurée par le juge

24 L'énorme sollicitation du pouvoir juridictionnel n'a pas été une spécificité française [60], puisque les juges administratifs allemands ont considérablement été mobilisés dans le cadre de procédures d'urgence tout au long de l'épidémie [61]. La réglementation contre l'épidémie se composant principalement d'actes réglementaires des *Länder*, le contrôle dans le cadre de la procédure d'urgence était en principe assuré par les cours administratives d'appel des *Länder* (*Oberverwaltungsgerichte*), compétentes en premier et dernier ressort en vertu du §47 al. 1 n° 2 *VwGO* (Code sur la juridiction administrative) et des normes correspondantes prévues par les lois fédérées [62]. En complément, en cas de rejet de la demande en référé, l'introduction d'un recours individuel (*Verfassungsbeschwerde*) ou d'un référé [63] devant les juges constitutionnels était possible [64]. Contrairement au Conseil d'État, la Cour suprême de l'ordre administratif allemand (*Bundesverwaltungsgericht*-*BVerwG*) n'a pas réellement eu l'opportunité de jouer un rôle aussi décisif durant ces années d'épidémie, et ce, pour deux raisons. D'une part, car l'usage de référés ne permet pas d'intervention du *BVerwG*, puisque ces recours sont privés d'instance de révision [65]. D'autre part, car très peu d'affaires ont été introduites en plein contentieux [66], les requérants ayant privilégié l'usage des recours en urgence.

25 Cette quasi monopolisation du contentieux par les juges administratifs des *Länder* a été quelque peu nuancée durant la période de *Bundesnotbremse*, réduisant l'office du juge administratif au profit du juge constitutionnel [67], puisqu'il ne s'agissait plus uniquement de contrôler la légalité et la constitutionnalité d'actes réglementaires, mais également de la loi fédérale [68]. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle allemande s'était prononcée sur la proportionnalité des atteintes portées à certains droits fondamentaux par les dispositions fédérales, principalement en faveur des dispositions adoptées par les autorités publiques. Cela concernait notamment la liberté d'aller et venir en rapport avec

le couvre-feu [69] – point sur lequel le Conseil d'État avait adopté une position similaire, fondant son argumentaire sur la nature moins attentatoire de la mesure à la liberté d'aller et venir qu'un confinement [70] – la fermeture des écoles et les contacts interpersonnels [71] ou encore sur la liberté professionnelle en rapport avec la fermeture des commerces [72]. Néanmoins, une fois les questions fondamentales traitées, la plupart des recours ont à nouveau eu lieu devant les juges administratifs, le juge constitutionnel en venant même à rappeler la compétence de ces derniers [73].

2.2. Une nécessaire conciliation des droits et libertés avec l'objectif de protection de la santé publique

26 Bien que responsables de la protection des droits et libertés fondamentaux, les juges sont communément restreints dans leurs contrôles. Ainsi, le Conseil constitutionnel précise bien à d'innombrables reprises qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision égal à celui du Parlement. Il ne peut qu'apprécier une disproportionnalité manifeste vis-à-vis de la situation générale sur l'ensemble du territoire français et non remettre en question l'existence d'une catastrophe sanitaire [74]. La Cour constitutionnelle allemande avance un argument analogue, accordant dans son argumentaire une très grande marge d'appréciation au législateur, ce qui repousse inévitablement les limites du contrôle de proportionnalité [75]. Le contrôle des juges s'en trouve nécessairement restreint, puisqu'il ne peut que difficilement « récuser [76] » les choix politiques pris pour assurer la protection de la santé publique.

27 Les juges étaient ainsi chargés de l'importante tâche de concilier l'impératif de protection de la santé publique avec les droits et libertés fondamentaux [77]. L'examen de ces atteintes présente une systématique particulière, car le droit allemand connaît dans son catalogue de droits fondamentaux inscrits dans la loi fondamentale une forme de classification opérée sur la possibilité d'apporter, ou non, des restrictions aux droits et libertés garantis. Une place particulière est attribuée à la dignité de la personne humaine, qui est le seul droit fondamental à caractère intangible [78], ainsi qu'au droit à

la vie [79], que les juges constitutionnels ont qualifié de valeur suprême (*Höchstwert*), car considéré comme étant un prérequis à l'exercice de tous les autres droits et libertés [80]. Pour tous les autres droits fondamentaux, en principe, une atteinte est envisageable et le juge en contrôle l'admissibilité en évaluant l'intensité de l'atteinte, l'importance du droit fondamental concerné et la légitimité de l'objectif poursuivi. L'on distingue en outre trois catégories de droits fondamentaux : ceux soumis à une réserve simple ne pouvant être restreints que par une loi, ceux soumis à une réserve qualifiée qui de surcroît ne peuvent l'être que par des raisons explicitement listées dans le texte constitutionnel et enfin ceux sans réserve pour lesquels une restriction n'est envisageable que lorsqu'ils entrent en collision avec un autre droit fondamental [81].

28 L'atteinte portée aux droits fondamentaux dans le cadre de la covid-19, concernant pratiquement la totalité du catalogue des droits fondamentaux, a été justifiée par l'obligation de l'État de garantir le droit à la vie et à l'intégrité du corps humain inscrit à art. 2 al. 2 LF [82]. Par cet argumentaire, le motif de l'atteinte n'était autre que la préservation d'un droit fondamental et constituait ainsi un fondement valable pour porter atteinte à tous les autres droits fondamentaux excepté la dignité de la personne humaine, à partir du moment où une évaluation des intérêts penchait en faveur du droit à la vie et de l'intégrité du corps humain [83]. L'importance de l'évaluation de la nécessité était directement rappelée par la loi au §28 al. 2 phrase 1 *If*SG, qui prévoyait que les mesures adoptées par les autorités publiques sur le fondement de la loi étaient uniquement proportionnelles si, après prise en considération de toutes les mesures d'ores et déjà adoptées, l'absence de la mesure en question mettait en danger l'objectif d'endiguement de l'épidémie. C'est avec ce raisonnement que le juge constitutionnel avait clarifié le besoin de dérogations afin de faire concorder les droits fondamentaux, car certaines mesures empêchaient totalement l'exercice de la liberté de culte (*Religionsfreiheit* [84]) et de la liberté de réunion (*Versammlungsfreiheit* [85]).

29 Les juges français ont été en général plutôt succincts et peu pédagogues dans leur contrôle de la validité des mesures. En comparaison, le travail détaillé dont a fait preuve le juge allemand offre bien plus de clarté. Au premier abord, l'on pourrait penser que

le contrôle quant à la question de l'intérêt légitime poursuivi par le juge français serait approchant, car issu du modèle allemand [86]. Or, les développements allemands autour de la proportionnalité des atteintes s'étendent parfois sur plus de cent considérants [87], là où la plupart des décisions du Conseil constitutionnel s'en sont tenues au maximum à une dizaine de considérants pour une même thématique. Habituellement, l'évaluation de cet intérêt légitime par le juge allemand est faite dans la dernière phase du contrôle de proportionnalité (*Angemessenheit*) et se déroule en deux temps : d'abord en effectuant une évaluation de l'importance de l'atteinte portée aux droits fondamentaux, souvent tolérée dans le cadre épidémique en raison de la limitation dans le temps des mesures. Puis, le juge prend en considération l'importance de l'intérêt légitime poursuivi par les mesures étatiques. Dans le cadre de l'épidémie, l'objectif de protection de la santé publique passait nécessairement par la garantie du droit à la vie, en France comme en Allemagne, ce qui s'avérait favorable à un intérêt légitime des mesures concernées. Toutefois, le juge allemand dans son contrôle ne prenait pas uniquement en considération la valeur abstraite de l'objectif, mais aussi sa concrétisation, ce qui dans le cadre de l'épidémie revenait à évaluer la capacité de maintien d'un système de santé fonctionnel. En conséquence, l'infectiosité et la dangerosité de la SARS-CoV-2 furent beaucoup discutées par les juges, qui la plupart du temps avaient estimé le danger comme étant particulièrement élevé en s'appuyant sur les décisions du législateur fédéral et les données scientifiques fournies par l'institut Robert Koch.

30 En globalité, bien que les juges aient joué leur rôle de protecteurs des droits et libertés fondamentaux durant l'épidémie, la plupart des mesures liberticides ont été longuement maintenues au motif de protection de la santé publique. L'urgence et l'imprévisibilité de l'épidémie ont conduit à plus de tolérance face à des mesures dont la proportionnalité est devenue au fil de l'épidémie de plus en plus contestable. Le renouvellement des atteintes et la temporalité plus longue qu'attendue de l'épidémie laissent à penser *a posteriori*, que l'argument du régime et des mesures d'exception limités dans le temps et dans l'espace aurait probablement mérité d'être pris en considération avec plus de prudence. Bien que valable dans l'urgence, ce justificatif s'est fait de plus en plus ténu et la mise en balance en

faveur de la santé publique était de moins en moins justifiable. Un retour à la normale a inévitablement progressivement eu lieu, puisque le maintien de mesures liberticides n'était plus réellement proportionnel. Au demeurant, l'avancée scientifique a fait entrer en ligne de compte de nouveaux facteurs telle la moindre dangerosité de certains variants [88] et surtout la mise en place d'une politique de vaccination.

3. Une sortie de l'épidémie dans l'optique d'une politique de vaccination

31 Dès le début de l'épidémie, la recherche scientifique s'est attachée au développement d'un vaccin contre la covid-19. La découverte de différents vaccins est rapidement venue générer, sur les plans politiques comme juridiques, des interrogations quant à l'établissement d'obligations vaccinales. Bien que les États aient rapidement dû faire face à l'impossibilité de concrétiser une obligation de vaccination généralisée, la sortie de l'épidémie en France et en Allemagne s'est accompagnée d'une obligation vaccinale pour le personnel soignant ainsi que de réglementations d'accès à certains lieux.

3.1. L'échec de la politique de vaccination obligatoire généralisée

32 Le projet d'une obligation de vaccination généralisée a été envisagé par la doctrine allemande dès le début de la campagne de vaccination en décembre 2020 [89]. Le monde politique allemand en revanche, s'est initialement montré très réticent à cet égard. Ce ne fut qu'à la suite des élections législatives de septembre 2021 face à un nombre à nouveau croissant de contaminations que la thématique de la vaccination obligatoire a réintégré les discussions politiques [90]. Le projet de vaccination obligatoire, ou plus justement d'obligation généralisée de présentation d'un certificat de vaccination, de rétablissement ou de contre-indication à la vaccination ne fut soumis

au vote au *Bundestag* que le 7 avril 2022, bien que la majorité des partis politiques s'y soient à nouveau opposés [91].

33 Du point de vue juridique, le projet était réalisable. D'autant plus, que d'autres obligations vaccinales avaient déjà été imposées au fil des années contre des maladies bien moins contagieuses que la covid-19. La première fut celle contre la variole, déclarée constitutionnelle en France [92] et en Allemagne [93]. Toutefois, cela n'a pas empêché la doctrine allemande de se monter très réservée face à une telle obligation. Néanmoins, une majorité a considéré qu'une obligation vaccinale généralisée aurait pu être mise en place pour 2021 ou 2022 et n'aurait pas été inconstitutionnelle, car même les personnes non vulnérables présentaient une forte probabilité de contamination et un risque significatif de déroulement grave de la maladie voire de décès [94]. Cependant, en raison d'un taux d'infectiosité décroissant, l'adoption d'une obligation vaccinale généralisée n'apparaît depuis fin 2022 plus proportionnée.

3.2. L'obligation de vaccination pour les professionnels de santé

34 En parallèle s'est posée la question de la constitutionnalité d'une obligation de vaccination pour les professionnels de santé, liée au lieu d'exercice de leur profession. En Allemagne, une obligation de vaccination indirecte consistant en la présentation d'un certificat (*Nachweispflicht* [95]) a été inscrite au §20a al. 1 phrase 1 *I*f*SG* [96]. Elle se présente ainsi sensiblement de la même manière que l'obligation vaccinale française à l'article 12 de la loi du 5 août 2021 [97]. Afin d'en assurer l'efficacité, la loi allemande prévoyait deux sanctions en cas de non-respect de cette obligation par le personnel soignant. Premièrement, une interdiction à l'embauche (*Beschäftigungsverbot*) pour l'établissement de santé en vertu du §20a al. 3 phrase 4 *I*f*SG* ; secondement une interdiction d'exercice de l'activité professionnelle (*Tätigkeitsverbot*) en vertu du § 20a al. 3 phrase 5 *I*f*SG* pour l'individu concerné [98]. Le non-respect de cette interdiction par l'employeur était puni par contravention [99].

35 La constitutionnalité de cette obligation de vaccination indirecte pour le personnel de santé a beaucoup été mise en doute jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle se prononce à ce propos dans une

décision du 27 avril 2022 [100]. Le juge allemand a confirmé la proportionnalité du dispositif malgré les atteintes qu'il constitue au droit à la vie et à l'intégrité du corps humain (art. 2 al. 2 phrase 1 LF) et à la liberté professionnelle (art. 12 al. LF [101]). La Cour constitutionnelle allemande effectue communément son contrôle de proportionnalité en quatre étapes. C'est ainsi qu'elle a donc tout d'abord constaté que l'atteinte portée aux droits fondamentaux par le dispositif poursuivait un objectif légitime (*legitimer Zweck*) : la protection du droit à la vie et à l'intégrité du corps humain, en particulier des personnes vulnérables (cons. 155 et 171).

36 Dans un second temps, la Cour a effectué son contrôle de l'adaptabilité (*Geeignetheit*), conditionnant la constitutionnalité de la réglementation à l'existence d'un effet tiers : si la vaccination ne constitue pas également une protection pour les autres et ne protège que l'individu vacciné, le dispositif ne peut être conforme à la Constitution [102].

37 Ensuite, le juge constitutionnel a contrôlé la nécessité (*Erforderlichkeit*) en cherchant à savoir si le législateur n'avait eu la possibilité de mettre en place des mesures équivalentes bien moins attentatoires aux droits et libertés fondamentaux (cons. 186). Le juge prend à cet égard en considération la marge d'appréciation du législateur et l'allègement du contrôle de proportionnalité qui s'ensuit, puisque « la situation épidémique est marquée par une dynamique dangereuse et difficilement prévisible [et] l'état des faits est donc complexe » (cons. 188). Ainsi, la Cour constitutionnelle a jugé que l'option d'une unique « obligation de dépistage d'infection du virus de SARS-CoV-2 avant l'accès à des établissements ou entreprises – et par là donc avant tout contact avec une personne vulnérable » (cons. 192 et s.) ne constitue pas une protection équivalente à une immunisation par vaccination ou par rétablissement [103].

38 Enfin, dans la quatrième étape de son contrôle, c'est-à-dire dans son évaluation finale de la proportionnalité (*Angemessenheit*), le juge a confirmé que l'obligation de présentation d'un justificatif n'est pas disproportionnée (cons. 202 et s.). Malgré le fait que l'obligation porte considérablement atteinte au droit à la vie et à l'intégrité du corps humain, ainsi qu'à la liberté professionnelle – notamment en raison

du risque d'effets secondaires ou encore de l'obligation de choisir entre abandon de la profession exercée ou injection d'une dose de vaccin (cons. 206 et s. et 221[104]) – des circonstances atténuantes, telles des dérogations pour les possesseurs d'un certificat de contre-indication médicale ou encore l'évolution constante de la sécurité des vaccins rééquilibrent l'examen de la proportionnalité (cons. 212 et s., 220 et 226[105]). De surcroît, la Cour précise bien qu'une demande de présentation d'un certificat ne constitue pas une obligation vaccinale, puisque sont prévues des dispenses et possibilités de substitution (cons. 209[106]). L'État se doit de protéger les personnes vulnérables pour lesquelles les soins sont indispensables et qui par conséquent ne peuvent se maintenir éloignées des établissements et du personnel soignant afin de minimiser le risque d'infection (cons. 218). De plus, au moment de la décision en décembre 2021, les vaccinations ne présentaient pas ou peu d'effets secondaires graves et/ou persistants, alors que le risque d'infection et d'un déroulement grave, voire mortel, de la maladie de la covid-19 restait nettement plus probable, ce qui a conforté la juridiction dans son appréciation de la proportionnalité (cons. 230).

39 Cette importante décision de la Cour constitutionnelle a depuis servi de repère à l'évaluation de la constitutionnalité d'autres réglementations d'accès.

3.3. L'endiguement de l'épidémie par le biais de réglementations d'accès

40 À défaut d'avoir opté pour une politique de vaccination obligatoire généralisée afin d'atteindre au plus vite une immunité collective, les deux États ont mis en place des réglementations d'accès. La soumission de certains lieux à la présentation d'un justificatif a été d'usage en France comme en Allemagne, en premier lieu afin de lutter contre l'épidémie et dans une certaine mesure, indirectement, pour inciter à la vaccination. En France, la politique s'était initialement montrée réticente au lancement d'un tel dispositif : le président de la République avait déclaré le 29 avril 2020 que de telles réglementations d'accès n'existeraient pas[107] et de nombreux parlementaires s'étaient également opposés au projet[108]. Malgré ce début laborieux, le *pass* fut introduit par un amendement du

4 mai 2021[109]. Ainsi, la loi du 31 mai 2021 imposait la présentation de ce justificatif dans diverses situations. Quelque temps après, le 12 juillet 2021, le président de la République avait annoncé un élargissement[110] qui fut définitivement mis en place par la loi du 5 août 2021. Dès lors, l'obligation de présentation du *pass* ne concernait plus que les activités présentant un risque particulier de diffusion du virus et les personnes intervenant dans des lieux ou établissements où la contamination et la densité de la population le justifiaient[111]. Enfin, avec la loi du 22 janvier 2022[112] le *pass* sanitaire fut transformé en *pass* vaccinal, puis les restrictions prirent fin au 31 juillet 2022.

41 En Allemagne, la possibilité de restreindre l'accès à certains lieux a été introduite au §28a du *IfSG* le 15 septembre 2021. Furent principalement mises en place des réglementations appelées *2G-Regel*, qui consistaient en la présentation d'un certificat de rétablissement ou de vaccination – sauf contre-indication médicale – afin de pouvoir accéder à certains lieux et activités. Cette règle s'appliquait notamment aux activités gastronomiques et culturelles[113], mais ne concernait pas les achats de première nécessité[114]. Une version plus allégée de cette réglementation existait également : la *3G-Regel*. Elle prévoyait la possibilité d'également d'accéder au lieu souhaité sur présentation d'un test virologique négatif. L'appellation de ces réglementations reposait sur la correspondance de la lettre G avec le justificatif à fournir. Un G pour *geimpft* = vacciné, un second pour *genesen* = rétabli et un troisième pour *getestet* = testé.

42 La particularité accompagnant l'accès à certains lieux a conduit à l'introduction d'alternatives plus strictes. Une *2G+Regel* au *Bundestag* imposait aux députés vaccinés et/ou rétablis de présenter en addition de leur justificatif soit un test antigénique négatif, soit un certificat attestant d'un rappel du vaccin pour assister aux sessions parlementaires[115]. Ce renforcement du dispositif au sein du *Bundestag* fut confirmé par la Cour constitutionnelle qui s'appuyait sur la nécessité de conserver un Parlement fonctionnel[116]. D'autres renforcements furent la *3G+Regel* qui conditionnait l'accès à la présentation d'un test virologique négatif de type PCR ou encore la *2G++Regel* qui obligeait en supplément du justificatif le port d'un masque de type FFP2.

43 La plupart de ces réglementations d'accès furent instaurées par les *Länder*, toutefois, une modification du §28b du *IfSG* le 24 novembre 2021[117] était en addition venue imposer à l'échelle fédérale la 3G-*Regel* pour l'accès aux lieux de travail jusqu'au 19 mars 2022.

44 Ces réglementations ont ainsi été un soutien considérable à la lutte contre l'épidémie, puisqu'elles ont non seulement permis de minimiser les atteintes aux droits et libertés des individus, mais ont aussi incité à la vaccination[118]. En effet, les taux de vaccination fin 2022 pour l'Allemagne étaient de 77,8 % d'individus ayant obtenu une dose et de 76,3 % pour deux doses[119]. La comparaison avec les taux français de vaccination à la même date montre que la campagne vaccinale semble avoir été quelque peu plus fructueuse en France qu'en Allemagne, car le taux d'individus ayant obtenu au moins une dose est quelque peu plus élevé à 81.0 %, dont 79.7 % ayant obtenu deux injections[120]. Ces nombreuses vaccinations ont été un atout dans l'optique de l'obtention d'une immunité collective contre la maladie, cependant, les taux fin 2022 apparaissaient encore insuffisants. Même après presque trois années d'épidémie, l'immunité collective contre la covid-19 peut encore être remise en question. L'on peut toutefois affirmer que l'absence d'obligation de vaccination généralisée a considérablement retardé cette immunité collective, et qu'en cas d'épidémie à venir, il semblerait donc plus opportun de ne pas l'exclure trop hâtivement[121].

45 En définitive, l'étude menée permet ainsi d'avancer que la covid-19 a complètement bouleversé les deux États. La lutte contre l'épidémie durant presque trois années et la perte inattendue de nombreux droits et libertés fondamentaux démontre que les États n'étaient pas préparés à la gestion d'une situation d'une telle envergure. Le regard croisé avec l'Allemagne permet à la fois de nuancer certains choix français de lutte contre l'épidémie et d'en conforter d'autres. Peut-être pourra-t-on envisager à l'avenir, face à une situation analogue ou d'éventuels nouveaux défis, une gestion plus rationalisée, sans glisser autant dans l'exception.

NOTES

1 « Car en fin de compte nous ne conserverons de nos recherches que de ce que nous appliquons. » Nous traduisons.

2 J. W. v. Goethe, citation de J-P. Eckermann, « Gespräche mit Goethe in den letzten Jahren seines Lebens », *in* : J. W. v. Goethe, *Sämtliche Werke nach Epochen seines Schaffens*, Münchner Ausgabe, K. Richter *et al.* (dir.), tome 19, 2006, p. 78-79, février 1824.

3 Le choix de l'usage de l'expression « épidémie de covid-19 » dans le cadre de cette étude a été fait afin de se contenter de désigner objectivement l'événement historique sans user de qualificatifs à dimension plus subjective tels que « crise » sanitaire.

4 Pour la peste, cf. V. Reinhardt, *Die Macht der Seuche*, Munich, C. H. Beck, 2021 ; pour la grippe espagnole L. Spinney, *Pale Rider*, London, Jonathan Cape, 2017 ; pour un historique des épidémies au courant du dernier siècle cf. M. Honigsbaum, *The Pandemic Century*, New York, W. W. Norton & Company, 2019.

5 Termes empruntés à M. Kordeva et P. Cossalter, « Le covid-19 et le droit public allemand », *RFDA*, 2020, n° 4, p. 661.

6 Ce régime n'est pas inconnu à la France, puisque bien qu'il reposât initialement sur le fondement d'une loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence qui a permis la lutte contre l'insurrection indépendantiste d'Algérie, il s'est, depuis les attentats de novembre 2015, transformé en un régime dont l'anormalité laisse dorénavant fortement douter ; P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Paris, *Dalloz*, coll. « Cours », 9e édition, 2021,p. 388-405 ; voir en ce sens également S. Hennette Vauchez, *La démocratie en état d'urgence : Quand l'exception devient permanente*, Paris, éditions du Seuil, coll. « Le compte à rebours », 2022, p. 35 et s.

7 Les dernières évolutions au moment de l'étude étant ainsi en France le décret n° 2022-1097 du 30 juillet 2022 fixant les mesures de veille et de sécurité sanitaire maintenues en matière de lutte contre la covid-19, et en Allemagne, une modification du *IfSG* ne prévoyant dans son §28b plus que quelques obligations du port du masque, notamment dans les transports en commun du 1er octobre 2022 au 7 avril 2023 ; cf. A. Sangs, « Das COVID-19-Schutzgesetz », *NVwZ*, 2022, p. 1489 et s.

8 L'insuffisance de la réglementation en vigueur en Allemagne a été analysée en détail en doctrine ; cf. A. Kiessling, « Von der punktuellen Gefahrenabwehr zur planerischen Risikovorsorge im Infektionsschutzrecht » *JZ*, 2022, vol. 77, nº 2, p. 53, DOI : 10.1628/jz-2022-0017.

9 Loi nº 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

10 Pour un récapitulatif global de la situation, cf. D. Wolff et P. Zimmermann, « Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 1 », JURA, 2022, vol. 44, nº 1, p. 18, DOI : 10.1515/jura-2021-2867.

11 L'étude du professeur Truchet aborde clairement la première étape de mise en place et de gestion de l'épidémie en France par le biais de l'outil administratif des circonstances exceptionnelles ; D. Truchet, « Covid 19 : point de vue d'un " administrativiste sanitaire" », *JP blog* [en ligne], 27 mars 2020, URL : https://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/covid-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/.

12 Pour plus de détails sur la mise en place de ce régime cf. M. Verpeaux, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », AJDA, 2020, nº 15, p. 839.

13 Loi nº 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

14 Le régime est définitivement abrogé depuis la loi nº 2022-1089 du 30 juillet 2022 mettant fin aux régimes d'exception créés pour lutter contre l'épidémie liée à la covid-19.

15 La compétence du *Bund* pour l'édiction de cette loi se fonde sur la législation concurrente inscrite à l'art. 74 al. 1 nº 19 de la loi fondamentale ; « mesures contre les maladies humaines et animales constituant un danger public ou à caractère transmissible » ; confirmé par BVerfG, *Beschl.*,19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, NJW, 2022, p. 139 et s. et p. 167 et s. ; la répartition de la compétence législative en droit allemand est prévue dans la loi fondamentale aux art. 70 et s. ; pour plus de détails cf. S. Korioth, *Staatsrecht I*, Munich, 2020, 5e édition, §269 et s.

16 Les modifications ont été introduites par le *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, 27 mars 2020, BGBl. 2020 I, p. 587 ; pour plus de détails relatifs à la mise en place de ces dispositions, cf. M. Kordeva et P. Cossalter, « Le covid-19 et le droit public

allemand », *RFDA*, 2020, p. 661 ; cf. également A.-L. Hollo, *in* : A. Kiessling (dir.), *IfSG*, Munich, C. H. Beck, 3e édition 2022, §5 *IfSG*, p 46 et s.

17 Le *Bundestag* n'a pas prononcé son renouvellement qui devait se faire tous les trois mois. *Plenarprotokoll* 19/238, p. 31076 ; cela n'a notamment pas été renouvelé en raison de la formation d'une nouvelle coalition, composée des partis SPD, Bündnis 90/Die Grünen et FDP. Par la suite Olaf Scholz a été élu chancelier le 8 décembre 2021.

18 Plus de 1 000 actes réglementaires et administratifs ont été adoptés sur le fondement de cette habilitation ; cf. H.-M. Heinig *et al.*, « Why Constitution Matters », *JZ*, 2020, p. 861 , DOI : 10.1628/jz-2020-0290 ; pour plus de détails cf. T. Kingreen, « Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie », *JURA*, 2020, p. 1019.

19 Précisions à cet égard cf. M. Kordeva et P. Cossalter, « Le covid-19 et le droit public allemand », *RFDA*, 2020, no 4, p. 661-671.

20 Il s'agissait en principe toujours des gouvernements fédérés, mais ces derniers pouvaient se décider à habiliter par exemple les services de la santé publique à l'échelle fédérée (*Gesundheitsamt*).

21 En vertu du §54 *IfSG* ; S.-H. Thiery, *in* : D. Eckart et M. Winkelmüller (dir.), *Infektionsschutzrecht*, BeckOK 2e édition, 2023, §54 *IfSG*.

22 À la suite de nombreuses critiques, émanant en partie de la jurisprudence, mais surtout de la doctrine ; BayVGH, *Beschl.*, 29 octobre 2020, 20 NE 20.2360, *juris*, cons. 28, 30 et 35 ; VG Hamburg, *Beschl.*, 10 novembre 2020, 13 E 4550/20, *juris*, cons. 11 et 13.

23 *Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, 18 novembre 2020, BGBl. 2020 I, p. 2397.

24 La nature non limitative d'un total de 17 mesures, s'identifie par l'usage du terme allemand « insbesondere » qui signifie « notamment » ; cf. A. Kiessling, *in* : A. Kiessling (dir.), *IfSG*, 2e édition 2021, §28a *IfSG* ; dernière modification par le *Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19*, 24 septembre 2022, BGBl. I, p. 1454.

25 Le second taux d'incidence se situait à 50 nouvelles contaminations sur 100 000 habitants et prévoyait l'adoption de « umfassende Maßnahmen » (mesures globales). Ce système a été conservé jusqu'en septembre 2021. Depuis l'importance des mesures n'est plus déterminée par le taux

d'incidence, mais par de nouveaux critères, tels les taux de vaccination et d'hospitalisations.

26 *Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, 22 avril 2021, BGBl. 2021 I, p. 802 ; au §28b abs. 1 s. 1 *IfSG*, avec la dernière modification par le *Gesetz zur Stärkung des Schutzes der Bevölkerung und insbesondere vulnerabler Personengruppen vor COVID-19*, 16 septembre 2022, BGBl. I, p. 1454.

27 Un *Landkreis* est une circonscription administrative allemande que l'on pourrait considérer comme l'équivalent d'une collectivité territoriale en France, plus précisément tel un département. Ses fonctions sont divisées entre ses actions en tant qu'acteur déconcentré et acteur décentralisé. Dans le cadre de l'épidémie, les *Landkreise* n'ont agi qu'en tant qu'entités rattachées à l'État ; pour plus de détails sur le fonctionnement de ces collectivités cf. M. Burgi, *Kommunalrecht*, Munich, C. H. Beck, 6e édition, 2019, p. 319 et s.

28 Une *kreisfreie Stadt* est une ville qui constitue à elle seule une circonscription administrative et dispose du statut de collectivité décentralisée.

29 À propos de la situation en automne 2022, cf. A. Sangs, « Das COVID-19-Schutzgesetz », *NVwZ*, 2022, p. 1489.

30 Même s'il existe certaines formes « d'état d'urgence » ces dernières ne portent pas cette appellation et sont pensées dans le cadre de l'État de droit et de la loi fondamentale ; cf. T. Barczak, « Der Pandemiestaat als nervöser Staat », *APuZ 32-33/2022*, p. 25 ; ou encore A. Gaillet, « Réflexion sur l'état d'exception à la lumière de trois ouvrages allemands », *Jus Politicum*, Formes de la citoyenneté, 2022, nº 27, p. 381.

31 L'idée de leçons tirées de Weimar se retrouve beaucoup dans la littérature allemande ; notamment cf. G. Roellecke, « Konstruktionsfehler der Weimarer Verfassung », *Der Staat*, nº 35, 1996, p. 599 ou encore C. Bickenbach, « Totenschein für die Weimarer Republik », *Recht und Politik*, vol. 49, nº 2, 2013, p. 107.

32 J. Rivero, *La décentralisation – Problèmes et perspectives*, Études S.I. 1950, p. 50.

33 L'habilitation a pris rétroactivement effet le 12 mars 2020, afin de soutenir les initiatives prises préalablement par le gouvernement qui étaient dénuées de base légale, surtout celle du confinement. Le confinement a d'abord été déclaré par le décret nº 2020-260 du 16 mars 2020 Premier

ministre sans base légale. Il fut ensuite déclaré légal par le CE, car pris dans le cadre du pouvoir de police du Premier ministre et proportionné sur le fondement de la théorie des circonstances exceptionnelles ; cf. CE, 22 décembre 2020, requête nº 439800 ; le confinement fut ensuite confirmé par le décret nº 2020-293 du 23 mars 2020.

34 Le 25 mars 2020 furent adoptées plus de vingt ordonnances. La loi nº 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise a à nouveau permis l'adoption de plus de vingt ordonnances ; cf. S. Amrani Mekki, « Juridictions judiciaires – Seconde vague d'ordonnances Covid. À l'exceptionnel nul n'est tenu ! », *JCP EG*, 30 novembre 2020, p. 1335.

35 Néanmoins, il y eut de nombreux contrôles *a priori* d'autres lois concernant l'état d'urgence sanitaire ; Cons. const., 26 mars 2020, nº 2020-799 DC ; Cons. const., 11 mai 2020, nº 2020-800 DC, *AJDA*, 2020, p. 975 et 1242, note M. Verpeaux ; *AJCT*, 2020, nº 5, p. 217, tribune J.-P. Via ; Cons. const. 9 juillet 2020, nº 2020-803 DC, *AJDA*, 2020, nº 39, p. 2274, note M Verpeaux ; Cons. const., 13 novembre 2020, nº 2020-808 DC, *AJDA*, 2021, nº , p. 931, note M. Verpeaux ; Cons. const. 31 mai 2021, nº 2021-819 DC ; Cons. const., 5 août 2021, nº 2021-824-DC. Cons. const., 9 novembre 2021, nº 2021-828 DC ; Cons. const., 21 janvier 2022, nº 2022-835 DC.

36 Les décisions tardives sont dues à la suspension du délai de transmission des QPC, cf. Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, nº 2020-365 du 30 mars 2020 ; Cons. const., 26 juin 2020, nº 2020-846/847/848 QPC (relative à la violations des droits et libertés par le confinement) ; Cons. const., 3 juillet 2020, nº 2020-851/852 QPC (relative à la prolongation des détentions provisoires).

37 Par exemple le décret nº 2020-663 du 31 mai 2020 (relatif aux mesures prises pour la lutte contre la covid-19 post confinement). Ce dernier contenait notamment l'instauration d'un régime d'autorisation pour les manifestations sur la voie publique à l'article 3 suspendu à diverses reprises par le juge administratif en référé cf. CE, réf., 13 juin 2020, *Ligue des droits de l'homme Confédération générale du travail*, requête nº 440846 et CE, réf., 6 juillet 2020, *Confédération générale du travail, SOS racisme*, requête nº 441257. En effet, sans base légale, le Premier ministre ne pouvait mettre en place un régime d'autorisation, mais seulement réglementer dans le respect du principe de proportionnalité, cf. CE, 15 janvier 2021, requête nº 441265 (relative aux manifestations sur la voie publique).

38 CE, réf., 6 septembre 2020, ministre des Solidarités et de la Santé, requête nº 443750 (relatif au port du masque) ; CE réf., 23 octobre 2020, requête nº 445430 (relatif au couvre-feu) ; CE, réf., 23 décembre 2020, requête nº 447698 (relative à la fermeture des salles de spectacles).

39 Précisons cf. A. Jacquemet-Gauché, *Droit administratif allemand*, Paris, PUF, Thémis, 2022, p. 55 et s.

40 La Cour constitutionnelle allemande a dégagé ce principe sur le fondement de celui de la séparation des pouvoirs inscrit à l'art. 20 al. 2 phrase 2 LF ; BVerfG, *Urt.*, 19 septembre 2018, 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, *BVerfGE* 150, 1, cons. 197.

41 Il s'agit de la « Wesentlichkeitstheorie » ; BVerfG, *Beschl.*, 8 août 1978, 2 BvL 8/77, *BVerfGE* 49, 89 ; sur la question du dessaisissement face à l'urgence cf. M. Kordeva et P. Cossalter, « Le covid-19 et le droit public allemand », *RFDA*, 26 septembre 2020, p. 661.

42 Cela a été confirmé par la Cour constitutionnelle à plusieurs reprises ; BVerfG, *Urt.*, 14 juillet 1998, 1 BvR 1640/97, *BVerfGE* 98, 218 ; BVerfG, *Beschl.*, 21 avril 2015, 2 BvR 1322/12, 2 BvR 1989/12, *BVerfGE* 139, 19.

43 L'article prévoit que la loi d'habilitation doit précisément déterminer le contenu, le but et l'étendue de l'habilitation ; cf. BVerfG, *Beschl.*, 27 novembre 1990, 1 BvR 402/87, *BVerfGE* 83, 130.

44 Avant la mise en place du §28a *IfSG* par la loi modificative du 18 novembre 2020, l'habilitation des États manquait de précision et présentait le risque de porter atteinte au principe de réserve parlementaire, puisque le législateur fédéral n'avait pas suffisamment encadré l'action des gouvernements fédérés dans son §32 *IfSG* ; cf. D. Wolff et P. Zimmermann, « Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 1 », *JURA*, 2022, nº 1, p. 18, DOI : 10.1515/jura-2021-2867.

45 La loi prévoyait une habilitation pour l'adoption de règlements au §5 al. 2 phrase 1 nº 3, 4, 7, 8 et 10 *IfSG* ; cf. H.-M. Heinig *et al.*, « Why Constitution Matters », *JZ*, 2020, p. 861, DOI : 10.1628/jz-2020-0290 ; ou encore T. Kingreen, « Das Studium des Verfassungsrechts in der Pandemie », *JURA*, 2020, nº 10, p. 1019, DOI : 10.1515/jura-2020-2602.

46 Toutefois, ces lois ne peuvent combler un éventuel manque de clarté ou des oublis du législateur fédéral, car cela serait contraire au principe de la réserve parlementaire ; cf. L. Brocker, « Exekutive versus parlamentarische

Normsetzung in der Corona-Pandemie », NV*w*Z, 2020, p. 1485 ; cf. D. Wolff et P. Zimmermann, « Der Parlamentsvorbehalt in der COVID-19-Pandemie – Teil 2 », *JURA*, 2022, nº 2, p. 148, DOI : 10.1515/jura-2021-2868.

47 L. Amhaouach, S. Huster, A. Kiessling et L. Schaefer, « Die Beteiligung der Landesparlamente in der Pandemie – Modelle und Entwicklungen », NV*w*Z, 2021, p. 825.

48 *RGBl*, 1900, nº 24, p. 306.

49 À ce propos, cf. *BT-Drs.* 3/1888, p. 18.

50 Sur le fondement du §35 phrase 2 de la loi sur la procédure administrative *VwVfG* (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) ; cf. également M. Kordeva et P. Cossalter, « Le covid-19 et le droit public allemand », *RFDA*, 2020, nº 4, p. 661.

51 Cette police de l'État a été mise entre les mains du ministre de la Santé sur le fondement de l'article L.3131-1 du CSP et du Premier ministre (CE, 8 août 1919, *Labonne*, requête nº 56377) puis fut partiellement déléguée aux préfets de départements. L'article L3131-17 du CSP contenait une délégation de l'habilitation aux préfets.

52 CE, 28 février 1919, Dame Dol et Laurent, requête nº 61593 ; CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, requête nº 63412 ; Ces dernières ne servent en réalité qu'à valider *a posteriori* des mesures attaquées devant le juge ; cf. D. Truchet, « Covid 19 : point de vue d'un " administrativiste sanitaire" », *JP blog* [en ligne], 27 mars 2020, URL : https://blog.juspoliticum.com/2020/03/27/covid-19-point-de-vue-dun-administrativiste-sanitaire-par-didier-truchet/.

53 Lors de cette période, les décisions de l'exécutif ont été à maintes reprises confirmées par le pouvoir judiciaire ; cf. CE ord., 22 mars 2020, syndicat Jeunes Médecins, requête nº 439674 (relative à un confinement absolu) note C. Vallar, *AJDA*, 2020, nº 15, p. 851 ; CE, ord., 28 mars 2020, Syndicat des médecins d'Aix et région, requête nº 439726 (relative à la production de masques) ; CE, 22 juillet 2020, requête nº 440149 (relative à la proportionnalité des dispositions concernant le pouvoir de police de la loi du 23 mars 2020) ; cf. également S. Renard, « Covid-19 : mais qu'a fait la police ? », *RDLF* [en ligne], 2020, chron. nº 8, URL : https://revuedlf.com/droit-administratif/covid-19-mais-qua-fait-la-police/#:~:text=Faute%20d'habilitation%20minist%C3%A9rielle%2C%20les,favoriser%20les

54 CE, 17 avril 2020, commune de Sceaux, requête nº 440057, note B. Faure, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », *AJDA*, Paris, Dalloz, 2020, nº 18, p. 1013.

55 Confirmé par TA Montreuil, ord., 7 avril 2020, requête nº 2003861 ; TA Nice, ord., 22 avril 2020, requête nº 2001782 (relative à un couvre-feu) ; TA Caen, ord., 31 mars 2020, préfet du Calvados, requête nº 2000711 (relative à un couvre-feu).

56 Le mouvement de centralisation sur le plan sanitaire est remis en question par certains auteurs ; notamment cf. O. Renaudie, « La police administrative aux temps du coronavirus », *AJDA*, 2020, nº 30, p. 1704.

57 TA Lyon, réf., 4 septembre 2020, requête nº 2006185 ; CE, réf., 6 septembre 2020, Lyon et Villeurbanne, requête nº 443751 ; TA Strasbourg, réf., 2 septembre 2020, requête nº 2005349 ; CE, réf., 6 septembre 2020, ministre des Solidarités et de la Santé, requête nº 443750 ; S. Batot, « À quelles conditions le maire peut-il imposer le port du masque dans sa commune ? », *Petites Affiches*, 16 novembre 2020, p. 11.

58 Termes empruntés à S.-H. Vauchez et S. Slama, « La valse des états d'urgence », *AJDA*, 2020, p. 1753 ; La question de l'étendue de l'état d'urgence a été abordée par l'étude annuelle du Conseil d'État 2021, « Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes » ; voir également C. Richaud, « Réflexions dans l'urgence sur la constitutionnalité de l'extension du "passe sanitaire" », *JCP A*, LexisNexis, 26 juillet 2021, act. 485 ; dans le même sens cf. M. de Boisdeffre, F. Séners et M. Grosset, « Circonscrire l'état d'urgence à des crises majeures », *AJDA*, 2021, nº 33, p. 1884 ; ou encore cf. F. Saint-Bonnet, « Profiter de l'accalmie pour repenser l'état d'urgence », *JCP G*, 2021, p. 1120.

59 Ce déséquilibre est toutefois nuancé en doctrine ; cf. T. Ginsbrug et M. Versteeg, « The bound executive : emergency powers during the pandemic », 26 juillet 2020, *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper* [en ligne], nº52, université de Chicago, p. 27 et s., URL : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974.

60 En France a avant tout été mobilisé le CE, qui a en 2020 jugé plus de 840 référés-libertés et suspensions ; cf. D. Le Prado, « L'État de droit et la crise sanitaire », *AJDA*, 2021, nº 38, p. 2185 ; et le juge constitutionnel, à ce propos cf. M. Verpeaux et A. Macaya, « Jurisprudence constitutionnelle », *JCP G*, 2021, p. 352 ; pour plus de détails en globalité cf. CNCDH, avis, 28 avril 2020, « Une autre urgence : le rétablissement d'un fonctionnement normal de la justice » ; pour un récapitulatif des jurisprudences cf. E. Debaets et N. Jacquinot, « Droit constitutionnel », *D.* 2021, p. 1308.

61 Les seules exceptions étaient les recours concernant la responsabilité de l'État et les recours demandant des dommages et intérêts. Toutefois, la cour administrative d'appel de *Thüringen* avait précisé dans le cadre d'une procédure d'urgence que certaines questions fondamentales se devaient d'être clarifiées par le juge constitutionnel et non par le juge administratif dans le cadre d'un référé ; ThürOVG, (*Beschl.*, 3 juillet 2020, 3 EN 391/20, *juris*, cons. 37 ; également en ce sens VG Freiburg, *Beschl.*, 25 mars 2020, 4 K 1246/20, *juris*, cons. 17.

62 Ces juridictions peuvent prononcer soit la suspension dans le cadre d'un recours en urgence, soit l'illégalité dans le cadre d'un recours en plein contentieux ; cf. L. Giesberts, *in* : H. Posser et H.-A. Wolff (dir.), BeckOK, *VwGO*, 62e édition, §47 VwGO.

63 Le droit allemand prévoit au §32 *BVerfGG* (loi sur le fonctionnement de la Cour constitutionnelle) une procédure d'urgence pour les recours individuels ; détails sur la procédure en général cf. K. Schlaich et S.Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, 12e édition, 2021, §462 et s. ; détails dans le contexte épidémique cf. R. Zuck et H. Zuck, « Die Rechtsprechung des BVerfG zu Corona-Fällen », NJW, 2020, p. 2302 ; toutefois, l'étude montre que seules trois demandes sur trente-six ont abouti entre mars et juin 2020.

64 Depuis la décision BVerfG, *Beschl.*, 25 octobre 1988, 2 BvR 745/88, *BVerfGE* 79, 69.

65 Sauf dans quelques cas prévus par le §152 al. 1 *VwGO*.

66 Des demandes ont toutefois été déposées en plein contentieux, mais les premières décisions en la matière n'ont été prises par la Cour qu'en octobre 2022, puisque ces demandes ont d'abord dû passer devant les tribunaux administratifs (*Verwaltungsgerichte*) et les cours administratives d'appels (*Oberverwaltungsgerichte*) ; détails cf. R. Rudisile, *in* : F. Schoch et J.-P. Schneider (dir.), *Verwaltungsrecht*, 2023, §152 VwGO.

67 Ce dernier agissait déjà auparavant à l'échelle fédérale, une étude comparative avait déjà été menée à cet égard, cf. J. Gonschorek, R. Benichou et D. Barrère, « Perspectives étrangères sur la gestion de la pandémie de covid-19 : l'exemple de la liberté de manifester », AJDA, 2021, nº 3, p 126

68 L'exclusivité de la compétence est désignée par le terme *Normenverwerfungsmonopol* et découle de l'art. 100 al. 1 LF ; à ce propos J.-R. Sieckmann et S. Kessal-Wulff, *in* : H. Von Mangoldt, F. Klein et C. Starck (dir.), *GG*, 7e édition, 2018, Art. 100 GG, §22.

69 BVerfG, *Beschl.*,19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, NJW, 2022, p. 139.

70 CE, Union des métiers des industries de l'hôtellerie, 8 décembre 2020, requête n° 446715.

71 BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, NJW, 2022, p. 167, *Bundesnotbremse II* (relative à la fermeture des écoles) ; BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21 NJW, 2022, p. 139, *Bundesnotbremse I* (relative aux restrictions applicables aux déplacements et aux contacts interpersonnels).

72 BVerfG, *Beschl.*, 23 mars 2022, 1 BvR 1295/21.

73 BVerfG, *Beschl*, 31 mars 2020, 1 BvR 712/20, NVwZ, 2020, p. 622 et s.

74 Détails à ce propos cf. M. Verpeaux et A. Macaya, « Jurisprudence constitutionnelle », *JCP G*, 2021, p. 352.

75 BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, NJW, 2022, p. 139, cons. 276 à 278, *Bundesnotbremse I* (relative aux restrictions applicables aux déplacements et aux contacts interpersonnels) ; pour un récapitulatif cf. J.-F. Lindner, *in* : H.Schmidt (dir.), *Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 3e édition, 2022, §26.

76 P. Wachsmann, *Libertés publiques*, Paris, *Dalloz*, coll. « Cours », 9e édition, 2021, p. 401.

77 Pour quelques illustrations en début d'épidémie cf. M. Kordeva et P. Cossalter, « Le covid-19 et le droit public allemand », *RFDA*, 2020, n° 4, p. 661.

78 Car elle imprègne les autres droits et libertés fondamentaux ; cf. W. Höfling, *in* : M. Sachs (dir.), *Grundgesetz*, 9e édition 2021, art. 1 GG, §11.

79 Art. 2 al. 2 phrase 1 variante 1 LF.

80 BVerfG, *Beschl.*, 25 février 1975, 1 BvF 74, *BVerfGE* 39, 1 ; notamment confirmé par BVerfG, *Urt.* 26 février 2020, 2 BvR 2347/15, *DVBl*, 2020, p. 868, cons. 232.

81 Cela est notamment le cas de la liberté de culte (art. 4 al. 1 et 2 LF) et de la liberté artistique (art. 5 al. 3 phrase 1 LF).

82 Cette obligation de protection des individus est désignée par l'expression « staatliche Schutzpflicht » ; cf. H. J. Papier et C. Krönke, *Grundkurs Öffentliches Recht 2: Grundrechte*, C.F. Müller, 4e édition, 2020, p. 22 et s.

83 Cette évaluation est composée d'une évaluation de la concordance pratique entre les droits fondamentaux et d'un contrôle de proportionnalité ; cf. M. Kordeva et P. Cossalter, « Le covid-19 et le droit public allemand », *RFDA*, 2020, n° 4, p. 661.

84 BVerfG, *Beschl.*, 29 avril 2020, 1 BvQ 44/20, NV*w*Z, 2020, p. 783 ; sur la même question en France cf. X. Bioy, « Liberté de culte et pandémie », *AJDA*, n° 11, 2021, p. 632.

85 BVerfG, *Beschl.*, 15 avril 2020, 11 BvR 828/20, NJW, 2020, p. 1426 ; BVerfG, *Beschl.*, BvQ 37/20, NVwZ, 2020, p. 711 ; la liberté de réunion dispose d'une composante politique et démocratique à laquelle il a également été porté atteinte par les restrictions ; à ce propos cf. H. Schulze-Fielitz, *in* : H. Dreier (dir.), *GG*, tome 1, 3e édition, 2013, art. 8 GG, §16 et s ; La liberté de manifestation fut également beaucoup abordée par le juge français, cf. notamment CE, ord., 13 juin 2020 et 6 juillet 2020, Ligue des droits de l'homme et Confédération générale du travail, requête n° 440846.

86 C. Rouhlac, « La mutation du contrôle des mesures de police – Réflexions sur l'appropriation du triple test de proportionnalité par le juge administratif », *RFDA*, 2018, n° 2, p. 343.

87 BVerfG, *Beschl.*, 27 avril 2022, 1 BvR 2649/21, NVwZ, 2022, p. 950 (108 cons.) ; BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21, NJW, 2022, p. 139, *Bundesnotbremse I* (102 cons.) ; BVerfG, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21, NJW, 2022, p. 167, *Bundesnotbremse II* (90 cons.)

88 Notamment en ce sens, BVerfG, *Beschl.*, 27 avril 2022, 1 BvR 2649/21, NVwZ, 2022, p. 950, cons. 164.

89 D. Wolff et P. Zimmermann, « Impfförder – und Impffolgenrecht in der COVID-19-Pandemie », NVwZ, 2021, p. 182.

90 N. Doll, T. Jungholt et C. Malzahn, « Impfpflicht aus Gewissensgründen », *Die Welt*, 2 décembre 2021, p. 4.

91 À propos des débats au sein du *Bundestag* et des résultats du vote, cf. *Deutscher Bundestag*, *Stenografischer Bericht*, 28e session parlementaire, 7 avril 2022, *Plenarprotokoll* 20/28, p. 2329.

92 Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015, *Epoux L* ; depuis 2018, en France, le nombre de vaccinations obligatoires est de onze ; loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 ; pour plus de détails cf. X. Bioy, « Vers la vaccination obligatoire contre la Covid ? Que dit le droit de la santé ? Que répondent les droits fondamentaux ? »,

Club des juristes [en ligne], 8 juillet 2021, URL : https://www.leclubdesjuristes.com/archives-cdj/vers-la-vaccination-obligatoire-contre-la-covid-que-dit-le-droit-de-la-sante-que-repondent-les-droits-fondamentaux-3637/.

93 Notamment en ce sens BVerwG, *Urt.*, 14 juillet 1959, BVerwG I C 170/56 ; à ce propos cf. F. Gebhard, *Impfpflicht und Grundgesetz*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2022, p. 77 et s ; en Allemagne, il n'existe qu'une seule autre obligation de vaccination contre la rougeole pour l'accès à certains types d'établissements telles les écoles maternelles ; §20 al. 8 à 13 *If*SG par la loi pour la protection contre la rougeole et le renforcement de la prévention vaccinale du 10 février 2020, BGBl. I, p. 148 ; BVerfG, *Beschl.*, 11 mai 2020, 1 BvR 469/20, 1 BvR 470/20, NJW, 2020, p. 1946 ; récemment confirmé par BVerfG, *Beschl.*, 21 juillet 2022, 1 BvR 469/20, NJW, 2022, p. 2904.

94 En faveur de la constitutionnalité de l'obligation vaccinale cf. C. Richter, « Verfassungsmäßigkeit einer allgemeinen Impfpflicht gegen das SARS-CoV-2 », NV*w*Z, 2022, p. 204, qui considère que de l'obligation de l'État de garantir les droits fondamentaux découlerait également une obligation vaccinale généralisée ; en ce sens avec plus de retenue cf. D. Wolff et P. Zimmermann, « Impfförder – und Impffolgenrecht in der COVID-19-Pandemie », NV*w*Z, 2021, p. 182 ; O. Pieper et C. Schwager-Wehming, « Impfpflichten zur Bekämpfung von Masern – und COVID-19-Viren auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand », DÖV, 2021, p. 287 ; contre la constitutionnalité de l'obligation de vaccination cf. A. Blankenagel, « Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Impfpflicht gegen Corona? », *JZ*, 2022, n° 6, p. 267, DOI : 10.1628/jz-2022-0095.

95 Elle s'est accompagnée d'une obligation de vaccination contre la covid-19 pour les soldats, confirmée par BVerwG, *Beschl.*, 7 juillet 2022, 1 WB 2.22, 1 WB 5.22.

96 Mis en place par la loi du 10 décembre 2021, BGBl. I, p. 5162 ; cette loi fixe la fin de cette obligation au 31 décembre 2022.

97 Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire.

98 La problématique a été très récemment portée devant la CEDH ; CEDH, affaire 46061/21 ; « EGMR entscheidet nicht über Corona-Impfpflicht in Frankreich », *LTO* [en ligne], 6 octobre 2022, URL : https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/egmr-4606121-beschwerde-gegen-corona-covid19-impfpflicht-frankreich-unzulaessig/ ; E. Serrajordia, « Covid-19 : la CEDH rejette la requête d'un pompier suspendu pour avoir refusé de se faire vacciner », *La Croix* [en ligne], 6 octobre 2022, URL : https://www.la-croix.com/Franc-

e/Covid-19-CEDH-rejette-requete-dun-pompier-suspendu-avoir-refuse-faire-vacciner-2022-10-06-1201236447.

99 En vertu du §73 al. 1a nº 7 et al. 2 *IfSG* ; cependant, le *Land* Bayern n'a, jusqu'au 1er juillet 2022, sanctionné aucun des environ 57 000 personnels de santé non vaccinés, cf. «Impfpflicht für Personal: Bayern verhängt keine Bußgelder », *BR24* [en ligne], 17 juillet 2022, URL : https://www.br.de/nachrichten/bayern/impfpflicht-fuer-personal-bisher-keine-bussgelder,TBqqqqH.

100 BVerfG, *Beschl.*, 27 avril 2022, 1 BvR 2649/21, NVwZ, 2022, p. 950.

101 La doctrine était également de cet avis ; cf. O. Pieper et C. Schwager-Wehming, « Impfpflichten zur Bekämpfung von Masern – und COVID-19-Viren auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand », *DÖV*, 2021, p. 287.

102 Plus le nombre de personnes ne pouvant (à un moment déterminé) bénéficier d'un vaccin pour des raisons médicales (contre-indication) est important, plus une obligation vaccinale dans l'optique de protection de ces derniers apparaît justifiable ; cf. D. Wolff et P. Zimmermann, « Impfförder – und Impffolgenrecht in der COVID-19-Pandemie », *NVwZ*, 2021, p. 182 et s.

103 Pour les développements du *Bundestag* à ce propos cf. *BT-Drs*. 20/188, p. 37 ; confirmé par BVerfG, *Beschl.*, 15 mars 2022, 1 BvR 2622/21, NVwZ, 2022, p. 713 (relative au refus d'une question prioritaire de constitutionnalité contre la 3G *Regel* dans le milieu professionnel).

104 La Cour constitutionnelle évoque également l'argument de l'irréversibilité de la vaccination et de l'accumulation de la charge de travail pour le personnel soignant tout au long de l'épidémie.

105 D'autres arguments sont l'adaptation constante des recommandations vaccinales, la restriction des personnes concernées à celles susceptibles d'entrer en contact avec des personnes vulnérables ou encore la mise en place d'un délai avant l'entrée en vigueur de l'obligation de présentation d'un justificatif.

106 Ainsi, la vaccination ne peut être forcée sous peine d'astreinte ; en ce sens OVG Lüneburg, *Beschl.*, 22 juin 2022, 14 ME 258/22 ; voir également à propos de l'atténuation de l'atteinte causée par l'obligation vaccinale CEDH, décision rendue par la Grande Chambre, 8 avril 2021, Vavřička et autre c. République tchèque, requêtes nº 47621/13 et autres (Cons. 276 et 293).

107 R. Lucas, « Pass sanitaire, restaurants, couvre-feu... l'interview d'Emmanuel Macron », *Le Parisien* [en ligne], 29 avril 2021, URL : https://w

w.leparisien.fr/politique/etapes-du-deconfinement-vaccins-pass-sanitaire-linterview-demmanuel-macron-29-04-2021-GIV6GRBP4VF3TGBLBKKRAZEGMA.php.

108 S. Slama, « Les impasses juridiques du pass sanitaire », *RDLF* [en ligne], 2021, chron. nº 26, URL : https://revuedlf.com/droit-administratif/billet-dhumeur-les-impasses-juridiques-du-pass-sanitaire/.

109 Pour plus de détails cf. M. Verpeaux, « Sortie de crise sanitaire, oui, mais avec des conditions et des limites », *AJDA*, 2021, nº 39, p. 2291.

110 C. Richaud, « Réflexions dans l'urgence sur la constitutionnalité de l'extension du "passe sanitaire" », *JCP A*, LexisNexis, 26 juillet 2021, act. 485.

111 Article 1er de la loi du 5 août 2021 ; par exemple les agents étant quotidiennement en contact avec le public, cela ne portant pas atteinte aux droits et libertés fondamentaux de ces individus ; CE, ord., 2 novembre 2021, requête nº 457346 (relative à la présentation du *pass* sanitaire par des agents de la région exposés au public).

112 Loi nº 2022-46 du 22 janvier 2022 renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique.

113 En ce sens cf. OVG Bautzen, *Beschl.*, 19 novembre 2021, 3 B 411/21, *COVuR*, 2022, p. 108, note P. Zimmermann.

114 En ce sens, VG Frankfurt a. M., *Beschl.*, 31 janvier 2022, 5 L 182/22 ; d'avis contraire, OVG Magdeburg, *Beschl.*, 11 janvier 2022, 3 R 216/21, cons. 45 et s. ; l'exclusion de l'achat de biens de première nécessité des réglementations d'accès avait été prévue par la décision, Cons. const., 5 août 2021, requête nº 2021-824-DC, ce qui a conduit à l'annulation de nombreux arrêtés préfectoraux cf. TA Versailles, 24 août 2021, requêtes nº 2107184 et 2107186 ; TA Strasbourg, 27 août 2021, requête nº 2105891 ; TA Cergy-Pontoise, 30 août 2021, requête nº 2110762 ; position contraire cf. TA Montpellier, ord., 28 août 2021, requête nº 2104451.

115 Cela ne signifiait pas que les non-vaccinés n'avaient plus accès à ces événements, mais la réglementation prévoyait qu'ils devaient être physiquement séparés des autres députés.

116 BVerfG, *Beschl.*, 8 mars 2022, 2 BvE 1/22, NVwZ, 2022, p. 643.

117 *Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, 24 novembre 2021, BGBl. I S. 4906.

118 L'incitation peut également s'envisager avec de moyens financiers. Par exemple la ville de Nîmes en juillet 2021 envisageait l'incitation par l'offerte de cadeaux ; Y. Kattou, « Covid-19 : la France se met aussi aux cadeaux pour inciter à la vaccination », *Europe 1* [en ligne], 27 juin 2021, URL : https://www.europe1.fr/societe/covid-19-en-france-des-cadeaux-pour-inciter-a-la-vaccination-4054352.

119 62,2 % ont fait trois injections et 10,8 % seulement quatre ; cf. Robert Koch-Institut (RKI), *Digitales Impfquotenmonitoring zur COVID-19-Impfung* [en ligne], URL : https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html.

120 L'Assurance maladie, « Les données de la vaccination contre la Covid-19 », *Taux de vaccination nationale au 2 oct. 2022.*

121 « Recent booster vaccination had moderate effectiveness, whereas hybrid immunity from previous infection and recent booster vaccination conferred the strongest protection against infection, at approximately 80%. » cf. H. A. Altarawneh, « Effects of Previous Infection and Vaccination on Symptomatic Omicron Infections », *The New England Journal of Medicine*, vol. 387, n° 1, 7 juillet 2022, p. 21.

RÉSUMÉS

Français

L'urgence sanitaire engendrée par l'épidémie de covid-19 a constitué une épreuve inédite pour les États du monde entier durant presque trois années. Cette étude s'intéresse *a posteriori* à la gestion de l'épidémie par le droit allemand. La lutte contre l'épidémie a ainsi contraint l'Allemagne, à l'instar de la France, à l'ajustement de la réglementation en vigueur, à la recherche d'un équilibre entre atteintes aux droits et libertés fondamentaux et l'objectif de protection de la santé publique, tout en développant une politique de vaccination.

English

The public health emergency caused by the covid-19 pandemic turned out to be an unprecedented challenge for all countries worldwide during almost three years. This study makes a posterior assessment of the management of the epidemic by the German law. The attempt to contain the epidemic compelled Germany, as well as France, to an adjustment of their actual regulations, so a balance could be found between the significant rights restrictions and the public health concerns, while developing a vaccine policy.

INDEX

Mots-clés
covid-19, état d'urgence, vaccin, France, Allemagne

Keywords
Covid-19, state of emergency, vaccine, France, Germany

AUTEURS

Isabelle Noll
Doctorante contractuelle, Université Toulouse 1 Capitole (IMH) et Ludwig-Maximilians-Universität-München

Patrick Zimmermann
Collaborateur scientifique, Ludwig-Maximilians-Universität-München (Lehrstuhl Pr. Dr. Martin Burgi)
IDREF : https://www.idref.fr/243257783