



Article scientifique

Article

2023

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'action publique face à la pandémie de COVID-19 : rapport suisse

Bernard, Frédéric

How to cite

BERNARD, Frédéric. L'action publique face à la pandémie de COVID-19 : rapport suisse. In: Annuaire européen d'administration publique, 2023, n° 43 - Année 2020, p. 289–309.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:166675>

L’ACTION PUBLIQUE
FACE À LA PANDÉMIE DE COVID-19
Rapport suisse

par Frédéric BERNARD *

Ce rapport présente les principales facettes de l’action publique helvétique face à la pandémie de Covid-19, entre février 2020 et mai 2021. En Suisse, comme dans les autres États de la planète, cette période s’est caractérisée par l’omniprésence de l’action publique et une intense production normative. Dans un souci de concision et de clarté, nous avons privilégié une sélection d’exemples particulièrement représentatifs illustrant les thèmes abordés plutôt qu’une énumération des mesures adoptées.

I – LES AUTORITÉS EN LUTTE CONTRE LE COVID-19

A. Pandémie et fédéralisme

1. Contexte

La Suisse est un État fédéral constitué de la superposition de trois niveaux de collectivités publiques : la Confédération, les cantons et les

* Professeur de droit public à la Faculté de droit de l’Université de Genève.

communes¹. Conformément au système de répartition des compétences mis en place par l'art. 3 de la Constitution fédérale (Cst. féd.)², les cantons sont compétents dans tous les domaines qui n'ont pas été confiés, en tout ou en partie, à la Confédération³.

En matière de lutte contre les épidémies, une compétence fédérale existe de longue date, puisque l'art. 59 de la Constitution fédérale de 1848 prévoyait déjà que la Confédération pouvait « prendre des mesures de police sanitaire lors d'épidémies et d'épizooties offrant un danger général ». Par la suite, cette compétence a été doublement renforcée : en 1874, lors de l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale, la Confédération a reçu la compétence de légiférer – et non plus seulement d'adopter des mesures – dans ce domaine ; puis, en 1913, la portée matérielle de cette compétence a été élargie au-delà des seules épidémies et épizooties pour englober les « maladies transmissibles, maladies très répandues et maladies particulièrement dangereuses de l'homme et des animaux ». Cette compétence figure aujourd'hui à l'art. 118 Cst. féd., disposition consacrée de manière plus large à la protection de la santé qui inclut également une compétence fédérale en matière d'utilisation des denrées alimentaires et des agents thérapeutiques ainsi que de protection contre les rayons ionisants.

La compétence fédérale en matière de santé publique est ponctuelle, de sorte que les cantons conservent de très larges compétences dans ce domaine⁴. Chacun des vingt-six cantons dispose ainsi de sa propre loi (cantonale) sur la santé, à l'exemple de la loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006⁵ ou de la loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985⁶.

La compétence législative fédérale a été concrétisée dans la loi dès la fin du XIX^e siècle : après l'échec d'un premier texte en votation populaire en 1882 (notamment en raison d'une crainte de centralisation excessive), la loi fédérale contre les épidémies offrant un danger général a été adoptée en 1886⁷. Cette loi a été remplacée, en 1970, par la loi

Je tiens à remercier Monsieur Philippe Barakat, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour sa relecture minutieuse de la présente contribution.

1 Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, *Droit administratif suisse*, vol. I : L'État, 3^e éd., Berne 2013, p. 327 ss.

2 RS (Recueil systématique du droit fédéral) 101.

3 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 329.

4 Giovanni BIAGGINI, *BV Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2017, p. 952.

5 RS/GE K 1 03.

6 RS/VD 800.01.

7 RS 4 359.

fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, suite notamment à une épidémie de fièvre typhoïde ayant touché le village alpin de Zermatt en 1963⁸. La loi de 1970 a, à son tour, été intégralement révisée en 2012 et remplacée par la loi fédérale du 28 septembre 2012 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies ; LEp)⁹.

L'adoption de cette loi, qui est en vigueur aujourd'hui et a constitué le cadre juridique de la lutte contre le Covid-19, répondait notamment à la volonté de mieux se préparer pour faire face à une menace épidémiologique du type du SARS-CoV-1 et de la grippe H1N1, apparus dans la première décennie du XXI^e siècle¹⁰. La Suisse n'a donc pas eu besoin de créer, dans l'urgence de la pandémie, les bases légales nécessaires pour faire face au Covid-19.

2. La LEp – cadre juridique de la lutte contre le Covid-19

La LEp embrasse un large champ visant notamment à prévenir et combattre les maladies transmissibles (art. 2 al. 1 LEp), définies comme des maladies causées par des agents pathogènes ou leurs produits toxiques et pouvant être transmises à l'être humain (art. 3 let. a LEp). À cet effet, l'action publique contre les maladies transmissibles est fondée sur quatre piliers : la détection, la surveillance, la prévention et la lutte (art. 2 al. 2 let. d LEp).

L'action publique face à la pandémie de Covid-19 a essentiellement mis en œuvre le pilier relatif à la lutte contre les maladies transmissibles, qu'il convient dès lors de présenter brièvement. Pour lutter contre les maladies transmissibles, la LEp met en place un système à trois niveaux : la situation normale, la situation particulière (art. 6 LEp) et la situation extraordinaire (art. 7 LEp).

En situation normale, les cantons sont compétents pour ordonner les mesures de lutte nécessaires (art. 30ss LEp). Celles-ci incluent d'abord des mesures visant des individus (identification des personnes malades, surveillance médicale, quarantaine, isolement, obligation de suivre un traitement médical, etc.). Elles comportent ensuite des mesures « visant la population ou certains groupes de personnes », dont

8 Message du Conseil fédéral du 11 février 1970 concernant le projet de loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), Feuille fédérale (FF) 1970 I 389, p. 396.

9 RS 818.101.

10 Message du Conseil fédéral du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, FF 2011 291, p. 292.

certaines sont énumérées, de manière non exhaustive, à l'art. 40 al. 2 LEp : interdiction totale ou partielle de manifestations, fermeture des écoles, d'autres institutions publiques ou des entreprises privées et interdiction ou limitation de l'entrée et de la sortie de certains bâtiments ou zones. Ces mesures visent enfin le transport international de personnes (art. 41 LEp), domaine dans lequel la compétence est attribuée aux autorités fédérales, à savoir le Conseil fédéral et l'Office fédéral de la santé publique (OFSP).

En situation particulière, définie entre autres comme le cas où l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une urgence sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse, le Conseil fédéral – organe exécutif de la Confédération – peut, après avoir consulté les cantons, ordonner des mesures qui restent dans le cadre de la LEp et qui visent des individus et/ou la population (art. 6 al. 2 let. a et b LEp). Ce niveau intermédiaire de la « situation particulière » est une innovation de la loi de 2012, la législation antérieure en matière de lutte contre les épidémies ne prévoyant qu'un système à double degré (situation normale ou circonstances exceptionnelles)¹¹. Il met en place une compétence concurrente des cantons et de la Confédération, celle-ci se voyant conférer la possibilité d'adopter un « socle commun » à l'ensemble du territoire helvétique tout en laissant les cantons libres d'adopter des mesures plus strictes s'ils l'estiment nécessaire¹².

Enfin, en situation extraordinaire, le Conseil fédéral est autorisé à ordonner les mesures nécessaires pour tout ou partie du pays (art. 7 LEp). La LEp renonce volontairement à définir ce qui constitue une situation extraordinaire, les travaux préparatoires de la loi se bornant à évoquer une « pandémie obéissant au scénario du pire (grippe espagnole de 1918) »¹³. Le Conseil fédéral est alors autorisé à adopter des ordonnances dites de police, directement fondées sur la Constitution fédérale¹⁴, qui peuvent, au besoin, aller au-delà du cadre légal fixé par la

11 Voir Message (note 10), p. 343.

12 Frédéric BERNARD, La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie. *Revue de droit suisse*, 2020, n° spécial, Pandémie et droit, p. 55-67.

13 Message (note 10), p. 344.

14 Ces ordonnances s'appuieront sur l'art. 185 al. 3 Cst., relatif à la sécurité intérieure, plus particulièrement pour parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Cf. Andreas KLEY, « Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen. » – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, p. 268 ss.

LEp¹⁵. Depuis 2010, la validité de ces ordonnances est limitée à six mois, période à l'issue de laquelle, pour rester en vigueur, les mesures ordonnées doivent impérativement obtenir l'aval de l'Assemblée fédérale (le Parlement de la Confédération)¹⁶.

Dans le système mis en place par la LEp, l'exécution des mesures ordonnées pour lutter contre une maladie transmissible incombe, pour l'essentiel, aux cantons, quels que soient le niveau sanitaire dans lequel la Suisse se trouve et l'origine (fédérale ou cantonale) de la mesure. Cette manière de procéder s'inscrit dans un principe plus large, appelé « fédéralisme d'exécution », prévu à l'art. 46 al. 1 Cst., selon lequel il appartient, en principe, aux cantons de mettre en œuvre le droit fédéral¹⁷.

3. Réaction face à la crise sanitaire au regard de la LEp

Au cours de la lutte contre le nouveau coronavirus, soit depuis le mois de février 2020, la Suisse a été successivement régie par les trois niveaux de situation décrits ci-dessus, selon une chronologie qui sera brièvement exposée à présent.

Lors d'une première phase, qui s'est écoulée entre la première apparition « officielle » du virus en Suisse le 25 février 2020 – dans le canton du Tessin, voisin de l'Italie du nord – et le 28 février 2020, la Suisse est demeurée en situation normale. Pendant cette période, les cantons étaient donc seuls compétents pour ordonner des mesures de lutte. Le canton du Tessin a ainsi interdit le carnaval et les matchs de hockey sur glace en présence du public¹⁸.

Pendant une deuxième phase, entre le 28 février et le 16 mars 2020, la Suisse est passée au niveau de la situation particulière¹⁹. Le Conseil fédéral a pris certaines mesures à l'échelon suisse, par exemple l'interdiction des manifestations publiques ou privées accueillant plus de 1000 personnes simultanément et la fermeture des écoles et autres établissements de formation. Les cantons sont alors demeurés compétents

15 Frédéric BERNARD, Les pouvoirs extraordinaires du Conseil fédéral dans la lutte contre les épidémies, ZBl 3/2021 p. 131-152.

16 Cf. art. 7d de la loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010).

17 Art. 46 al. 1 Cst. : « Les cantons mettent en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi. » Voir Thierry TANQUEREL, *Manuel de droit public*, 2^e éd., Genève 2018, p. 11-12.

18 Frédéric BERNARD, La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus, in : Jusletter 30 mars 2020, p. 13 ss.

19 Ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Covid-19) du 28 février 2020, Recueil officiel (RO) 2020 573.

pour adopter des mesures plus strictes, ce qui a, par exemple, été le cas du canton du Tessin, qui a limité les manifestations à 150 personnes, puis fermé les lieux de divertissement (cinémas, théâtres, musées, discothèques, etc.)²⁰.

La troisième phase s'est étendue du 16 mars au 22 juin 2020, période pendant laquelle, en raison de l'amplification de la première vague épidémique, le Conseil fédéral a décrété l'existence d'une situation extraordinaire²¹. Le gouvernement a alors pris en main la gestion de l'épidémie et ordonné des mesures uniformes applicables sur l'ensemble du territoire helvétique. Dans ce cadre, il a adopté des mesures fondées sur la LEp, comme la fermeture des établissements publics et des commerces non essentiels ainsi que l'interdiction des rassemblements de plus de cinq personnes dans l'espace public (art. 40 al. 2 LEp). Il a également ordonné des mesures allant au-delà du cadre légal qu'il a directement fondées sur ses pouvoirs de crise tels que définis dans la Constitution fédérale : ces mesures comportaient à la fois des mesures de lutte contre l'épidémie, par exemple dans le domaine de la protection des frontières, et des mesures visant à atténuer les effets des mesures sanitaires, à l'image de l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires aux entreprises²².

Rétrospectivement, le Conseil fédéral a utilisé une terminologie innovante – absente de la LEp et des travaux préparatoires – pour décrire les différents types de mesures ordonnées : les mesures de lutte proprement dites ont été qualifiées de « mesures primaires » et les mesures d'accompagnement de « mesures secondaires »²³. Les cantons ont conservé une mince compétence résiduelle, qui leur a permis d'adopter des mesures propres pour autant que celles-ci ne

20 Voir *Risoluzione governativa del Consiglio di Stato* n° 1257 du 6 mars 2020.

21 Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Covid-19) du 13 mars 2020 (ordonnance 2 Covid-19), teneur du 16 mars 2020, RO 2020 783. Voir Florian BRUNNER/Martin WILHELM/Felix UHLMANN, *Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts*, PJA 2020, pp. 685 ss ; Michel HOTTELIER, *Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 – La situation en Suisse*, *Confluence des droits*, La revue 07/2020 ; Felix UHLMANN/Eva SCHEIFELE, *Legislative response to Coronavirus (Switzerland)*, *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 2 N° 1 (2020), pp. 1 ss.

22 Voir Rapport du Conseil fédéral concernant l'exercice de ses compétences en matière de droit de nécessité et la mise en œuvre des motions de commission transmises depuis le début de la crise du coronavirus, 27 mai 2020.

23 Voir Rapport (note 22), p. 4.

contreviennent pas au contenu explicite ou implicite des ordonnances du Conseil fédéral²⁴.

4. Situation actuelle

Une quatrième phase, toujours en cours aujourd'hui (mai 2021), s'est ouverte le 22 juin 2020, lorsque la Suisse est redescendue au niveau de la situation particulière²⁵. Malgré cette diminution du degré d'alerte, le gouvernement a estimé que certaines mesures primaires et secondaires figurant dans des ordonnances de police devaient rester en vigueur ; il a donc soumis un Message en ce sens au Parlement²⁶. Après d'intenses débats, celui-ci a adopté, le 25 septembre 2020, la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 (loi Covid-19)²⁷. Celle-ci fournit une base légale à des mesures qui en étaient jusque-là dépourvues, par exemple dans le domaine de l'asile²⁸. Afin que cette loi puisse entrer en vigueur sans attendre l'issue d'un éventuel

24 Voir art. 1a ordonnance 2 Covid-19 : « Sauf disposition contraire de la présente ordonnance, les cantons demeurent compétents. » Cf. également les explications fournies par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), Rapport explicatif concernant l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 Covid-19), version du 12 juin 2020, p. 2 : « Si le Conseil fédéral a fixé une réglementation, les cantons ne peuvent plus édicter de dispositions qui contredisent l'ordonnance fédérale. Dès qu'un domaine tombe sous le coup d'une réglementation fédérale, cette dernière est définitive [...] Si le Conseil fédéral n'a pas édicté de réglementation (explicite) sur une question donnée, deux cas de figure sont possibles :

- Le Conseil fédéral n'a pas édicté de réglementation explicite, car il souhaite laisser aux cantons la possibilité de le faire [...]
- Le Conseil fédéral n'a pas édicté de réglementation explicite, car il souhaite que le domaine concerné ne soit pas réglementé dans le cadre de la situation extraordinaire, y compris par les cantons (« silence qualifié »). Ces derniers ne sont alors pas habilités à le faire [...]

Pour déterminer quel cas de figure s'applique à un sujet concret, il faut recourir aux règles habituelles d'interprétation. »

25 Ordonnance 3 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (Covid-19), RS 818.101.24, et ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière (ordonnance Covid-19 situation particulière), RS 818.101.26.

26 Voir le Message concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 (loi Covid-19), FF 2020 6363.

27 RS 818.102.

28 Ainsi, l'ordonnance sur les mesures prises dans le domaine de l'asile en raison du coronavirus du 1^{er} avril 2020 (RS 142.318), initialement basée sur l'art. 185 al. 3 Cst. féd., se fonde désormais sur l'art. 5 loi Covid-19.

référendum, le Parlement l'a déclarée urgente au sens de l'art. 165 al. 1 Cst. féd. (art. 21 al. 1 loi Covid-19). Dans un souci de ne pas conférer de pouvoirs trop importants au gouvernement, il a, par ailleurs, limité la validité de la plupart de ses dispositions au 31 décembre 2022 (art. 21 al. 4 loi Covid-19).

L'art. 141 Cst. prévoit que, dans les cent jours à compter de la publication officielle d'une loi fédérale, 50 000 citoyens et citoyennes ou huit cantons peuvent demander que cette loi soit soumise au vote du peuple (référendum facultatif)²⁹. Par ailleurs, l'art. 165 Cst. dispose que, lorsque le référendum est demandé contre une loi fédérale déclarée urgente, cette dernière cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée par le peuple dans ce délai. En l'espèce, une demande de référendum a abouti contre la loi Covid-19³⁰ et le peuple votera donc à son sujet le 13 juin 2021.

Dans l'intervalle, cette loi a cependant déjà été modifiée par le Parlement, en utilisant à nouveau la clause d'urgence, notamment pour prolonger la durée de validité de certaines mesures en lien avec l'assurance-chômage et pour introduire de nouvelles dispositions relatives à la situation des personnes vaccinées et au système de test et de traçage des contacts³¹. Cela n'est pas sans poser certaines questions en matière de droits politiques, puisque le texte soumis au vote est la loi Covid-19 dans sa teneur originale et non la version modifiée, pourtant en vigueur au moment de la votation. Cette observation permet également d'illustrer certaines des difficultés pratiques qui peuvent apparaître lorsque le Parlement édicte lui-même directement dans une loi des mesures d'urgence, qui sont par nature appelées à évoluer rapidement.

Conformément au système de compétences concurrentes mis en place en situation particulière, le Conseil fédéral est compétent pour fixer un socle commun de mesures pour l'ensemble du territoire helvétique. Ce socle comprend, par exemple, l'obligation de porter, dès l'âge de douze ans et sauf raison médicale attestée par un certificat, un masque facial dans tous les véhicules de transports publics (art. 3a al. 1 ordonnance Covid-19 situation particulière).

Ce socle a évolué en fonction de l'évolution de la situation sanitaire, soit dans un sens de durcissement soit dans un sens d'assouplissement. Ceci est illustré par la réglementation des manifestations privées (définies comme celles organisées dans le cercle familial et

29 Voir, de manière générale, AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 239 ss.

30 FF 2021 460.

31 RO 2021 153.

entre amis par l'art. 6 al. 2 ordonnance Covid-19 situation particulière) : alors que, pendant l'été 2020, les manifestations privées devaient uniquement respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de conduite, le Conseil fédéral, face à une situation sanitaire qui se dégradait, a limité, le 28 octobre 2020, ces manifestations à dix personnes³² ; le 13 janvier 2021, ce nombre a encore été abaissé à cinq³³ ; le 24 mars 2021, le gouvernement a introduit une distinction entre manifestations privées à l'intérieur et à l'extérieur, maintenant la limite de cinq personnes dans la première hypothèse mais l'augmentant à quinze personnes dans la seconde ; le 19 mars 2021, le gouvernement a augmenté la limite des manifestations à l'intérieur à dix personnes, sans changer la limite des manifestations à l'extérieur³⁴. Celle-ci est ensuite passée à 30 personnes à l'intérieur et 50 à l'extérieur à compter du 31 mai 2021³⁵.

En situation particulière, comme indiqué ci-dessus, le Conseil fédéral ne peut agir qu'après avoir consulté les cantons (art. 6 al. 2 LEp). Le mode de procéder du gouvernement a donc été le suivant : les différentes mesures envisagées ont été annoncées publiquement, lors d'une conférence de presse, puis soumises à un processus de consultation des cantons, à l'issue duquel le Conseil fédéral a tranché, en tenant compte de l'évolution de la situation sanitaire. Il lui est ainsi arrivé de soumettre aux cantons des propositions, notamment en vue d'un assouplissement des mesures, puis de décider qu'en fin de compte, les conditions pour une réouverture progressive n'étaient pas remplies, ce qui n'a pas été sans susciter une certaine grogne. Ainsi, lors de sa conférence de presse du 12 mars 2021, le Conseil fédéral a évoqué une possible réouverture des terrasses des cafés et restaurants – alors intégralement fermés sauf pour la vente à l'emporter – le 22 mars 2021, proposition qui a été largement plébiscitée lors de la consultation des cantons. Toutefois, le 22 mars 2021, le gouvernement a estimé que les conditions sanitaires ne permettaient pas de procéder à cette ouverture³⁶ (les terrasses ont finalement rouvert le 19 avril 2021³⁷ et les espaces intérieurs le 31 mai 2021³⁸).

32 RO 2020 4503.

33 RO 2021 7.

34 RO 2021 157.

35 RO 2021 300.

36 Voir <<https://www.rts.ch/info/suisse/12056991-pas-de-reouverture-des-terrasses-le-22-mars-mais-reunions-a-10-autorisees.html>> (site web consulté le 31 mai 2021).

37 Art. 5a al. 2 let. b ordonnance Covid-19 situation particulière (dans sa teneur du 19 avril 2021 : RO 2021 213).

38 RO 2021 300.

Sous le régime de la situation particulière, les cantons sont libres d'adopter parallèlement des mesures autonomes, notamment s'ils estiment que la situation épidémiologique sur leur territoire nécessite des mesures plus strictes que le socle minimal fixé au niveau fédéral. Ainsi, à l'automne 2020, alors que la situation se détériorait de manière plus marquée dans les cantons romands que dans le reste de la Suisse, ces derniers ont mis en œuvre des règles cantonales plus sévères. À titre d'exemple, le 1^{er} novembre 2020, le canton de Genève a prononcé la fermeture des restaurants et commerces non essentiels pour une durée de quatre semaines³⁹. Il est à noter que, pendant cette période, les cantons romands sont entrés en discussion pour harmoniser les mesures adoptées, notamment sur le choix d'une date pour la réouverture des restaurants⁴⁰.

B. Rôle des associations, entreprises, syndicats, administré·es et expert·es scientifiques

De manière générale, l'administration centrale, en particulier l'Office fédéral de la santé publique, s'est retrouvée au cœur de la lutte contre le nouveau coronavirus. Au surplus, à deux reprises, lors de la première vague du printemps 2020 puis à nouveau à l'automne 2020, le Conseil fédéral a mobilisé des troupes de l'armée suisse pour venir en aide aux autorités civiles cantonales⁴¹, mobilisations qui ont reçu l'aval du Parlement⁴².

L'administration dite décentralisée a également participé à la lutte contre le nouveau coronavirus. Tel a été le cas, en particulier, des hôpitaux publics suisses, qui sont généralement organisés sous forme

39 Arrêté d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de Covid-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population du 1^{er} novembre 2020.

40 Concertation entre cantons romands pour la réouverture des restaurants dès jeudi 10 décembre, disponible à l'adresse suivante : <https://www.ge.ch/document/concertation-entre-cantons-romands-reouverture-restaurants-jeudi-10-decembre> (site web consulté le 31 mai 2021).

41 Arrêté du Conseil fédéral du 16 mars 2020 concernant le service d'appui de l'armée en faveur des autorités civiles, FF 2020 1883, et Communiqué de presse, Coronavirus : le Conseil fédéral décide que l'armée pourra à nouveau être engagée en appui du secteur de la santé publique, 4 novembre 2020, disponible à l'adresse suivante : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80971.html> (site web consulté le 31 mai 2021).

42 Arrêté fédéral du 5 mai 2020 sur le service d'appui de l'armée en faveur des autorités civiles dans le cadre des mesures destinées à lutter contre la pandémie de Covid-19, FF 2020 4555, et arrêté fédéral sur le service d'appui de l'armée en faveur des services de santé civils dans le cadre des mesures destinées à lutter contre la deuxième vague de l'épidémie de Covid-19 du 2 décembre 2020, FF 2021 67.

d'établissements de droit public autonomes dotés d'une personnalité juridique propre⁴³.

Les circonstances particulières de la pandémie ont, par ailleurs, conduit à la conclusion d'accords entre hôpitaux publics et cliniques médicales privées, afin que ces dernières déchargent les premiers en accueillant une partie des personnes hospitalisées⁴⁴. Pendant la durée de validité de ces accords, on peut donc légitimement considérer que les cliniques ont intégré l'administration décentralisée, en tout cas du point de vue fonctionnel, en tant qu'entités privées délégataires de tâches publiques⁴⁵.

Les entreprises ont été impactées par la recommandation générale de recourir au télétravail et par la réglementation de la situation des personnes vulnérables (art. 10c ordonnance 2 Covid-19)⁴⁶. En vertu de cette disposition, en effet, les personnes vulnérables ont été autorisées à accomplir leurs obligations professionnelles depuis leur domicile, moyennant l'adoption des mesures organisationnelles et techniques appropriées (al. 1). À défaut, l'employeur devait leur confier des tâches de substitution équivalentes, rétribuées au même salaire, même si ces tâches divergeaient du contrat de travail (al. 2 et al. 4). Si aucune modalité ne permettait un travail conforme à l'art. 10c, la personne vulnérable devait être dispensée de travailler avec maintien de son salaire (al. 6).

Les installations et établissements accessibles au public ont également été mis à contribution, notamment en raison de la mise en œuvre d'une obligation d'adopter des plans de protection comportant des mesures en matière d'hygiène et de distance (cf. art. 4 ordonnance

43 Voir, par exemple, l'art. 1 de la loi genevoise sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (RS/GE K 2 05) et l'art. 27 de la loi du canton du Valais sur les établissements et institutions sanitaires du 17 mars 2011 (RS/VD 800.10).

44 Voir communiqué de presse du Département genevois de la sécurité, de l'emploi et de la santé du 20 mars 2020 « Covid-19: les hôpitaux publics et les cliniques privées du canton se fédèrent pour l'hospitalisation des patients ».

45 Pierre MOOR/François BELLANGER/Thierry TANQUEREL, *Droit administratif*, vol. III : L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État, 2^e éd., Berne 2018, p. 339 ss.

46 Conformément à l'art. 10b al. 2 ordonnance 2 Covid-19, les personnes vulnérables regroupaient « les personnes de 65 ans et plus et les personnes qui souffrent notamment des pathologies suivantes : hypertension artérielle, diabète, maladies cardiovasculaires, maladies respiratoires chroniques, faiblesse immunitaire due à une maladie ou à une thérapie, cancer ».

Covid-19 situation particulière)⁴⁷. L'effort consenti pour se conformer à ces prescriptions a conduit à des manifestations de mécontentement, notamment de la part de personnes exploitant des cafés-restaurants, lorsqu'en dépit des mesures adoptées pour se conformer à cette obligation légale, leur fermeture a été de nouveau ordonnée sur le plan fédéral à compter du 22 décembre 2020⁴⁸.

Dans le même temps, certaines entreprises sont devenues, en collaboration avec les autorités publiques, de véritables actrices de la lutte contre le coronavirus. Ainsi, plusieurs centres de test et de vaccination sous gestion privée ont ouvert avec l'agrément des autorités publiques⁴⁹.

Il convient enfin de souligner le rôle joué par les scientifiques, réunis dès le mois de mars 2020 au sein d'une commission baptisée *Swiss National Covid-19 Science Task Force*⁵⁰. La Task Force, qui réunit environ soixante-dix expertes et experts bénévoles provenant de nombreux domaines scientifiques (infectiologie, recherche économique, microbiologie, éthique), est dépourvue de pouvoir décisionnel et émet des recommandations sur les mesures ou les actions à adopter. Elle cherche régulièrement à influencer le Conseil fédéral dans le choix des mesures ordonnées, exprimant régulièrement son avis publiquement, notamment lorsqu'elle estime les mesures envisagées insuffisantes pour freiner l'épidémie⁵¹. Son rôle est périodiquement remis en cause (cf. ci-dessous C.), ce qui s'explique vraisemblablement en partie par le fait que ses représentantes et représentants s'expriment dans la même salle de presse que le gouvernement, ce qui contribue à lui donner une apparence de pouvoir décisionnel qu'elle ne possède pas.

47 L'annexe 1 de l'ordonnance contient les prescriptions générales relatives à ces plans de protection, qui se rapportent notamment à l'hygiène, à la distance et à la collecte des coordonnées.

48 Voir ordonnance Covid-19 situation particulière dans sa teneur du 22 décembre 2020 (RO 2020 2213).

49 Voir RTS Info, Le secteur privé à l'aide des cantons pour tester et suivre les cas Covid, 1^{er} novembre 2020 : <<https://www.rts.ch/info/economic/11716271-le-secteur-privé-a-laide-des-cantons-pour-tester-et-suivre-les-cas-covid.html>> (site web consulté le 31 mai 2021).

50 Voir le site de la *task force* : <<https://sciencetaskforce.ch/fr/page-daccueil/>> (site web consulté le 31 mai 2021).

51 Les mesures actuelles sont insuffisantes face à la nouvelle variante du coronavirus, Play RTS, 23 décembre 2020.

C. Arbitrage politique, social ou juridictionnel

À ce jour, en Suisse, la résolution des questions relatives à la compétence des autorités ou à l'adéquation des mesures de lutte sanitaire a principalement été l'œuvre d'un arbitrage politique⁵².

Cet arbitrage est d'abord intervenu, sur le plan fédéral, entre le gouvernement et le Parlement. Ainsi, lors des débats relatifs à l'adoption de la loi Covid-19 en septembre 2020 (cf. ci-dessus I.A.4), l'Assemblée fédérale a cherché à encadrer l'action du pouvoir exécutif, en étoffant l'art. 1 de la loi (Objets et principes) par rapport au projet préparé par le gouvernement. Dans sa teneur adoptée, cette disposition prévoit notamment que le Conseil fédéral ne doit utiliser ses compétences particulières que « *dans la mesure nécessaire pour surmonter l'épidémie de Covid-19* » (art. 1 al. 2 loi Covid-19), qu'il doit associer les cantons et les associations faitières des partenaires sociaux à l'élaboration des mesures qui touchent leurs compétences (art. 1 al. 3) et qu'il doit régulièrement informer le Parlement, « *en temps utile et de manière exhaustive* », de la mise en œuvre de la loi (art. 1 al. 4).

De même, plusieurs commissions parlementaires ont joué un rôle de courroie de transmission entre la population et le gouvernement. À titre d'exemple, en février 2021, la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national (la chambre basse du Parlement) s'est montrée favorable à inscrire dans la loi Covid-19 une date fixe de réouverture des restaurants et autres établissements, ce qui revenait à « forcer la main » du gouvernement⁵³. Cette même commission a proposé que les membres de la *Swiss Task Force* (cf. ci-dessus I.B) ne soient plus autorisés à s'exprimer publiquement⁵⁴. Le plénum du Conseil national a toutefois refusé de suivre sa commission sur ces deux points⁵⁵.

Au sein du système fédéral, la situation s'est caractérisée par des impulsions diverses, les demandes envers le gouvernement fédéral variant au gré de l'évolution de la situation. En mars 2020, alors que la situation sanitaire se détériorait, plusieurs cantons ont appelé de leurs vœux une prise en main par le Conseil fédéral et réclamé des mesures plus strictes uniformes pour l'ensemble du territoire helvétique ;

52 À ce sujet, voir Cellule Enquête Tamedia, *La première vague : Enquête au cœur de la crise du coronavirus en Suisse*, Genève 2020.

53 <<https://www.letemps.ch/suisse/reouverture-restaurants-figurer-loi>> (site web consulté le 31 mai 2021).

54 <<https://www.24heures.ch/faut-il-baillonner-la-task-force-federale-covid-19-304829095783>> (site web consulté le 31 mai 2021).

55 <<https://www.letemps.ch/monde/terme-plus-longue-seance-histoire-conseil-national-refuse-presse-louverture-restaurants-22>> (site web consulté le 31 mai 2021).

quelques mois plus tard, alors que la situation s'était (temporairement) améliorée, les mêmes cantons ont insisté pour sortir aussi vite que possible du niveau de la situation extraordinaire et retrouver ainsi leurs compétences. Cela étant, malgré certaines tensions, la communication semble avoir été constante entre la Confédération et les cantons, y compris lors de la situation extraordinaire du printemps 2020, alors même que la LEp ne prescrivait pas formellement l'obligation du gouvernement de consulter les cantons. En revanche, d'autres collectivités publiques ont été moins écoutées, en particulier les communes et les grandes villes⁵⁶, et ce malgré le fait que, statistiquement, les centres urbains semblent avoir été davantage touchés par la pandémie que les campagnes⁵⁷.

Sous l'angle social, les mesures adoptées par le Conseil fédéral lors du printemps 2020 ont été plutôt bien acceptées par la population⁵⁸. Toutefois, cette tolérance s'est progressivement érodée, à mesure que l'imposition de mesures sanitaires s'est prolongée dans le temps. Depuis l'automne 2020, des manifestations « anti-Covid », exprimant un mécontentement croissant envers les restrictions sanitaires, réunissent toujours davantage de participantes et participants⁵⁹. Une dégradation du climat politique et une hausse des menaces envers les personnes élues ont également été observées⁶⁰.

En revanche, pour l'heure, l'arbitrage juridictionnel a été relativement peu marqué. Ceci s'explique, en partie, par le fait qu'il n'existe pas de contrôle abstrait des actes normatifs fédéraux. Le Tribunal fédéral ne peut, en effet, contrôler la constitutionnalité d'un acte normatif fédéral que de manière préjudicielle⁶¹, à l'occasion d'un acte d'application⁶².

Récemment, le Tribunal fédéral s'est cependant prononcé sur la constitutionnalité de l'exclusion de tout recours contre les décisions sur

56 Voir <<https://www.swissinfo.ch/fre/oubli%C3%A9s-de-la-crise-du-coronavirus--les-villes-suissees-se-rebiffent/45885598>> (site web consulté le 31 mai 2021).

57 Un virus dans la ville, Play RTS, dossier disponible à l'adresse suivante : <<https://www.rts.ch/info/regions/11842656-un-virus-dans-la-ville.html#chap01>> (site web consulté le 31 mai 2021).

58 Une majorité de la population veut rouvrir les restaurants, selon un sondage SSR, RTS Play, 18 mars 2021.

59 Céline ZÜND, Anti-covid : les rangs des « Querdenker » s'élargissent, Le Temps, 1^{er} avril 2021.

60 Michel GUILLAUME, Suisse, ta culture politique fout le camp, Le Temps, 9 mars 2021.

61 Ce contrôle exclut, au surplus, les lois fédérales, qui sont protégées par l'art. 190 Cst. féd.

62 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 1), p. 648.

les aides et indemnités prévues à l'art. 11 al. 3 de l'ordonnance fédérale Covid du 20 mars 2020 sur l'atténuation des conséquences économiques du coronavirus (Covid-19) dans le secteur de la culture⁶³. Invoquant l'art. 29a Cst. féd., qui garantit le droit d'accès à la justice, le Tribunal fédéral a considéré que la motivation de l'exclusion du recours était insuffisante et a conclu à l'inconstitutionnalité de la disposition attaquée, en recourant à des termes forts : « *La préservation de l'État de droit implique de maintenir un contrôle juridictionnel sur l'activité administrative même lors d'une période troublée. La simple volonté d'assurer une action rapide de l'État ne saurait justifier la suppression de tout accès au juge, sachant que d'autres mesures procédurales sont envisageables pour assurer la célérité et l'efficacité de l'action publique malgré l'existence de voies de droit.* »⁶⁴

Les tribunaux cantonaux ont, pour leur part, eu l'occasion de procéder à des contrôles abstraits d'actes normatifs cantonaux – le mécanisme, inconnu au niveau fédéral, existe, en effet, pour les normes de niveau cantonal – ainsi qu'à des contrôles concrets portant sur des décisions fondées sur la législation sur le Covid-19.

À titre d'exemple, le Tribunal cantonal vaudois s'est penché sur le recours d'un médecin-dentiste formé contre une décision lui refusant l'octroi d'une subvention dans le cadre de l'arrêté vaudois du 17 avril 2020 sur l'aide aux locataires et aux bailleurs dans le cadre de la lutte contre le coronavirus⁶⁵. Le Tribunal a rejeté le recours, au motif que l'ordonnance 2 Covid-19 prévoyait expressément que les cabinets dentaires n'étaient pas soumis à une fermeture totale ou partielle de leurs activités.

De même, la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice a été amenée à se pencher sur la conformité avec la liberté de religion de la disposition de l'arrêté genevois du 1^{er} novembre 2020 interdisant les services religieux et autres manifestations religieuses accessibles au public (à l'exception des cérémonies de mariage jusqu'à cinq personnes et des funérailles jusqu'à cinquante personnes). Après avoir accordé, dans un premier temps, l'effet suspensif au recours⁶⁶, la Chambre a jugé, sur le fond du litige, que la disposition litigieuse ne respectait pas

63 Tribunal fédéral, Arrêt non publié 2D_32/2020 du 24 mars 2021.

64 Ibid., c. 1.6.3.

65 CDAP, GE.2020.0105 du 8 septembre 2020.

66 ACST/37/2020 du 3 décembre 2020, dans lequel la Chambre indiquait ce qui suit : « *Cela étant, elle [la mesure contestée] pose un sérieux problème de proportionnalité [...] Il s'ensuit que les chances de succès du recours apparaissent a priori élevées voire très élevées.* » (c. 6.a).

le principe de la proportionnalité, puisque d'autres mesures moins incisives auraient permis d'atteindre le but visé, et l'a donc annulée⁶⁷.

Il est fort probable que le nombre et l'impact des décisions judiciaires augmentent au cours des prochains mois et que celles-ci contribueront, malgré leur examen rétrospectif, à orienter les futures orientations de la lutte menée contre le Covid-19 ou contre de nouvelles épidémies.

II – LES MESURES PRISES POUR LUTTER CONTRE LE COVID-19

A. Types de mesures

Au cours de la lutte contre le nouveau coronavirus, et en particulier lors de la première vague (mars-juin 2020), le Conseil fédéral a ordonné de nombreuses mesures sectorielles, parmi lesquelles on peut mentionner les mesures suivantes :

- interdiction des activités présentiellees dans les écoles et les autres établissements de formation⁶⁸ ;
- fermeture de nombreux établissements, tels que magasins (hors commerces essentiels de type alimentaire, pharmaceutique, etc.), restaurants, bars, musées ou encore bibliothèques⁶⁹ ;
- interdiction de toutes les manifestations publiques, y compris les manifestations sportives et les activités associatives⁷⁰ ;
- interdiction pour les établissements de santé (hôpitaux, cliniques, cabinets médicaux) de réaliser des examens, des traitements et des interventions non urgents⁷¹ ;

67 ACST/20/2021 du 6 mai 2021 c. 12.b : « *En effet, en interdisant la tenue de tout culte et de toute manifestation religieuse accessible au public, la disposition contestée revêt un caractère quasi-absolu, alors même que d'autres mesures moins incisives permettraient d'atteindre le même but, comme la mise en œuvre d'un plan de protection approprié limitant le nombre de personnes en fonction des espaces disponibles dans le bâtiment considéré, avec l'obligation de se désinfecter les mains et de respecter les distances sanitaires notamment. Ces mesures de protection éprouvées, ajoutées à l'obligation du port du masque dans les édifices religieux et à l'extérieur, qui découle de l'art. 3b al. 1 de l'ordonnance Covid-19 situation particulière, permettent d'éviter une solution aussi drastique que celle contestée.* »

68 Art. 5 ordonnance 2 Covid-19.

69 Art. 6 ordonnance 2 Covid-19.

70 Art. 6 al. 1 ordonnance 2 Covid-19.

71 Art. 10a ordonnance 2 Covid-19.

– restriction de la possibilité d’organiser des assemblées de société⁷².

Ces mesures ont eu un impact très restrictif sur les activités de la société civile, notamment associatives.

Cela étant, contrairement à la solution adoptée par de nombreux États européens, la Suisse a renoncé à instaurer un confinement généralisé, même au plus fort de la première vague. Elle a opté pour une variante moins drastique – parfois qualifiée de « semi-confinement » – qui résultait de la conjonction d’une interdiction des rassemblements de plus de cinq personnes dans l’espace public⁷³ et d’une ample campagne d’information des autorités sanitaires visant à inciter la population à rester chez elle⁷⁴. Ces mesures ont été accompagnées par l’isolement des personnes malades et la mise en place d’une quarantaine pour leurs proches contacts, dans le but de « briser les chaînes de transmission »⁷⁵.

La typologie des mesures ordonnées a été extrêmement variée. Celles-ci ont inclus des mesures sanitaires au sens strict du terme (interdiction des activités présentiels dans les écoles et autres établissements de formation, fermeture des commerces non essentiels, interdiction des manifestations publiques), des mesures sociales (mesures visant à atténuer les conséquences économiques pour l’accueil extra-familial institutionnel pour enfants), des mesures économiques (déblocage de crédits urgents pour venir en aide aux entreprises et aux personnes touchées par les mesures sanitaires) et des mesures technologiques (mise en place d’une application de traçage des contacts)⁷⁶.

L’outil privilégié, tant au niveau fédéral qu’au niveau cantonal, a été celui de l’ordonnance (ou de l’arrêté) adoptée par le pouvoir exécutif. Cette manière de procéder s’explique par le fait que le gouvernement possède, en raison de ses caractéristiques institutionnelles, une plus grande capacité de réaction et d’adaptation que le Parlement, dont

72 Art. 6a ordonnance 2 Covid-19.

73 Art. 7c ordonnance 2 Covid-19.

74 Voir la campagne « Voici comment nous protéger » de l’OFSP : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html> (site web consulté le 31 mai 2021).

75 Art. 35 LEp.

76 Cette application aurait été téléchargée par plus de deux millions de personnes (sur une population d’environ 8,5 millions de personnes), mais son efficacité reste discutée. Voir Anouch SEYDTAGHIA, En pleine deuxième vague, quels sont les effets concrets de l’app SwissCovid ?, *Le Temps*, 30 octobre 2020 : <https://www.letemps.ch/economie/pleine-deuxieme-vague-effets-concrets-lapp-swisscovid> (site web consulté le 31 mai 2021).

le fonctionnement et les règles de procédure sont plus lourds⁷⁷. Dans ce cadre, il convient de rappeler que, contrairement à d'autres États, la Suisse n'a pas été obligée de conférer dans l'urgence des pouvoirs extraordinaires au gouvernement. Elle a, en effet, pu s'appuyer sur le cadre juridique mis en place en 2012 lors de la révision intégrale de la LEp (cf. ci-dessus I.A.2).

Le Parlement a cependant aussi participé à l'action normative. Tout d'abord, son intervention était indispensable pour prolonger la validité de certaines mesures ordonnées par le gouvernement au-delà d'une période de six mois (cf. ci-dessus I.A.4). Ainsi que cela a été relevé à cette occasion, le recours à la législation d'urgence n'est pas sans poser certaines difficultés, notamment en lien avec le respect des droits politiques, en particulier lorsque ladite législation doit faire l'objet de modifications à court terme. Le Parlement a aussi légiféré directement sur certains aspects de la lutte, comme pour la mise en place du système de traçage des contacts de proximité, adopté le 19 juin 2020 par le biais d'une modification urgente de la LEp (adoption d'un nouvel article 60a)⁷⁸.

Les membres du gouvernement fédéral ont régulièrement participé à des séances avec leurs homologues, en particulier d'États européens voisins⁷⁹. Cela n'a pas empêché la Suisse de se montrer autonome dans l'adoption des mesures qui lui paraissaient, de son point de vue, indiquées pour protéger la santé publique tout en préservant, autant que possible, l'économie du pays. Nous avons vu que la Suisse a ainsi renoncé à imposer un confinement généralisé lors des différentes vagues de la pandémie. Par ailleurs, lorsque l'Italie a décidé de rouvrir ses frontières le 3 juin 2020, la Suisse a immédiatement indiqué qu'elle maintiendrait ses contrôles, estimant qu'il était trop tôt pour lever ces dernières⁸⁰. De même, contrairement à l'écrasante majorité des États européens – à l'exception de l'Autriche –, la Suisse a décidé de conserver ses stations de ski ouvertes pendant l'hiver 2020-2021⁸¹.

La LEp prévoit directement un catalogue de sanctions pénales en cas de non-respect des mesures ordonnées (art. 82 et 83 LEp).

77 John FERREJOHN/Pasquale PASQUINO, The law of the exception, A typology of emergency powers, *International Journal of Constitutional Law* 2004, p. 210 ss.

78 RO 2020 2191. Voir le Message du 20 mai 2020 concernant la modification urgente de la loi sur les épidémies en lien avec le coronavirus (Système de traçage de proximité), FF 2020 4361.

79 Coronavirus : le conseiller fédéral Alain Berset rencontre les ministres français et allemand de la santé, 25 juin 2020.

80 La Suisse juge prématuré de rouvrir sa frontière avec l'Italie, RTS Info, 2 juin 2020.

81 Art. 5b ordonnance Covid-19 situation particulière.

L'ordonnance 2 Covid-19 était également assortie de dispositions pénales, contenant des contraventions (passibles d'une amende), mais également une peine privative de liberté de trois ans au plus pour violation de l'interdiction des manifestations publiques ou privées et de l'obligation de fermer les commerces⁸². La nature et la lourdeur de cette peine ont été critiquées, en particulier sous l'angle du principe de la légalité, puisque la LEp ne prévoit, pour ces infractions, que le prononcé d'une contravention (art. 83 LEp)⁸³. Depuis le 19 juin 2020, l'ordonnance Covid-19 situation particulière ne contient plus que des contraventions (art. 13 ordonnance Covid-19 situation particulière).

B. Atteintes aux droits fondamentaux

Les mesures sanitaires adoptées ont touché de nombreux droits fondamentaux. Par exemple, l'interdiction des manifestations a porté atteinte à la liberté de réunion et de manifestation (art. 22 Cst. et 11 CEDH), l'interdiction des cérémonies religieuses à la liberté de religion (art. 15 Cst. et 9 CEDH) et la fermeture des commerces à la liberté économique (art. 27 Cst.)⁸⁴. Conformément au mécanisme applicable aux libertés au sens classique⁸⁵, ces atteintes n'ont pas automatiquement emporté la violation des droits fondamentaux touchés. En effet, une atteinte demeure conforme au droit fondamental concerné si elle respecte les conditions énoncées à l'art. 36 Cst. : existence d'une base légale, poursuite d'un intérêt public et respect du principe de la proportionnalité. Ces conditions sont analogues, d'un point de vue substantielle, à celles qui découlent du deuxième paragraphe des articles 8, 9, 10 et 11 CEDH. Dans ce contexte, il convient d'ailleurs de relever que la Suisse n'a pas jugé nécessaire de déroger à la Convention européenne des droits de l'homme en application de l'art. 15 CEDH, contrairement à plusieurs autres États parties⁸⁶.

82 Art. 10d ordonnance 2 Covid-19.

83 Marcel Alexander NIGGLI, Corona-Krise: Warum der Bundesrat keine Strafen erlassen darf, NZZ, 16 avril 2020.

84 Voir Frédéric BERNARD, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sécurité & Droit, 3/2020, p. 130-141.

85 Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II : Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013, p. 5 ss.

86 Les États ayant fait usage de l'art. 15 CEDH pour faire face à la pandémie sont au nombre de dix : Saint-Marin (10.4.2020), la Serbie (6.4.2020), la Macédoine du Nord (1.4.2020), l'Albanie (31.3.2020), la Géorgie (23.3.2020), l'Estonie (19.3.2020), la République de Moldavie (19.3.2020), l'Arménie (19.3.2020), la Roumanie (17.3.2020) et la Lettonie (17.3.2020). Cf. Unité de la Presse de la Cour EDH, Fiche thématique : Dérogation en cas d'état d'urgence, état avril 2020,

Dans le cadre de la lutte contre le coronavirus, la base juridique – qu'elle figure dans la Constitution fédérale ou dans la LEp – de même que l'intérêt public poursuivi – la santé publique – n'ont globalement pas été remis en cause. En revanche, la discussion a été et demeure vive en ce qui concerne la proportionnalité des mesures ordonnées. On rappellera, dans ce contexte, que la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice genevoise a jugé l'interdiction de toutes les cérémonies religieuses hors mariages et funérailles inconstitutionnelle pour ce motif (cf. ci-dessus I.C).

III – LES CONSÉQUENCES SUR LE DROIT DE L'ACTION PUBLIQUE

Les mesures « primaires », définies comme les mesures sanitaires directement destinées à lutter contre la pandémie (cf. ci-dessus I.A), ont été fondées, dans leur grande majorité, sur la LEp. Elles font partie de la mission de police classique de l'État consistant à garantir la santé publique⁸⁷.

Les mesures « secondaires », qui visaient, pour l'essentiel, à atténuer l'impact économique et social des mesures sanitaires, s'inscrivent dans le rôle joué depuis le début du XX^e siècle par l'État providence. Si leur nature n'a pas été véritablement contestée, elles ont suscité davantage de débats du point de vue de leur fondement juridique. Il a ainsi été argué que l'art. 185 al. 3 Cst. féd. ne permet pas au gouvernement d'adopter, directement sur la base de la Constitution, des mesures de nature économique ou sociale⁸⁸.

Ce nonobstant, le « droit d'exception » a joué un rôle prépondérant pendant la première vague, puisque le Conseil fédéral a adopté non moins de dix-huit ordonnances directement fondées sur la Constitution fédérale. Conformément à la règle découlant de la LOGA, plusieurs de ces mesures sont devenues caduques, à l'exemple de l'extension des interruptions des délais judiciaires pendant la période de Pâques 2020.

Ainsi qu'on l'a vu plus haut, les mesures qu'il a été jugé nécessaire de conserver sont dorénavant fondées sur une loi fédérale ordinaire, la loi Covid-19 adoptée en septembre 2020 par le Parlement. Si ce basculement renforce le niveau de légalité et la légitimité démocratique des

Internet : <[https:// www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Derogation_FRA.pdf)> (consulté le 6 mai 2021), 1.

87 TANQUEREL (note 17), p. 7.

88 Voir, par exemple, Giovanni BIAGGINI, « Notrecht » in *Zeiten des Coronavirus : Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 183 Abs. 3 BV*, ZBl 121/2020, p. 239 ss, p. 259 s.

mesures adoptées, il a aussi pour effet de les faire rentrer dans le droit ordinaire et, potentiellement, de les pérenniser⁸⁹. C'est pour ce motif que l'Assemblée fédérale a limité la validité de la loi Covid-19 au 31 décembre 2022, mais, ainsi que nous l'avons vu plus haut (cf. I.A.4), elle a d'ores et déjà prolongé la validité de certaines de ses dispositions. Rien ne permet donc d'exclure de nouvelles prolongations dans le futur.

89 Frédéric BERNARD, État de droit et situations extraordinaires, in : Oliver DIGGELMANN/Maya HERTIG RANDALL/Benjamin SCHINDLER. *Verfassungsrecht der Schweiz = Droit constitutionnel suisse*, vol. II, Zurich 2020. p. 979-998.