



Confluence des droits_La revue

Revue de l'UMR DICE 7318 Droits International, Comparé et Européen
07 | 2020

Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 – La situation en Suisse

Michel Hottelier

Edition électronique

URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1206>

ISSN : 2681-8302

Editeur

Confluence des droits_La revue

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

France

contact@confluencedesdroits-larevue.com

Référence électronique

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* [En ligne], 07 | 2020, mis en ligne le 21 juillet 2020. URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1206>

Démocratie, État de droit et droits fondamentaux face à la pandémie de Covid-19 – La situation en Suisse

Michel Hottelier

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève, ancien juge suppléant à la Cour de justice de la République et canton de Genève (2002-2014), ancien membre de l'Assemblée constituante chargée de rédiger une nouvelle constitution pour le canton de Genève (2008-2012)

Introduction

« La situation vécue en Suisse et en Europe en mars 2020 est largement inédite, si bien que la jurisprudence n'a jusqu'à présent jamais eu à traiter la question du report d'une élection en raison de mesures prises pour faire face à une situation extraordinaire de danger pour la santé publique »¹.

C'est en ces termes que la Cour constitutionnelle du canton de Genève, appelée à se prononcer sur le maintien du second tour des élections municipales censé se dérouler dans plusieurs communes genevoises le 5 avril 2020, s'est exprimée à propos des effets de la pandémie – effectivement inédite, inattendue et imprévisible – qui s'est abattue sur le monde au cours de l'hiver 2020.

La présente contribution a pour objectif de présenter les principaux aspects constitutionnels liés à cette pandémie au regard du système juridique suisse. Pour ce faire, nous allons présenter, dans un premier temps, la situation propre au droit d'urgence sous l'angle principalement du droit fédéral (I), avant d'évoquer le statut des droits fondamentaux en cas de crise sanitaire (II). L'approche permettra d'évoquer la centralisation du pouvoir normatif et décisionnel que ce régime exceptionnel induit, en particulier la nature des ordonnances que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale sont habilités à adopter, en lien avec le contrôle limité qui revient au juge constitutionnel en pareille circonstance.

I. Actions et réactions de l'ordre juridique suisse face au Covid-19

A. La Constitution fédérale et le droit d'urgence

Le maître-mot en matière de lutte contre les phénomènes d'envergure imprévus susceptibles d'affecter gravement l'ordre public est l'urgence, laquelle se traduit institutionnellement en Suisse par une forme de concentration des pouvoirs entre les mains de l'exécutif fédéral. En pareille hypothèse, lorsque l'organe parlementaire n'est pas en mesure de se réunir, de siéger et d'apporter des réponses rapides et efficaces, c'est au gouvernement de la Confédération qu'il appartient de statuer par le biais d'ordonnances dites de police².

¹ Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ACST/12/2020) dans la cause [A/1000/2020-ELEVOT](#), 1^{er} avril 2020, consid. 12.

² J.-F. Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, vol. II, Neuchâtel 1967, p. 545.

Au nom de ce genre de situations d'urgence, nécessité fait alors loi, si l'on peut dire³. Pour n'être guère fréquent en pratique, le sujet est néanmoins classique en droit constitutionnel suisse⁴. Le phénomène s'est produit à deux reprises déjà depuis le début du siècle : une première fois en 2001, à la suite des attentats terroristes qui ont frappé les États-Unis, puis une deuxième fois en 2008, lorsque la crise bancaire qu'a connue ce même pays a submergé les systèmes financiers de très nombreux États. Dans les deux cas, c'est le Conseil fédéral qui a pris en charge la situation en statuant, sur le plan normatif, par voie d'ordonnance⁵.

C'est dans ce sillage institutionnel et juridique que la situation s'est présentée sur le plan fédéral dans le cas de la pandémie liée au coronavirus. À l'inverse des deux crises précédentes, plus localisées dans leur périmètre et leur champ opératoire, les mesures adoptées se sont révélées nettement plus globales et incisives sous l'angle des effets qu'elles ont exercés sur la population.

B. L'adoption des ordonnances du Conseil fédéral

Le premier patient infecté par le virus de la Covid-19 en Suisse a été enregistré le 25 février 2020, l'épidémie s'étant par la suite rapidement propagée sur l'ensemble du territoire. L'évolution de la situation sanitaire dans le nord de l'Italie, à proximité du territoire suisse, a rapidement conduit à une prise de conscience des risques de perte de contrôle auxquels une pandémie était susceptible de conduire, face en particulier aux capacités de gestion du système sanitaire et à une augmentation à la fois rapide et extrêmement significative du taux de mortalité. Le 28 février 2020 déjà, le Conseil fédéral a adopté sa première ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)⁶.

Composé de cinq dispositions, ce texte interdisait en particulier l'organisation de manifestations – publiques ou privées – destinées à accueillir simultanément plus de 1 000 personnes. Lors de rassemblements accueillant moins de 1 000 personnes, les organisateurs, en collaboration avec l'autorité cantonale compétente, devaient évaluer les risques afin de déterminer si la manifestation pouvait être organisée ou non. La mesure a retenti comme un coup de tonnerre en Suisse, puisqu'elle a eu en particulier comme première conséquence d'annuler la tenue du Salon international de l'automobile de Genève prévu au mois de mars 2020.

L'adoption de cette première ordonnance s'est fondée sur la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies- LEp) du 28 septembre 2012⁷, dont l'article 6 alinéa 2 b) habilite le Conseil fédéral – après avoir consulté les cantons – à ordonner des mesures visant la population lorsque l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a constaté la présence d'une urgence

³ F. Bernard, « État de droit et situations extraordinaires », in O. Diggelmann, M. Hertig Randall, B. Schindler (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse*, Schulthess Verlag, Zurich, 2020, pp. 979 ss.

⁴ A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'État*, 3^e éd., Stämpfli, Berne 2013, p. 549.

⁵ *Ibid.*, p. 550.

⁶ *Recueil officiel du droit fédéral suisse* (ci-après : *RO*), 2020, p. 573. Le *RO* peut être consulté en ligne [sur ce site](#). Sur le sujet, voir B. Märkli, « Die 'Corona Verordnung' des Bundesrats vom 28. Februar 2020 », *Jusletter*, 9 mars 2020 ; E. G. Tschannen, « Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats. Eine Würdigung aus arbeitsrechtlicher Perspektive », *Jusletter*, 14 avril 2020.

⁷ *Recueil systématique du droit fédéral suisse* (ci-après : *RS*), Loi fédérale n°818.101, 28 septembre 2012. Le *RS* peut être consulté en ligne [sur ce site](#).

sanitaire de portée internationale menaçant la santé de la population en Suisse. La législation fédérale prévoyant ce type de mesure, la Suisse était prête, sur le plan juridique, à faire face à la pandémie. La loi sur les épidémies actuellement en vigueur a en effet adoptée à la suite de l'épidémie du coronavirus de 2003 (crise du SRAS, syndrome respiratoire aigu sévère)⁸. La durée de validité de l'ordonnance du 28 février 2020 était limitée au 15 mars 2020.

Très rapidement, le 13 mars 2020, le Conseil fédéral a adopté une deuxième ordonnance⁹, elle-même complétée par une autre ordonnance élaborée juste après, le 16 mars¹⁰, plaçant en particulier la Suisse dans un statut de confinement partiel. Le même jour, le Conseil fédéral a qualifié la situation en Suisse d'extraordinaire au sens de l'article 7 LEp. Cette disposition habilite le gouvernement fédéral à ordonner les mesures d'urgence, d'un point de vue épidémiologique, nécessaires pour tout ou partie du pays¹¹.

La gestion de la pandémie a ainsi été centralisée entre les mains de l'exécutif fédéral. Durant cette période, la pandémie a connu son niveau le plus élevé en Suisse, avec l'enregistrement de 1 000 à 1 500 nouveaux cas d'infection par jour. Ce n'est qu'un mois plus tard, vers le milieu du mois d'avril, que le pic de la pandémie a été dépassé – le nombre de nouvelles infections, d'hospitalisations et de décès ayant alors reculé – et qu'il est devenu possible de commencer à parler d'une sortie de crise¹².

Composé de douze dispositions, le champ d'application de l'ordonnance du 13 mars 2020 est extrêmement étendu¹³. Cet instrument a en effet vocation, au nom du droit d'urgence, à ordonner des mesures visant la population, les organisations, les institutions et les cantons dans le but de diminuer le risque de transmission du coronavirus et de lutter contre sa diffusion¹⁴.

Cet objectif s'est décliné en toute une série de mesures tendant en particulier au maintien des capacités sanitaires, au rétablissement des contrôles aux frontières intérieures Schengen, à la restriction du trafic frontalier et à un vaste plan d'aide à l'économie, à la culture et au sport. Toutes les manifestations publiques ou privées, y compris les manifestations sportives et les activités associatives, ont été interdites, à l'exception des activités déployées par des établissements de première nécessité pour la population comme les magasins d'alimentation, les pharmacies, les établissements médicaux ou les offices de poste¹⁵. L'ensemble des activités présentiels dans les écoles, les hautes écoles et les autres établissements de formation a été interdit. L'ordonnance prévoyait également que les cantons pouvaient obliger les établissements hospitaliers privés à mettre leurs capacités à disposition pour accueillir des patients. Une clause pénale prévoyait une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à trois ans ou une

⁸ F. Bernard, « La loi sur les épidémies à l'épreuve du nouveau coronavirus », *Jusletter*, 30 mars 2020, n° 5 et 8.

⁹ *RO* 2020, p. 773.

¹⁰ *RO* 2020, p. 783.

¹¹ D. Wyss, « Sicherheit und Notrecht », *Jusletter*, 25 mai 2020, n°3.

¹² *Le Temps*, 23 mai 2020, p. 3.

¹³ C. Bovet, J. Bacharach, V. Delaloye, « Covid-19 and competition policy: A Swiss perspective », *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, 2/2020, p. 27.

¹⁴ F. Bernard, *op.cit.*, n° 15.

¹⁵ Sur les aspects spécifiquement économiques de ces mesures, voir l'analyse de C. Bovet, J. Bacharach et V. Delaloye, *op.cit.*, pp. 28 et ss.

peine pécuniaire en cas de contravention à certaines dispositions de l'ordonnance, érigeant du coup le gouvernement en législateur pénal¹⁶.

L'ordonnance du 16 mars 2020 a abrogé et remplacé celle du 28 février précédent. Adaptée et complétée au fil des semaines, en fonction de l'évolution de la pandémie, elle a représenté l'instrument normatif principal d'action en mains du Conseil fédéral. La validité de l'ordonnance a été arrêtée pour une durée de six mois, étant précisé que le Conseil fédéral se réservait de l'abroger totalement ou partiellement dès que les mesures qu'elle imposait n'étaient plus nécessaires.

D'autres mesures plus ponctuelles ont été adoptées par la suite, toujours à la faveur d'ordonnances complémentaires du Conseil fédéral. Le 20 mars 2020¹⁷, le Conseil fédéral a ainsi suspendu les délais applicables aux initiatives populaires et aux demandes de référendum au niveau fédéral, limitant du coup drastiquement l'exercice des droits politiques sur le plan fédéral. Une importante votation fédérale prévue le 17 mai 2020, qui concernait en particulier un vote de principe sur la poursuite de la voie des relations bilatérale entre la Suisse et l'Union européenne, a fait les frais de cette mesure, en étant reportée au mois de septembre 2020 et en excluant du même coup le déroulement de la campagne référendaire¹⁸. Le Conseil fédéral a, de même, suspendu les délais dans les procédures civiles et administratives dans la perspective d'assurer le maintien de la justice en lien avec la pandémie due au coronavirus¹⁹. Sur le plan judiciaire, de très nombreuses audiences devant les tribunaux ont été reportées au niveau des cantons²⁰; ou encore, le Conseil fédéral a renoncé temporairement à la perception d'intérêts moratoires en cas de paiement tardif d'impôts, de taxes d'incitation et de droits de douane²¹. Le 27 mars 2020, il a encore adopté un autre texte visant à atténuer les effets du coronavirus en matière de bail à loyer et de bail à ferme²². Le Conseil fédéral a aussi décidé, les 6 et 16 mars 2020, la mise sur pied de 8 000 militaires au plus pour le service d'appui afin d'assister, de soutenir et d'encadrer le système de santé avec des prestations sanitaires, en particulier de soins, de surveillance des patients, de transport sanitaire et de logistique hospitalière, jusqu'à la fin du mois de juin 2020²³. L'armée, qui en Suisse est une armée de milice au sens de l'article 58 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999²⁴, a également prêté main forte à l'administration des douanes dans le cadre de la surveillance des frontières.

Dans ce genre de cas, l'Assemblée fédérale doit approuver l'engagement de l'armée lors de sa session suivante, pour autant que la mise sur pied comprenne plus de 2 000 militaires ou qu'elle dure plus de trois semaines. Si l'engagement s'achève avant la session, le Conseil fédéral se limite à adresser un rapport à l'Assemblée fédérale. Dans le cas du service actif, l'article 185 alinéa 4 de Constitution fédérale de la Confédération suisse (ci-après : Cst.) permet aussi au Conseil fédéral de lever des troupes dans des situations d'urgence²⁵. La disposition indique que la mise sur pied de plus de 4 000

¹⁶ Article 10d) de l'ordonnance du 16 mars 2020. Sur le sujet, voir l'étude de T. Godel, « Les symptômes pénaux du COVID-19 », *Jusletter*, 22 juin 2020.

¹⁷ RO 2020, p. 847.

¹⁸ Voir sur le sujet la communication de la Chancellerie fédérale, du 1^{er} juin 2020 (FF 2020, p. 4575 et les références citées).

¹⁹ RO 2020, p. 849.

²⁰ Pour le canton de Genève par exemple, 2'400 audiences ont été reportées.

²¹ RO 2020, p. 861.

²² RO 2020, p. 1099.

²³ FF 2020, p. 1883.

²⁴ RS 101.

²⁵ *Feuille fédérale de la Confédération suisse (FF)* 1997 I, p. 427.

militaires pour le service actif ou qu'un engagement de plus de trois semaines suppose la convocation sans délai de l'Assemblée fédérale²⁶. Le 5 mai 2020, l'Assemblée fédérale a approuvé l'engagement de l'armée avec un effectif maximal de 8 000 militaires en service d'appui au profit des autorités civiles fédérales et cantonales dans le cadre des mesures destinées à lutter contre la pandémie de COVID-19, ce jusqu'au 30 juin 2020.

Les mesures d'ordre budgétaire requises par la mise en œuvre du droit d'urgence obéissent elles aussi à un statut particulier. Comme la souveraineté budgétaire revient au Parlement fédéral conformément à l'article 167 Cst., toutes les dépenses qu'engage la Confédération nécessitent l'approbation de l'Assemblée fédérale. Il arrive toutefois, en cas d'urgence, que l'obtention de l'approbation parlementaire ne soit pas possible d'un point de vue temporel. Dans ces cas, l'article 28 de la loi fédérale sur les finances de la Confédération (LFC), du 7 octobre 2005²⁷, autorise la mise en chantier d'un projet qui doit être exécuté sans délai, moyennant toutefois l'obtention de l'assentiment de la Délégation des finances des Chambres fédérales. La délégation des finances est composée de trois membres du Conseil national et de trois membres du Conseil des États issus de chacune des commissions des finances de chacun des conseils, conformément à l'article 51 alinéa 1 de la loi sur l'Assemblée fédérale, du 13 décembre 2002²⁸.

L'Assemblée fédérale doit approuver ultérieurement les engagements décidés dans l'urgence par le Conseil fédéral. Une procédure similaire est prévue pour les charges ou les dépenses d'investissement qui présentent un caractère urgent, selon l'article 34 LFC. Un intéressant rapport rendu public le 27 mai 2020 a conduit le Conseil fédéral à présenter une vision synthétique des diverses mesures que le gouvernement a édictées par voie d'ordonnance pour lutter contre la pandémie de coronavirus²⁹.

C. Le fondement constitutionnel des ordonnances du Conseil fédéral

Le fondement normatif de cette batterie imposante de mesures a reposé, dans un premier temps, sur la loi fédérale sur les épidémies, comme indiqué précédemment. Très rapidement cependant, le Conseil fédéral a fondé directement sur la Constitution fédérale, dont l'article 185 alinéa 3 habilite le gouvernement à édicter des ordonnances et à prendre des décisions en vue de parer à des troubles existants ou imminents qui menacent gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. La disposition indique que ces ordonnances doivent être limitées dans le temps, sans pour autant fixer leur durée³⁰. L'article 184 alinéa 3 Cst. contient le même type d'habilitation dans le domaine des relations de la Suisse avec l'étranger. Les ordonnances adoptées sur la base de ces dispositions doivent respecter la Constitution et, plus largement, la législation fédérale³¹.

²⁶ FF2020, p. 4555.

²⁷ RS611.0.

²⁸ RS171.10. Voir A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *op.cit.*, p. 417.

²⁹ [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](#). Le texte des diverses ordonnances de nécessité adoptées par le Conseil fédéral est accessible [sur ce site](#).

³⁰ Sur le sujet, voir le message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution, du 20 novembre 1996, *Feuille fédérale de la Confédération suisse* FF, 1997 I, p. 426. La *Feuille fédérale* peut être consultée en ligne [sur ce site](#).

³¹ J.-F. Aubert, P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Schulthess, Zurich 2003, p. 1404.

La première ordonnance du Conseil fédéral a ainsi déployé ses effets du 28 février au 13 mars 2020 et celle qui a suivi, en fonction de ses dispositions, du 13 mars pour une durée maximale de six mois. L'article 7d) alinéa 2 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, du 21 mars 1997³², encadre les pouvoirs du Conseil fédéral et précise le régime juridique applicable à ce genre d'acte. La disposition rend caduques les ordonnances adoptées en application de l'article 185 alinéa 3 Cst. dans un délai de six mois si le Conseil fédéral n'a pas soumis à l'Assemblée fédérale un projet établissant la base légale du contenu de l'ordonnance ou un projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale. Le 29 avril 2020, le Conseil fédéral a pris les mesures en vue de préparer un projet de loi urgente de durée limitée contenant les bases légales des ordonnances visant à surmonter l'épidémie de coronavirus³³.

Ce système de confirmation ou de ratification parlementaire a été introduit dans la loi fédérale à la suite en particulier de la recapitalisation d'un important institut bancaire helvétique qui avait été décidée lors de la crise financière de 2008³⁴. Ces exigences tendent à transférer dans le droit ordinaire les mesures adoptées par le Conseil fédéral dans le cadre du droit d'exception dicté par l'urgence. Tel n'est en revanche pas le cas, on l'aura compris, en ce qui concerne les mesures adoptées par le Conseil fédéral pour une durée d'emblée limitée à six mois. Dans ce contexte, l'urgence ménage les coudées franches à l'exécutif³⁵.

D. Les compétences de l'Assemblée fédérale

L'Assemblée fédérale dispose elle aussi de prérogatives qui lui permettent d'agir en cas de situation de nécessité. L'article 173 alinéa 1c) Cst. attribue à l'organe législatif fédéral une compétence parallèle à celle dont bénéficie le Conseil fédéral pour adopter des normes par voie d'ordonnance ou, s'agissant d'actes de nature décisionnelle, des arrêtés fédéraux simples³⁶. Le point commun de ces deux types d'actes est d'échapper au référendum populaire.

Dans l'exercice de cette compétence concurrente entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral, ce sont les dispositions prises par la première qui priment³⁷. En particulier, le Conseil fédéral ne peut faire usage de sa compétence que lui attribue la Constitution que si l'Assemblée fédérale n'a pas elle-même fait usage de la sienne³⁸. Cette primauté découle du texte de l'article 148 alinéa 1 Cst., qui dispose que l'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération, sous réserve des droits du peuple et des cantons³⁹.

³² RS172.010.

³³ Rapport du Conseil fédéral du 27 mai 2020, *op.cit.*, p. 5.

³⁴ Voir le rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 5 février 2010, à propos de l'initiative parlementaire, « Sauvegarde de la démocratie, de l'État de droit et de la capacité d'action dans les situations extraordinaires », FF2010, p. 1431. L'avis du Conseil fédéral est publié à la FF2010, p. 2565.

³⁵ Voir les développements de P. Mahon, *Droit constitutionnel*, vol. I, *Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3^e éd., Schulthess, Bâle, 2014, p. 250.

³⁶ A. Stöckli, « Bundesrat und Bundesverwaltung », in O. Diggelmann et al. (éd.), *op.cit.*, vol. III, p. 1745.

³⁷ Daniel Moeckli, « Sicherheitsverfassung », in O. Diggelmann et al. (éd.), *op.cit.*, vol. III, p. 2272 ; J.-F. Aubert, P. Mahon, *op.cit.*, p. 1402.

³⁸ FF1997 I, p. 426.

³⁹ J.-F. Aubert, P. Mahon, *op.cit.*, p. 1157, qui relèvent le caractère théorique de cette primauté de l'Assemblée fédérale, dès lors que dans des circonstances où la sécurité du pays serait menacée, c'est toujours le Conseil fédéral qui agirait, l'Assemblée fédérale se bornant à l'approuver.

L'article 165 Cst. aménage également la possibilité pour l'Assemblée fédérale d'adopter des lois formelles, dotées d'un dispositif urgent, mais seulement pour une durée limitée, qui n'est pas non plus prévue par la Constitution. Le caractère urgent de la loi obéit à un vote qualifié aux Chambres, qui doit réunir une majorité des voix des membres (et pas seulement des parlementaires présents) au sein de chacun des deux Conseils, soit 101 voix au Conseil national et 24 au Conseil des États. Ces lois n'échappent pas au référendum populaire, si leur durée est supérieure à une année. Le référendum reste en pareille hypothèse possible. Comme l'urgence suppose toutefois l'entrée en vigueur de la loi immédiatement après son adoption par l'Assemblée fédérale, le référendum présente en l'occurrence la particularité de frapper un texte qui est déjà appliqué. C'est pourquoi ce type de référendum ne déploie qu'un effet résolutoire ou abrogatif, par opposition au référendum usuel, qui déploie un effet suspensif. En tout état, la loi urgente déploie ses effets pendant une année au moins. Elle ne peut être renouvelée si elle a essuyé un rejet en votation populaire⁴⁰.

Couplé aux compétences dont bénéficie le Conseil fédéral, cet ensemble constitutionnel représente les bases du droit d'urgence en Suisse⁴¹.

E. Le statut juridique des ordonnances

Les ordonnances dites de police, qu'elles émanent du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale, ne sont guère fréquentes dans le paysage constitutionnel suisse. Elles sont qualifiées d'ordonnances indépendantes de substitution, en tant qu'elles reposent directement sur la Constitution fédérale et qu'elles sont dotées d'un contenu composé de normes primaires complétant ou remplaçant la législation⁴², c'est-à-dire des règles de droit qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences et qui, en principe, devraient trouver leur source dans la Constitution ou dans une loi votée par le Parlement fédéral⁴³.

Adoptées au titre de l'urgence, ce genre d'ordonnance est fondé, depuis le premier conflit mondial de 1914, sur le pouvoir général de police du Conseil fédéral tel que l'énoncent à présent les articles 184 et 185 Cst.⁴⁴. Elles détonnent singulièrement dans le paysage constitutionnel suisse, caractérisé comme nous l'avons vu par la primauté du Parlement et par le contrôle auquel les normes que celui-ci adopte. Celles-ci sont en effet soumises au référendum populaire qu'institue l'article 141 Cst., lequel permet, à la demande de huit cantons ou de 50 000 citoyennes ou citoyens, au peuple de se prononcer sur les lois adoptées par l'Assemblée fédérale.

Les ordonnances du Conseil fédéral ne sont, en premier lieu, pas édictées dans le cadre de la procédure parlementaire ordinaire, où le peuple et les cantons sont représentés à travers les députées et les députés qu'ils ont élus au Conseil national et du Conseil des États. Comme indiqué précédemment, ces ordonnances ne sont, en deuxième lieu, pas tributaires du référendum populaire. Elles échappent par conséquent à toute forme de contrôle démocratique direct, alors même qu'elles sont susceptibles de contenir des normes qui affectent de manière incisive les droits individuels. Elles ne peuvent pas non

⁴⁰ Sur le sujet, voir A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *op.cit.*, p. 521.

⁴¹ D. Moeckli, *op.cit.*, p. 2272.

⁴² *FF*1997 I, p. 426.

⁴³ A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *op.cit.*, pp. 539 et 550.

⁴⁴ A. Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne. L'évolution institutionnelle de la Confédération et des cantons depuis 1848*, Stämpfli, 2013, p. 627 ss. et 719 ss. ; J.-F. Aubert, P. Mahon, *op.cit.*, p. 1395 ; voir également J.-F. Aubert, *op.cit.*, p. 545 et les références citées.

plus, en troisième lieu, être attaquées devant le Tribunal fédéral, l'article 189 alinéa 4 Cst. faisant ouvertement obstacle à toute forme de contrôle abstrait de la constitutionnalité des actes normatifs de rang fédéral⁴⁵. Un arrêt prononcé le 15 avril 2020, à propos précisément d'un recours exercé directement contre l'ordonnance adoptée le 13 mars précédent par le Conseil fédéral et demandant l'annulation de cet acte, a permis au Tribunal fédéral de rappeler cet important élément institutionnel⁴⁶. La notion, la déclaration du régime de l'urgence, l'évaluation de l'atteinte à l'ordre public et les mesures que fonde son respect échappent ainsi à tout contrôle juridictionnel direct. C'est pourquoi, afin de limiter leurs effets, la durée des ordonnances de nécessité est limitée dans le temps, l'Assemblée fédérale conservant de surcroît un droit de regard sur le financement des mesures qu'elles contiennent et leur utilisation⁴⁷.

F. Le régime en place au niveau des cantons

Le régime d'urgence est également présent au niveau des cantons, conformément à la structure fédérale que connaît la Suisse⁴⁸. Ces derniers disposent en conséquence de compétences étendues, sur le plan aussi bien normatif que décisionnel, en matière de sécurité, en particulier dans le domaine policier lié à la protection de l'ordre public⁴⁹. Les deux niveaux d'action de l'État, fédéral et cantonal, fonctionnent en principe sur une base de complémentarité : l'article 57 Cst. invite explicitement les autorités fédérales et cantonales à coordonner leurs efforts en matière de sécurité intérieure⁵⁰.

À Genève par exemple, l'article 113 de la Constitution du 14 octobre 2012⁵¹ (Cst. GE) habilite le Conseil d'État, Gouvernement cantonal, à prendre les mesures nécessaires pour protéger la population en cas de catastrophe ou d'autre situation extraordinaire. Le Conseil d'État doit informer le Grand Conseil, Parlement du canton, des mesures qu'il adopte dans ce contexte. Ces mesures restent valables lorsque le Grand Conseil les approuve. À défaut, elles cessent de déployer leurs effets après une année au plus tard. C'est sur la base de cette disposition constitutionnelle que le Conseil d'État genevois a fondé son action pour lutter contre la pandémie du coronavirus. L'exécutif cantonal a adopté toute une série de mesures touchant aussi bien à l'action de l'État qu'aux droits des justiciables, parallèlement ou à titre complémentaire par rapport aux mesures édictées sur le plan national par le Conseil fédéral⁵².

⁴⁵ Sur le sujet, v. M. Hottelier, « La juridiction constitutionnelle fédérale », in O. Diggelmann, et al. (éd.), *op.cit.*, vol. II, p. 1105.

⁴⁶ Arrêt 2C_280/2020 ; une demande de révision présentée contre cet arrêt a été rejetée le 27 avril 2020, arrêt 2F_7/2020. Sur l'absence de compétence du Tribunal fédéral pour statuer de manière directe contre les ordonnances du Conseil fédéral, voir déjà *Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse* 137 II 431, 442 consid. 3.2.1, du 15 juillet 2011. Le texte des arrêts du Tribunal fédéral suisse peut être consulté en ligne [sur ce site](#).

⁴⁷ A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *op.cit.*, p. 550.

⁴⁸ A. Auer, *Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Stämpfli, Berne, 2016, p. 301.

⁴⁹ F. Bernard, « La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en situation de pandémie », *Revue de droit suisse*, 2020 (numéro spécial), pp. 58 et ss ; D. Moeckli, *op.cit.*, pp. 2263, 2266 et 2269 et les références citées.

⁵⁰ L'article 1a) de l'ordonnance du Conseil fédéral du 16 mars 2020 indique que les cantons conservent leurs compétences, sauf disposition contraire de ladite ordonnance (*RO* 2020, p. 783).

⁵¹ *RS* 131.234.

⁵² Voir par exemple l'[arrêté du Conseil d'État genevois du 20 avril 2020](#) interdisant les visites dans les hôpitaux et les établissements médico-sociaux.

II. Le statut des droits fondamentaux

A. Les droits fondamentaux

La Constitution fédérale contient, en ses articles 7 à 36, un catalogue détaillé de droits fondamentaux. Composé de libertés, de garanties de l'État de droit, des droits politiques et de droits sociaux, ce catalogue intègre les valeurs de base de l'État libéral fondé sur le respect du droit, de l'État démocratique et social⁵³. C'était d'ailleurs l'un des objectifs majeurs de la révision totale de la Constitution, qui a conduit à l'adoption de la loi fondamentale du 18 avril 1999, que de mettre à jour le droit constitutionnel, en concrétisant en particulier les nombreux enseignements issus de la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁴.

L'article 35 Cst. dispose que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique ; quiconque assume une tâche de l'État est tenu de les respecter et de contribuer à leur réalisation. Ces garanties doivent par conséquent être respectées aussi bien par la Confédération que par les autorités cantonales.

B. Les droits fondamentaux face à la crise sanitaire

Les droits fondamentaux sont lourdement impactés par le régime du droit d'urgence. La rhétorique traditionnelle fondée sur les notions bien connues de liberté/sécurité, garantie/restriction, respect/violation ne joue ici que de manière imparfaite, face aux bouleversements qu'induisent des mesures telles que le confinement, le contrôle et la justification des déplacements, la mise à l'arrêt des droits démocratiques, la cessation ou la limitation drastique de secteurs entiers de l'économie⁵⁵, la mise en quarantaine de la vie sociale ou encore les mesures de détection et de traçage des personnes potentiellement exposées au coronavirus.

L'objectif, dans ce dernier cas, consiste à pouvoir retracer de manière cohérente les chaînes de transmission, à isoler les personnes infectées et à placer leurs proches en quarantaine à l'aide de mesures de traçage ciblé et systématique des contacts, effectué par les services des médecins cantonaux. Ainsi, un contrôle à long terme de l'épidémie devient, selon le Conseil fédéral, possible. Les mesures prises dans ce cadre visent à empêcher toute nouvelle propagation et toute hausse significative du nombre de nouvelles contaminations durant une longue période⁵⁶.

⁵³ A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, *Les droits fondamentaux*, *op.cit.*, pp. 5 et ss.

⁵⁴ M. Hottelier, « La multiplication des garanties et des juges dans la protection des droits fondamentaux : coexistence ou conflit entre les systèmes constitutionnels internationaux et régionaux ? Évolution d'une décennie – Rapport suisse », *AJJC*, 2013, vol. 29, pp. 436 et ss et les références citées.

⁵⁵ Voir par exemple l'ordonnance du Conseil fédéral du 8 mai 2020 instituant des mesures transitoires à l'égard des restaurants (*RO* 2020, p. 1499).

⁵⁶ Voir par exemple l'ordonnance du Conseil fédéral du 13 mai 2020 instituant un essai pilote d'un système de traçage de proximité durant une période limitée au 30 juin 2020, visant à informer les personnes potentiellement exposées au nouveau coronavirus (*RO* 2020, p. 1589). Le 20 mai 2020, soit une semaine plus tard, le Conseil fédéral a déposé devant l'Assemblée fédérale un projet de loi urgente au sens de l'article 165 Cst. modifiant la LEp, en vue de créer une base légale spécifique instaurant un système de traçage de proximité en lien avec le coronavirus (*FF* 2020, p. 4361). La loi a été adoptée en urgence par l'Assemblée fédérale le 19 juin 2020, pour entrer en vigueur le lendemain, avec effet jusqu'au 30 juin 2022 (*RO* 2020, p. 2191).

Des garanties telles que la liberté personnelle, le droit au respect de la vie privée et la protection des données⁵⁷, la liberté de réunion, la liberté économique ou les droits politiques subissent des restrictions majeures en cas d'état de nécessité, même si ces dernières sont destinées à n'être que temporaires⁵⁸. Le droit suisse ne connaît pas, cela étant, de clause telle que l'article 15 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), qui aménage un dispositif de dérogation aux droits fondamentaux en période de crise. La Suisse n'a d'ailleurs pas activé cette disposition au cours de la crise générée par la pandémie de la Covid-19. Aussi, les droits fondamentaux continuent-ils, en principe du moins, à déployer leurs effets dans le contexte du droit d'urgence, ce dernier ne pouvant théoriquement pas déroger à la Constitution⁵⁹. On se doute toutefois que les mesures générales de restriction prévues à l'article 36 Cst., qui supposent l'existence d'une base légale, d'un motif légitime et le respect du principe de la proportionnalité, s'appliquent alors dans un contexte nécessairement plus souple⁶⁰. L'article 36 alinéa 1 Cst. permet d'ailleurs de fonder des restrictions aux droits fondamentaux même en l'absence de toute espèce de base légale en cas de danger sérieux, direct et imminent⁶¹. La clause générale de police, ainsi qu'on l'appelle, permet ainsi de suppléer l'absence de base légale⁶².

C. Le rôle de la juridiction constitutionnelle

Comme indiqué précédemment, les ordonnances adoptées par le Conseil fédéral en application de l'article 185 alinéa 3 Cst. doivent respecter les droits fondamentaux. Pour être fondées directement sur la Constitution fédérale, elles sont passibles d'un contrôle que le Tribunal fédéral exerce sur recours de manière concrète, c'est-à-dire à l'occasion de leur mise en œuvre au travers de décisions dotées d'une portée individuelle⁶³. La Haute Cour dispose du pouvoir de contrôler leur conformité au droit supérieur, le motif d'intérêt public qui les fonde tout comme le respect du principe de la proportionnalité, via en particulier ses composantes d'aptitude, de nécessité et de proportionnalité au sens étroit⁶⁴.

En raison toutefois du contexte qui entoure leur élaboration et de leur contenu éminemment politique, le contrôle des juges est limité, le Tribunal fédéral affichant en la matière une prudence et une retenue particulières⁶⁵. La mise en œuvre du principe de la proportionnalité subit ainsi une certaine forme d'élasticité, même si l'article 5 alinéa 2 Cst. l'énonce de manière générale comme maxime de base d'action de l'État et si l'article

⁵⁷ Sur le sujet, voir les propos de S. Pasquier, « Les dérapages de la surveillance », *Plaidoyer. Revue juridique et politique*, 2020, p. 51, qui souligne en particulier les risques d'erreur de l'application de traçage Covid-19 et l'absence de garantie qu'elle comporte au niveau de la sécurité du système, lequel n'exclut pas que les informations recueillies soient utilisées à d'autres fins que celles initialement prévues. La pertinence du propos tranche singulièrement avec le message du Conseil fédéral précité qui, pour ce qui concerne le respect des droits fondamentaux, se contente d'affirmer sans aucune analyse que le projet de loi répond au droit à la sphère privée de la CEDH et du Pacte II (FF2020, p. 4378).

⁵⁸ B. Märkli, *op.cit.*, n° 30.

⁵⁹ A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *op.cit.*, vol. I, p. 551.

⁶⁰ Sur le sujet, voir en particulier J. Dubey, *Droits fondamentaux*, vol. I, *Notion, garantie, restriction et juridiction*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Bâle, 2017, pp. 121 et ss.

⁶¹ F. Bernard, « État de droit et situations extraordinaires », *op.cit.*, p. 989.

⁶² J. Dubey, *op.cit.*, p. 190 ; D. Moeckli, *op.cit.*, p. 2272.

⁶³ J.-F. Aubert, P. Mahon, *op.cit.*, p. 1448.

⁶⁴ Sur le sujet, voir B. Rüttsche, « Verhältnismässigkeitsprinzip », in Oliver Diggelmann et al (éd.), *op.cit.*, vol. II, pp. 1053 et ss.

⁶⁵ A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *op.cit.*, p. 551.

36 alinéa 3 Cst. rappelle son importance au titre des conditions de restriction des droits fondamentaux. Après épuisement des voies de recours internes, l'application de ces ordonnances est par ailleurs passible du contrôle qu'exerce la Cour européenne des droits de l'homme, dans la mesure où les droits et garanties de la CEDH sont affectés⁶⁶.

Dans l'affaire citée en introduction à la présente contribution, la Cour constitutionnelle genevoise avait à juger la question du report de l'élection des exécutifs dans certaines communes du canton. Un premier tour avait eu lieu le 15 mars 2020. La crise de la Covid-19 ayant commencé à révéler son ampleur entretemps, la question du maintien du second tour pour les sièges en ballottage fut posée. Lors du premier tour, 24 communes avaient renouvelé intégralement leur exécutif. Un second tour s'est par contre révélé nécessaire dans les 21 autres communes, dont plusieurs comptaient des villes fortement peuplées comme Genève, Vernier ou Onex.

Le Conseil d'État genevois décida, par un arrêté daté du 23 mars 2020, de maintenir l'élection prévue le 5 avril suivant, en interdisant toutefois le vote à l'urne, afin d'éviter les déplacements et les contacts entre les membres du corps électoral. Seul le vote par correspondance fut par conséquent autorisé, ce qui représente une forme de limitation non négligeable du droit d'élire protégé par la Constitution tant fédérale que cantonale. Un arrêté ultérieur rendit possible la récolte des enveloppes de vote auprès des titulaires de droits politiques vulnérables par des agents de la police municipale. Un recours fut exercé contre le maintien du second tour pour violation des droits politiques au sens des articles 34 Cst. et 44 Cst. GE.

Dans l'arrêt qu'elle a prononcé le 1^{er} avril 2020⁶⁷, la Cour constitutionnelle genevoise a rappelé que, même si elles ne sont soumises qu'à un contrôle juridictionnel limité, les mesures adoptées dans le contexte du droit d'urgence doivent quand même respecter le principe de la proportionnalité. Ces mesures doivent par conséquent porter le moins atteinte possible à l'ordre constitutionnel et légal, c'est-à-dire aux règles qui régissent, en l'occurrence, l'élection, mais aussi de manière plus générale aux droits politiques des citoyennes et des citoyens. Sur le plan méthodologique, il s'agit, a ajouté la Cour, d'effectuer dès lors une pesée des intérêts en présence entre les deux solutions possibles.

La Cour a, sur cette base, procédé au recensement des avantages respectifs en faveur du maintien ou du report du second tour des élections municipales genevoises, pour les comparer et en inférer quelle mesure portait globalement le moins atteinte à l'ordre juridique. À l'avantage, par exemple, d'un report de l'élection permettant le déroulement usuel de la campagne électorale sous l'angle des libertés d'expression et de réunion en vue de permettre la libre formation de la volonté du corps électoral, la Cour a opposé les problèmes institutionnels qu'un report de plusieurs mois aurait occasionné dans les communes concernées. Elle a, au final, considéré que le maintien du second tour devait être privilégié par rapport aux difficultés d'ordre juridique et institutionnel qu'un report aurait pu entraîner, toutes les mesures permettant un exercice effectif du droit de vote ayant par ailleurs été prises par le Conseil d'État. La Chambre constitutionnelle a en conséquence rejeté le recours.

⁶⁶ Voir sur ce point l'arrêt de la Cour EDH [Nada c. Suisse, 12 septembre 2012](#) (GC), à propos des mesures appliquées par les autorités suisses dans le cadre de la lutte anti-terroriste décidée par les Nations Unies à l'encontre d'un homme d'affaires domicilié dans l'enclave italienne de Campione, ayant pour effet de bloquer ses avoirs et de lui faire interdiction de pénétrer sur le territoire helvétique.

⁶⁷ Arrêt de la Chambre constitutionnelle de la Cour de justice de la République et canton de Genève (ACST/12/2020) dans la cause [A/1000/2020-ELEVOT](#), 1^{er} avril 2020.

Une autre problématique intéressante concerne le statut des personnes privées de liberté durant la période de pandémie, en lien avec les risques de transmission du virus à l'intérieur d'un environnement pénitentiaire très strictement confiné. Le Tribunal fédéral a été confronté à cette question à l'occasion d'une affaire jugée le 26 mai 2020⁶⁸. La Haute Cour a en l'occurrence débouté un détenu qui sollicitait sa libération, moyennant des mesures de substitution, en invoquant notamment les risques de transmission de coronavirus au sein de l'établissement dans lequel il était incarcéré. Les juges fédéraux ont indiqué que la détention avant jugement doit prendre fin lorsque son effet sur le prévenu ne se trouve pas dans un rapport raisonnable avec son but. Cette mesure s'avère d'autant moins compatible avec la garantie de la liberté personnelle et le principe de la proportionnalité que l'intérêt à son maintien est plus faible et qu'elle pourrait causer au prévenu un dommage durable et important. Il importe, selon le Tribunal fédéral, de procéder dans chaque cas à la pesée des intérêts contradictoires, celle-ci devant prendre en considération notamment le but de la détention, les risques d'une atteinte à la santé et la possibilité de traitement médical en milieu carcéral. Le Tribunal fédéral a précisé que la pandémie du coronavirus ne faisait pas obstacle à la détention provisoire ou pour des motifs de sûreté, pour autant que les lignes directrices de l'Organisation mondiale de la santé sur la lutte contre la pandémie et les mesures et recommandations de l'Office fédéral de la santé publique en la matière soient respectées. Tout en soulignant qu'un courant doctrinal préconise un recours plus large aux mesures de substitution à la privation de liberté lorsque cela est possible, en particulier dans les situations de surpopulation carcérale ou en faveur des personnes vulnérables⁶⁹, l'absence de tout élément propre à confirmer la présence de cas déclarés de coronavirus parmi les détenus ou le personnel de l'établissement en cause était insuffisant à constituer un motif de libération. Les juges fédéraux se sont sur ce point référés à une autre affaire, qu'ils avaient jugée le 28 avril 2020⁷⁰, dans laquelle ils avaient relevé que la seule évocation de la situation dans les prisons suisses depuis la pandémie du coronavirus ne constituait pas, à elle seule, un motif de libération.

Conclusion

Les mesures prises par les pouvoirs publics en période d'urgence ou de nécessité révèlent, un peu à l'image du négatif d'une photographie, un autre visage de la Constitution. « Institutions, normes, libertés » comme on disait naguère en France⁷¹, celui d'un « *schönes Wetter Program* », un programme de beau temps, favorable à la liberté, à la paix et la sécurité civiles, sur la base du libre jeu des forces démocratiques, qui déroule son cortège d'institutions agencées dans un ordre logique.

⁶⁸ Arrêt 1B_220/2020.

⁶⁹ Voir S. Huwiler, J. Weber, « Corona-Pandemie: Dringliche strafprozessuale Fragen in Haftfällen », *Jusletter*, 18 mai 2020, n° 31-33 et 43, qui insistent sur le respect du principe de la proportionnalité dans le contexte des restrictions à la liberté personnelle et la protection de la santé. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral s'est également référé à la déclaration de principes relative au traitement des personnes privées de liberté dans le contexte de la pandémie de coronavirus (COVID 19) élaborée par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe du 20 mars 2020.

⁷⁰ Arrêt 1B_160/2020.

⁷¹ L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, 22^e éd., Dalloz, Paris 2020, p. 2.

La crise sanitaire aiguë que la Suisse et de nombreux autres États ont connue avec la Covid-19 s'approche plutôt du gros temps, synonyme d'une période difficile, qui voit l'efficacité et la cohérence de l'action étatique passablement mises à mal. La mécanique savamment huilée et les réflexes classiques d'un droit constitutionnel qui s'écoule comme un long fleuve tranquille sont, eux aussi, passablement bousculés. Sur ce terrain, la crise de la Covid-19 a heurté de front plusieurs chapitres centraux du droit de l'État et des libertés helvétiques : le fédéralisme, la démocratie directe, la séparation des pouvoirs, les institutions financières, sans oublier bien entendu le régime applicable aux droits fondamentaux. Le débat politique traditionnel est, ici, très largement supplanté par l'avis des experts médicaux au service du gouvernement, sur le plan tant fédéral que cantonal.

L'histoire devrait pourtant retenir que le souci constant du Conseil fédéral a consisté, durant toute cette période, à placer le respect du droit à la vie, la protection de la santé et celle de la population dans son ensemble au cœur de l'action qu'il a conduite au titre du droit d'urgence. Le droit à la vie et la protection de l'intégrité physique protégés par l'article 10 Cst., en lien avec le respect de la dignité humaine qu'énonce l'article 7 Cst., sont des droits fondamentaux parmi les plus essentiels, dont le gouvernement fédéral – et, à leur niveau, ceux des cantons – se sont employés à assurer le respect, la protection et la mise en œuvre au sens de l'article 35 Cst., d'autres préoccupations sociétales majeures comme l'économie, la mobilité, la finance ou encore le marché de l'emploi étant temporairement sinon stoppées, du moins reléguées en secondes priorités. On peut sans doute voir dans cet épisode une illustration de la phrase du préambule de la Constitution fédérale, selon laquelle « la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres ».