

COVID et droit pénal : les mutations de la répression

Marion LACAZE¹

Une question, posée en ces termes par le professeur Fabre-Magnan, traverse différentes contributions présentes dans cet ouvrage : l'Etat de droit est-il malade du Covid-19² ? Le recours à l'état d'urgence³, d'abord, puis à un droit spécial des « menaces sanitaires graves », fait en effet, et sans aucun doute, écho à l'état d'urgence sécuritaire qu'a connu la France entre 2015 et 2017, avant que certaines mesures ne soient intégrées dans le droit commun du code de la sécurité intérieure⁴. Plus largement, les crises induites par la menace terroriste et par la pandémie de coronavirus ont eu en commun de voir largement mobilisé le champ lexical de la guerre⁵. Chacun se souvient des solennels « nous en sommes en guerre » des présidents Hollande en 2015, et Macron en 2020. Déjà discuté, et discutable, en matière terroriste, le rapprochement de ces situations de crise avec une situation de guerre peut paraître encore plus incongru ici... Comment faire la guerre à un virus ? Va-t-on négocier un cessez-le-feu, un armistice, une capitulation ? On avait alors pu penser que cette rhétorique n'avait d'autre fonction que de communication politique, pour alerter sur la gravité de la situation, et convaincre d'une lutte « totale » face à une menace exceptionnelle. Certains avaient même pu rejeter tout rapprochement entre ces deux types d'état d'urgence.

S'agissant du droit pénal lui-même, il est vrai qu'à première vue, tout sépare les réponses apportées aux deux menaces. Alors que l'état d'urgence sécuritaire se caractérise essentiellement par l'adoption de mesures coercitives en dehors du droit pénal, et par une mise à l'écart du juge judiciaire, l'état d'urgence sanitaire s'est reposé sur une conception beaucoup plus classique du droit pénal : celui d'un droit sanctionnateur, qui tend simplement à renforcer, par sa sanction particulière qu'est la peine, l'effectivité d'obligations ou interdictions posées par une autre branche du droit, ici le droit administratif. S'agissant de garantir la santé publique, le recours à la police administrative est en effet naturel, et le renfort du droit pénal « gendarme du droit », tout à fait habituel. Le droit pénal n'est que le bâton qui frappe celui qui ne respecte pas les mesures préventives destinées à préserver la santé publique. La technique législative qui en découle, celle d'incriminations par référence, est ainsi bien connue du droit pénal, pour être fréquente dans de nombreux domaines : droit de l'environnement, droit du travail, droit commercial, droit des étrangers...etc...et bien sûr,

¹ Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles, ISJC (EA 4601), Université de Bordeaux, membre de l'OPPEE.

² Muriel Fabre-Magnan, *Le Figaro, Vox*, 21 décembre 2021.

³ Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*.

⁴ V. la contribution de Pauline Gervier *supra* et, not. *La sortie de l'état d'urgence*, dir. Pauline Gervier, IFJD, Colloques & Essais, 2020.

⁵ V. not. *L'hypothèse de la guerre contre le terrorisme : implications juridiques*, dir. Julie Alix et Olivier Cahn, Dalloz, Rhèmes et commentaires, 2017.

droit de la santé publique⁶. Tout un pan du droit pénal, disséminé dans différents codes, s'éloigne ainsi de la conception d'un droit pénal protégeant directement les intérêts essentiels des individus et de la société, ce « droit pénal nucléaire » pour l'essentiel contenu dans le code pénal. Dans le droit pénal sanctionnateur, point d'autonomie normative : il s'agit simplement de sanctionner par une peine le non-respect d'obligations posées par d'autres branches du droit, le plus souvent techniques. C'est d'ailleurs cette technicité, qui requiert de la précision et des adaptations aux évolutions de ces domaines, qui justifie le recours à la technique législative des incriminations par référence ou par renvoi.

Par ailleurs, il semble difficile d'identifier ici les mécanismes caractéristiques d'un « droit pénal de l'ennemi » tel que nous le connaissons en matière de lutte contre le terrorisme. Sans doute certains « anti-passe » se sont-ils considérés comme mis au ban de la société voire comme des « sous-citoyens »⁷. Sans doute, également, certaines mesures prévues par les textes telles que le maintien à l'isolement peuvent-elles être rapprochées de mesures d'assignation à résidence connues de la police administrative coercitive. Pour autant, il semble difficile d'assimiler l'impossibilité de fréquenter les lieux ou modes de transport, et même l'interdiction d'exercer certaines professions, à une dépersonnification au sens des doctrines du « droit pénal de l'ennemi »⁸.

Confronté à une pandémie menaçant gravement la santé publique, en constante évolution depuis plus de deux ans, entre « vagues » et reflux épidémiques, il n'est ni étonnant, ni sans doute contestable sur le principe, que le gouvernement puis le parlement se soient tournés vers cette technique d'incrimination. C'est en effet une menace diffuse qu'il faut combattre, et la précaution pouvait être de mise face aux incertitudes sur les chaînes de causalité, qu'il faut savoir identifier pour s'inscrire dans le domaine de la prévention et, en cas de réalisation du risque, des infractions d'imprudence. Si les connaissances scientifiques sur les modes de propagation et de contamination s'affinent, elles ont pu – et demeurent- en partie difficiles à identifier et hiérarchiser en termes de risque. On comprend alors que, sans que l'application du droit commun – même nucléaire – ne soit exclu, il ait été jugé nécessaire de recourir à la police administrative pour définir les règles destinées à endiguer la pandémie, et au droit pénal pour en assurer l'effectivité.

⁶ V. not. *Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale*, *Droit pénal*, septembre 2013, et not. Elisa Baron, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », dossier 2.

⁷ V. à cet égard, *supra*, les résultats de l'étude menée par Éric Rouby.

⁸ Sans minimiser l'importance de la coercition exercée par la police administrative de la crise sanitaire, ni nier le sérieux des interrogations relatives à la nécessité et la proportionnalité de ces mesures, la différence fondamentale réside dans l'identification de l'ennemi. Le droit pénal de l'ennemi poursuit en effet l'objectif de neutralisation du risque constitué par un individu à l'égard duquel on estime que ne peuvent être nourries aucune attente normative ni espoir de réintégration sociale. Ici, et malgré les propos « provocateurs » qui ont pu être tenus par certains responsables politiques, la rhétorique guerrière vise le seul virus, dont les personnes ne sont que le vecteur de propagation, et dont les politiques publiques n'ont pas abandonné l'espoir d'orienter le comportement dans le sens d'un respect des normes sanitaires, y compris en incitant à leur réintégration dans les sphères sociales dont ils avaient pu être exclus (v. *infra* IIB).

On pourrait certes relever un paradoxe entre ce large recours au droit pénal, y compris à des qualifications délictuelles punies d'emprisonnement, durant une période où la priorité semblait être de vider les prisons... On se souvient en effet d'une baisse considérable du nombre de personnes détenues pendant les premiers temps de la crise⁹, et ce malgré les très discutables – et finalement écartées – prolongations automatiques de détentions provisoires¹⁰. Depuis l'été 2020, toutefois, ces différentes considérations se sont effacées au profit d'un « retour à la normale¹¹ » qui n'est certainement pas sans poser question quant au risque sanitaire encouru par les personnes privées de liberté, en milieu carcéral ou non. Maître Souty nous en parlera s'agissant de la rétention des étrangers¹², et une étude d'envergure est en cours à l'Université de Bordeaux sur le Covid en prison¹³.

Ce sont alors essentiellement les aspects de la répression relatifs aux personnes qui enfreignent les obligations sanitaires qui nous intéresseront, que ce soit par un comportement positif ou par l'omission de prendre les mesures nécessaires alors qu'elles en avaient le devoir en vertu d'obligations fonctionnelles de sécurité. Cela pourra nous mener à observer un glissement entre logique de prévention, par une anticipation de la répression, et logique de précaution, en principe exclue du champ pénal, mais qui s'y trouve introduite par le truchement d'une police administrative pénalement sanctionnée. Nous insisterons toutefois davantage sur les mutations plus spécifiques que l'on a pu observer sur le versant pénal de la lutte contre l'épidémie. Qu'il s'agisse des pouvoirs exécutif ou législatif, ou de certains membres du parquet, la période aura en effet été marquée par une certaine créativité dans les conditions et la mise en œuvre de la répression. Celle-ci dépasse, semble-t-il la nécessaire adaptation à l'évolution de la situation, et affecte, selon les mécanismes étudiés, plus ou moins profondément certains principes essentiels du droit pénal tels que les principes de légalité et de prévisibilité de la répression, la présomption d'innocence et le droit à un recours juridictionnel effectif. De façon plus surprenante, on a également été amenés à s'interroger sur le principe d'égalité devant la loi, sur la normativité de certaines dispositions ou sur le principe d'autorité de la chose jugée. Au-delà de la création d'infractions spécifiques, ce sont plus largement les règles d'engagement de la responsabilité pénale qui peuvent se trouver affectées. L'« agilité » dans la réponse à l'épidémie conduit, en effet, à observer une importante mutation des infractions pénales (I) adoptées et, dans une moindre mesure, une mutation de la responsabilité pénale (II).

⁹ V. not. faisant état d'une baisse de 15% du nombre de détenus en cinq semaines, *Covid-19 : deuxième rapport d'étape*, Rapport d'information n° 608 (2019-2020) de M. Philippe Bas *et al.*, 8 juillet 2020, p. 68 et s.

¹⁰ V. art. 16 de l'Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 ; CE, 3 avril 2020, n° 439894 ; Cass. Crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971 et n° 20-81.910 ; Cons. const. n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021.

¹¹ V. CGLPL, *Rapport d'activité 2021*, qui évalue le niveau de surpopulation équivalent à celui antérieur à la crise sanitaire.

¹² V. la contribution de Vincent Souty *infra*.

¹³ V. not. L'étude en cours *La prise en compte du climat pénitentiaire par la règle de droit dans le contexte Covid-19*, dir. Evelyne Bonis et Virginie Peltier, Université de Bordeaux, Département Droit et Transformations Sociales.

I/ La mutation des infractions pénales

Si les passes, sanitaire puis vaccinal, ont pu constituer la "carotte" permettant l'accès aux loisirs dans la population générale¹⁴, le droit pénal a bien rempli son rôle de "bâton". Règlements, ordonnances puis lois ont multiplié les incriminations particulières (A) et l'on a vu apparaître une figure nouvelle d'infraction prévoyant une gradation de la peine en fonction de la "répétition " d'un comportement prohibé par la police administrative (B).

A/La multiplication d'infractions spécifiques

Parmi les incriminations qui ont vu le jour pendant la crise sanitaire, on trouve d'abord des infractions dérivées d'infractions de droit commun. C'est ainsi que sont spécialement réprimés, à partir de la loi du 31 mai 2021, la constitution, l'usage et la détention de faux passes ou de faux certificats de rétablissement¹⁵. L'utilité de ces infractions pourrait être discutée puisqu'elles semblent correspondre à des comportements qui auraient pu être réprimés sur le fondements des infractions de faux et de leurs dérivés, prévus dans le code pénal¹⁶. C'est d'autant plus vrai que les peines encourues pour ces « variants » sont identiques, ou très proches, de celles prévues pour les infractions de droit commun. Peut-être l'intérêt de ces dispositions est-il alors essentiellement expressif. Il est en effet sans doute plus facile de communiquer, et donc d'activer la fonction de prévention générale de droit pénal, sur la création d'infractions spécifiques, que sur la possible application du droit commun.

Aux côtés de ces infractions spécifiques, se sont également, et surtout, multipliées des obligations et interdictions de police administrative pénalement sanctionnées. Face à une situation et des connaissances scientifiques qui évoluent très vite, le recours à la technique des incriminations par renvoi est, nous l'avons dit, sans doute justifié. Il reste que certaines conditions doivent être respectées pour satisfaire aux exigences du principe de légalité dans ses versants formel et matériel. Or la lecture de l'article L3136-1 du code de la santé publique, fondement principal de ces incriminations, conduit immédiatement à douter que cela soit le cas¹⁷.

¹⁴ L'image classique peut certainement être rapprochée du plus moderne *nudge*, v. la contribution de Cécile Castaing *supra*.

¹⁵ Loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, article 1^{er}, II D al. 5 à 7.

¹⁶ V. Code pénal, art. 441-1 et suivants : « Des faux ».

¹⁷ Version de l'article L3136-1 en vigueur du 24 mars 2020 au 12 mai 2020, alinéa 1 à 4 :

« Le fait de ne pas respecter les mesures prescrites par l'autorité requérante prévues aux articles L. 3131-8 et L. 3131-9 est puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 Euros d'amende.

Le fait de ne pas respecter les réquisitions prévues aux articles L. 3131-15 à L. 3131-17 est puni de six mois d'emprisonnement et de 10 000 € d'amende.

La violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe. Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe.

Une première exigence, pour que soient respectés le principe de légalité et l'article 34 de la Constitution, est que le législateur « fixe lui-même le champ d'application de la loi pénale¹⁸ ». Selon l'avis rendu par la grande chambre de la Cour européenne le 29 mai 2020¹⁹, la référence doit être explicite et la norme référente doit définir les éléments constitutifs de l'infraction, sans que la norme référée puisse étendre la portée de l'incrimination. Pour le Conseil constitutionnel, il faut que l'interdit pénal soit défini en ses éléments essentiels par la norme référente, un renvoi général à la loi ou règlement n'étant autorisé qu'« en dehors du droit pénal²⁰ ». Il faut alors que soient clairement identifiables les normes référentes et référées.

Cette condition ne pose pas de réelle difficulté pour les deux premiers alinéas de l'article L3136-1, qui renvoient à des textes législatifs identifiés et mentionnant clairement leur objet²¹ : les réquisitions des professionnels ou d'établissements de santé par les préfets, le ministre de la santé ou le premier ministre lorsque l'afflux de patients ou la situation sanitaire le justifient. Est alors également satisfaite l'exigence constitutionnelle d'une « définition des éléments essentiels » de l'interdit pénal par la norme d'incrimination.

Il en va différemment de l'alinéa 3, qui s'est considérablement étoffé au fil des lois successives adoptées en réponse à l'épidémie²².

Au moment de son adoption, l'alinéa 3 concernait, en pratique, uniquement le non-respect du confinement. On observera d'ailleurs que la décision QPC en date du 26 juin 2020 relative à ce texte, pourtant plus large comme le souligne la décision elle-même, est intitulée « violation réitérée du confinement »²³. Dès l'origine, pourtant, cet alinéa renvoyait aux mesures adoptées par le 1er ministre pendant l'état d'urgence²⁴, mais aussi potentiellement à celles décidées par le ministre de la santé ou les préfets, pendant l'état d'urgence sanitaire mais également en cas de menace sanitaire grave. Certains des textes

Si les violations prévues au troisième alinéa du présent article sont verbalisées à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général, selon les modalités prévues à l'article 131-8 du code pénal et selon les conditions prévues aux articles 131-22 à 131-24 du même code, et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule.»

¹⁸ V. not. Décision n° 2016-608 QPC du 24 janvier 2017, §6 ; Décision n°98-399 DC du 5 mai 1998, §7.

¹⁹ CEDH, gr. ch., 29 mai 2020, avis consultatif n° P16-2019-001.

²⁰ Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, §37

²¹ L3131-8, L3131-9 et L3131-15 du code de la santé publique.

²² Article L3136-1 alinéa 3, version en vigueur depuis le 07 août 2021 : « La violation des autres interdictions ou obligations édictées en application des articles L. 3131-1 et L. 3131-15 à L. 3131-17 est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe, y compris le fait par toute personne de se rendre dans un établissement recevant du public en méconnaissance d'une mesure édictée sur le fondement du 5° du I de l'article L. 3131-15, et de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe s'agissant de la violation par l'exploitant d'un établissement recevant du public des mesures édictées sur le fondement du 5° du I de l'article L. 3131-15 et s'agissant de la violation des mesures de mise en quarantaine et des mesures de placement et de maintien en isolement édictées sur le fondement des 3° et 4° du I de ce même article ou des 1° et 2° du I de l'article L. 3131-1 du même code. Cette contravention peut faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire prévue à l'article 529 du code de procédure pénale. Si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, l'amende est celle prévue pour les contraventions de la cinquième classe. »

²³ Décision n°2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020.

²⁴ Article L3131-15 du code de la santé publique.

référés peuvent ainsi s'appliquer après la fin de l'état d'urgence, « afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire »²⁵.

Par ailleurs, des ajouts ont été portés dans la norme référente elle-même, qui visent certains comportements particuliers traités de façon spécifique, tels que le non-respect des mesures imposées aux exploitants d'établissements recevant du public ou encore, de nouveau, des mesures d'isolement. S'agissant de ces comportements-là, sans doute l'exigence d'une définition des éléments essentiels est-elle respectée. Mais il faut répéter que la liste n'est pas exhaustive.

Par le mécanisme du renvoi, peuvent ainsi être réprimés, entre bien d'autres choses, l'exercice d'une activité de soin en l'absence de vaccination, la non-présentation d'un passe sanitaire ou vaccinal, ou encore l'absence de port du masque dès lors qu'ils sont requis par un texte adopté sur le fondement des articles référés. Il semble alors difficile de considérer que la décision QPC du 26 juin 2020 impose de considérer l'exigence d'une « définition des éléments essentiels de l'interdiction » toujours satisfaite par l'article L. 3136-1 dans sa rédaction et dans les différents contextes juridiques qui se succèdent depuis 2020²⁶.

Il n'est en outre pas possible, à la seule lecture des articles du code de la santé publique, de connaître la totalité des textes référés consacrant ces obligations sanitaires, en particulier lorsqu'ils sont adoptés par les préfets. Or la lecture desdits textes n'est, pas toujours beaucoup plus éclairante. C'est ainsi que des poursuites ont pu être engagées sur le fondement d'un arrêté préfectoral invoquant la situation sanitaire pour interdire les distributions de nourriture dans le centre-ville de Calais. Temporaire mais sans cesse renouvelé depuis le mois de septembre 2020, l'arrêté prévoit seulement que les infractions à celui-ci « seront poursuivies conformément aux lois et règlements en vigueur ». L'article L3131-1 du code de la santé publique, texte référé, était simplement présent, parmi beaucoup d'autres textes, dans le visa²⁷. Même si le Conseil d'Etat a rejeté le recours en référé qui avait été formé à son encontre²⁸, il ne paraît pas exclu que le juge pénal saisi de poursuites puisse prononcer

²⁵ Article L. 3131-1 du code de la santé publique..

²⁶ La Cour de cassation estima cette décision suffisante pour refuser de transmettre la question relative à l'ensemble de l'alinéa 4 de l'art. L. 3136-1 au motif qu'il avait déjà été déclaré conforme à la Constitution. V. Cass. Crim., 22 septembre 2020, n°20-90.012. Soulignons toutefois que les faits à l'origine de la procédure avaient eu lieu le 12 mai 2020, et donc pendant l'état d'urgence sanitaire, contexte invoqué par le Conseil constitutionnel dans son appréciation de l'absence de disproportion de l'interdiction de sortir, seule étudiée (§13).

²⁷ Arrêté en date du 30 septembre 2020 portant interdiction de distribution de denrées en certains lieux du centre-ville de Calais, en prévention des risques sanitaires et des risques liés à la salubrité publique. Observons que les derniers arrêtés en date ont abandonné la référence au risque sanitaire et ne visent plus le code de la santé publique, ce qui doit conduire à considérer que l'amende contraventionnelle encourue est désormais celle, inférieure et sans aggravation par paliers, prévue par l'article R610-5 du code pénal ; v. not. Arrêté préfectoral en date du 4 avril 2022 portant interdiction de distribution de denrées en certains lieux du centre-ville de Calais en prévention des risques de troubles à l'ordre public.

²⁸ CE, ordonnance du 25 septembre 2020, n°444793. Soulignons que la décision ne se prononce pas sur le caractère justifié et proportionné de la mesure contestée, et moins encore sur celle de la sanction pénale attachée au non-respect de l'interdiction.

des relaxes en estimant l'arrêté illégal sur le fondement de l'article 111-5 du code pénal²⁹. On peut en effet fortement douter qu'il soit conforme au principe de légalité, dans ses versants formel comme matériel, ou, sur un tout autre plan, au principe constitutionnel de fraternité³⁰.

En plus de poser des questions sérieuses quant au principe de légalité, cet article 3131-6 du code de la santé publique a instauré, dans son alinéa 4, une nouvelle structure d'infraction, que l'on peut qualifier de mutante à différents égards.

B/Une nouvelle structure d'infraction mutante

Au moment du déclenchement de l'état d'urgence, la violation du confinement ne pouvait être punie que d'une contravention de 1ère classe en raison de sa source, le décret du 16 mars 2020. Des poursuites avaient pu être engagées sur le fondement du délit de mise en danger de la vie d'autrui mais, de l'avis majoritaire, ses éléments constitutifs ne pouvaient être caractérisés faute de risque direct et immédiat³¹.

La loi du 20 mars 2020, par sa réécriture de l'article L. 3131-6 du code de la santé publique, était alors nécessaire pour renforcer l'obligation³². Elle a créé un mécanisme original de gradation de la réponse pénale³³ en cas de violations multiples, du confinement d'abord, puis d'autres obligations. Par principe :

- La 1ère violation constitue une contravention de 4^{ème} classe
- La 2^{ème} (puis la 3^{ème}) violation dans un délai de 15 jours constitue une contravention de 5^{ème} classe
- La 4^{ème} violation dans un délai de 30 jours est un délit puni de 6 mois d'emprisonnement et 3750 euros d'amende.

Il s'agit donc de faits contraventionnels qui deviennent délictuels en cas de répétition dans un certain délai.

²⁹ Nous n'avons à ce jour pas connaissance de décisions rendues par le juge pénal sur le fondement de ce texte mais la presse s'est fait l'écho de gardes à vues de militants associatifs, ce qui suppose qu'ait été retenu un fondement délictuel, que seule semble permettre la gradation instituée par l'infraction de l'article L. 3136-1 du code de la santé publique. Soulignons que la décision précitée du 25 septembre 2020 ne paraît pas de nature à faire obstacle au contrôle du juge pénal, faute d'autorité de la chose jugée.

³⁰ Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018. Sur cet arrêté, v. not. Décision du Défenseur des droits n°2020-190 du 24 septembre 2020.

³¹ V. not. Philippe Conte, « Le droit pénal de crise : l'exemple du virus Covid-19 », *Droit pénal* mai 2020, étude 2 et, *mutatis mutandis*, pour une violation de l'interdiction de rassemblement du décret du 29 octobre 2020, Cass. crim., 8 févr. 2022, n° 21-85.280 ; *Droit pénal*, juin 2022, comm. 102 par Philippe Conte.

³² V. not. Jean-Marie Brigant, « Délit de violations réitérées du confinement », *Gazette du palais*, 1^{er} septembre 2020, p. 74.

³³ Comme l'ont observé des auteurs, ce mécanisme rappelle celui institué à l'article L2242-6 du code des transports en matière de fraude habituelle au titre de transport, qui exige toutefois une pluralité de contraventions. V. not. Guillaume Beaussonie, « Le droit pénal dans la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 », *Lexbase Pénal* n°26 du 23 avril 2020 ; Xavier Pin, « État d'urgence sanitaire et répétition d'infractions », *RSC* 2020, p. 289.

À première vue, le mécanisme institué paraît ressembler à ce que connaît le droit commun en cas de récidive de certaines contraventions de 5ème classe, comme les très grands excès de vitesse, par exemple. Tel n'est pourtant pas toujours le cas puisque, là où le droit commun s'appuie sur une première condamnation définitive pour faire basculer une récidive dans le domaine délictuel, l'art L. 3136-1 du code de la santé publique vise des violations « constatées ». Cela signifie qu'il faut seulement, pour caractériser le délit, et ainsi que l'a confirmé le Conseil constitutionnel dans la QPC du 26 juin 2020³⁴, qu'il existe des verbalisations antérieures, connues car versées dans un fichier³⁵. D'aucuns avaient pu juger ces conditions préalables contraires à la présomption d'innocence et au droit à un recours effectif³⁶.

En réponse à ces critiques, le Conseil constitutionnel a posé que le prévenu doit pouvoir contester les premières violations devant le tribunal correctionnel saisi des poursuites délictuelles. Le juge devra alors apprécier la réunion des éléments constitutifs de l'infraction et « notamment, la régularité et le bien-fondé des précédentes verbalisations ». Sans doute cette affirmation, qui n'est pas formellement une réserve, est-elle favorable aux droits de la défense. Elle pose cependant d'épineux problèmes... Le Conseil ne distingue pas, en effet, entre deux hypothèses très différentes : la première correspond à des violations successives pour lesquelles l'action publique n'est pas éteinte. Dans ce cas, si le tribunal correctionnel constate l'irrégularité d'un procès-verbal condition préalable du délit, pas de problème, il peut en tirer les conséquences et constater que le délit n'est pas constitué. Plus délicate, mais sans doute plus fréquente au regard de la procédure d'amende forfaitaire instituée pour les premières violations, est l'hypothèse dans laquelle existe une condamnation définitive. Que l'amende contraventionnelle ait été payée ou que des recours aient été exercés et perdus, les premières violations sont devenues des infractions préalables pour lesquelles existe une condamnation définitive. Comment le tribunal correctionnel pourrait-il, ici, contrôler les premières verbalisations sans heurter le principe de l'autorité de la chose jugée³⁷?

Un contrôle véritable paraît pourtant d'autant plus indispensable que de nombreuses verbalisations seraient peut-être jugées irrégulières aujourd'hui, au vu des arrêts du Conseil d'Etat³⁸ puis de la Cour de cassation³⁹ réduisant le domaine de l'exigence d'une attestation de sortie ou des mentions qui doivent y figurer.

³⁴ Décision n° 2020-846/847/848 QPC du 26 juin 2020, §11 et 14.

³⁵ Sur cet aspect not., v. la contribution de Yoann Nabat *supra*.

³⁶ Sur ces questions, v. not. Olivier Bachelet, « Constitutionnalité du délit de violations réitérées du confinement », *Lexbase Pénal* n°29 du 26 juillet 2020 ; Maxime Brénaut et Farah Safi, « Un an de question prioritaire de constitutionnalité en matière pénale », *Droit pénal*, LexisNexis, 2020, n° 9, p. 25, chron. 9.

³⁷ Sur cette question, v. not. Mathieu Disant, « La quatrième violation. La réitération aggravante sous franchise constitutionnelle », *Gazette du Palais*, 13 juillet 2020, p. 25.

³⁸ Conseil d'État, 10ème - 9ème chambres réunies, 22/12/2020, 439996, Inédit au recueil Lebon : 4. Dès lors que le II de l'article 3 ne prévoit aucun formalisme particulier pour les documents permettant d'établir qu'un déplacement dérogatoire est justifié au regard des critères posés par le I cet article, l'utilisation des modèles d'attestation et de justificatif mis en ligne sur le site internet du gouvernement et du ministère de l'intérieur n'était pas obligatoire.

Malgré ces difficultés, le législateur, loin de renoncer à cette étrange figure d'infraction mutante, a multiplié les manquements susceptibles d'être sanctionnés selon ce modèle. Pour simplifier encore les choses, certains comportements spécifiques, tels que le non-respect de l'isolement ou les manquements des exploitants d'établissement recevant du public, connaissent une gradation aménagée : la première violation est réprimée par une contravention de 5ème classe. On saute, en quelques sortes, la première marche... La dernière marche, par ailleurs, est parfois plus haute : un an d'emprisonnement et 9 000 euros d'amende au-delà de 3 manquements à l'obligation de contrôle des passes par les exploitants de service de transport, par exemple.

Il faut enfin souligner que, en l'absence de prévision contraire du législateur, la violation qui emporte le basculement de l'infraction dans le domaine délictuel doit nécessairement, en application de l'article 121-3 alinéa 1 du code pénal, être intentionnelle. Les contraventions peuvent être purement matérielles⁴⁰ mais un délit ne peut être constitué en l'absence de faute. La répétition exigée s'accompagne alors d'une mutation de l'état d'esprit requis, qui peut parfois être difficile à caractériser puisque la mauvaise foi ne peut ici être présumée, au moins pour le dernier comportement. Il faudrait en outre prouver, si ce n'est le caractère intentionnel des premiers faits contraventionnels, du moins la connaissance des violations antérieures - et même sans doute des verbalisations- au moment du comportement emportant la qualification délictuelle.

Aux côtés des nombreuses incriminations créées pour lutter contre l'épidémie, le législateur a adopté un certain nombre de dispositions spécifiques relatives à l'engagement de la responsabilité pénale.

II. L'engagement de la responsabilité pénale

Si le large recours au droit pénal n'est pas une surprise, plus étonnante a sans doute été la mise en cause, "en temps réel" des décideurs publics (A) et la création d'une figure particulière de "repenti" (B).

A. La responsabilité pénale des décideurs.

Se pose ici la question d'un possible engagement de la responsabilité pénale de personnes dont la qualité ou la fonction impose qu'elles prennent des mesures pour protéger des tiers.

Indépendamment des dispositions spéciales applicables aux gestionnaires d'établissement, qui peuvent être lues en ce sens, il s'agit ici de s'intéresser à la possible mise

³⁹ V. Cass. Crim., 9 novembre 2021, 21-80.786, citant notamment l'arrêt CE, 22 décembre 2020, n° 439996.

⁴⁰ V. toutefois, qui étudie l'erreur de droit pour la contravention de violation du confinement, bien que pour l'écartier en l'espèce : Cass. Crim., 18 mai 2021, 21-80.042 (cassation de la relaxe par le tribunal de police à la suite d'une requête en exonération).

en cause des décideurs sur le fondement des infractions d'imprudence et de prévention du droit commun.

Chacun sait sans doute qu'une information judiciaire est en cours devant la Cour de Justice de la République, la ministre de la santé en poste dans les premiers temps de l'épidémie étant notamment mise en examen sur le fondement du délit de mise en danger de la vie d'autrui⁴¹. Intervenue dès le mois de juillet 2020, l'ouverture de cette information judiciaire a pu être critiquée⁴² sur le fondement de la séparation des pouvoirs. Peut-on juger l'action politique quasiment en temps réel ? Les textes ne s'y opposent pas et, s'il existe des obstacles, ils semblent pour l'essentiel résider dans le difficile accès aux éléments de preuve.

Le choix, sans doute politique mais à portée juridique, d'adopter la plupart des décisions dans le cadre du conseil de défense sanitaire⁴³ s'est en effet accompagné de la classification secret-défense de nombreux documents. Les juges doivent alors en demander – et ne pas toujours obtenir – la déclassification pour mener à bien leurs investigations⁴⁴. Notons d'ailleurs qu'une QPC vient d'être transmise à la Cour de cassation sur le problème que pose, de façon générale, cette classification au regard du droit à un procès équitable et, plus largement, de l'article 16 de la DDHC, « *en ce qu'ils privent les parties et le juge du pouvoir d'apprécier l'intégralité des éléments déterminants pour l'issue du procès pénal et ne prévoient pas de recours juridictionnel permettant à un juge de porter une appréciation sur la nature des informations classifiées* »⁴⁵.

Mais le parlement a lui aussi tenté d'entraver l'engagement de la responsabilité des décideurs. Au moment du déconfinement du printemps 2020, en effet, des élus locaux et des chefs d'entreprise avaient pu s'inquiéter de voir leur responsabilité pénale engagée en cas de contamination d'employés ou d'usagers. À supposer que l'un décède à la suite d'une contamination dans une entreprise, par exemple, le chef d'entreprise ne pourrait-il pas être condamné pour homicide involontaire au titre d'un manquement à son obligation générale

⁴¹ V. not. *Le Monde*, 10 septembre 2021, « Mise en examen d'Agnès Buzin par la CJR : ce qu'il faut savoir ».

⁴² V. not. Cécile Guérin-Bargues, « L'emprise du droit pénal sur la responsabilité des gouvernants dans un contexte de crise sanitaire », *AJ Pénal*, décembre 2021, p. 569.

⁴³ V. <https://www.elysee.fr/la-presidence/le-conseil-de-defense-sanitaire> ; Art. R 1122-1 du Code de la défense.

⁴⁴ V. not. l'article 56-4 du code de procédure pénale en matière de perquisitions et 230-2 s'agissant de l'accès aux données saisies protégées, qui renvoie aux articles L. 2312-4 à L. 2312-8 du code de la défense; Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011 [Secret défense], sur les perquisitions et sur l'accès aux documents classifiés ; Décision n° 2022-987 QPC du 8 avril 2022 [Conditions de recours aux moyens des services de l'État soumis au secret de la défense nationale dans le cadre de certaines procédures pénales].

⁴⁵ Saisine de la Cour de cassation le 12 avril 2022, n°22-90.009, par le TJ de Paris. Quoique la question ne porte pas exactement sur les mêmes textes, la décision n° 2022-987 QPC du 8 avril 2022 étant relative aux articles du code de procédure pénale qui renvoient aux dispositions du code de la défense ici contestées, il paraît malheureusement probable que le Conseil constitutionnel n'y réponde pas différemment et n'y voie pas davantage d'atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif. On peut toutefois observer que, telle que formulée, la question transmise à la Cour de cassation n'est pas seulement relative aux droits de la personne mise en cause mais plus largement à celles des parties, ce qui inclut les victimes constituées parties civiles, dont le droit à la manifestation de la vérité peut également se trouver affecté.

de sécurité⁴⁶? Malgré les difficultés pratiques à établir avec certitude l'origine de la contamination, et, partant, le lien de causalité, et donc la faiblesse d'un risque de condamnation, celui-ci préoccupa sérieusement les parlementaires.

Le Sénat adopta ainsi le 3 mai 2020 un amendement au projet de loi de prorogation de l'état d'urgence sanitaire qui prévoyait que « *nul ne peut voir sa responsabilité pénale engagée du fait d'avoir, pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire (...) soit exposé autrui à un risque de contamination par le coronavirus SARS-CoV-2, soit causé ou contribué à causer une telle contamination*⁴⁷ ». Fut également envisagée une immunité spécifique pour les seuls maires. Devant les vives réactions de l'opinion, seule fut finalement adoptée, par la loi du 11 mai 2020, une disposition, introduite à l'article L3136-2 du code de la santé publique, qui prévoit que « *L'article 121-3 du code pénal [qui définit les différentes fautes pénales] est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur.* »

Saisi d'un recours sur le fondement d'une atteinte au principe d'égalité devant la loi, le Conseil constitutionnel écarta un tel grief sur un motif qui ferait presque sourire : « *Les dispositions contestées ne diffèrent [d'avec] pas de celles de droit commun*⁴⁸ ». Il est vrai que si elle n'apporte rien au droit existant, si elle ne sert à rien, la loi ne crée pas de rupture d'égalité ! Sa nécessité, en revanche, aurait pu sembler discutable⁴⁹...

En attendant d'éventuelles décisions, il faut rappeler que la mise en cause des décideurs a été à l'origine d'une tentative d'action en représentation conjointe *ultra legem*, portée devant la Cour de justice de la République⁵⁰ par un médiatique avocat *via* des formulaires de plainte à deux euros. Ces quelques 19 685 plaintes ont pour la plupart été sèchement déclarées irrecevables car standardisées, et reposant sur des qualifications fantaisistes relatives à la vaccination⁵¹. L'initiative aura cependant peut-être eu le mérite de rouvrir le débat sur

⁴⁶ V. not. Patrick Mistretta, « Coronavirus Covid-19 : un droit pénal chimérique », *Droit de la famille*, mai 2020, étude 6.

⁴⁷ Amendement n°414, présenté par M. Bas le 3 mai 2020 ; v. not. Didier Rebut, « Vers une immunité pénale inédite en droit français : le cas de la responsabilité des maires », blog.leclubdesjuristes.com, 7 mai 2020.

⁴⁸ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, §13 ; v. not. Xavier Pin, « État d'urgence sanitaire et infractions non intentionnelles », *RSC* 2020, p. 297.

⁴⁹ V. plus précisément et plus largement : Xavier Pin, « État d'urgence sanitaire et infractions non intentionnelles », *RSC* 2020, p. 297.

⁵⁰ Articles 13 et suivants de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 *sur la Cour de justice de la République*, qui prévoit la possibilité de déposer plainte auprès de la commission des requêtes pour toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions mais ne permet pas la constitution de partie civile et prévoit la compétence des seules juridictions de droit commun pour les actions en réparation.

⁵¹ *Le Monde*, 24 janvier 2022 « Covid-19 : la Cour de justice de la République rejette une série de près de 20 000 plaintes contre le gouvernement ».

l'opportunité de la création d'une action de groupe en matière pénale, et notamment dans les domaines où les victimes réelles ou potentielles peuvent être très nombreuses⁵².

Mais aux côtés de la question de l'engagement de la responsabilité des décideurs est également apparue, plus récemment, celle des "repentis".

B. Une figure nouvelle de repentis

Il faut rappeler que, parmi les infractions étudiées, se trouvent des infractions délictuelles, relatives aux faux passes ou faux certificats de rétablissement, et des contraventions punissant la présentation d'un passe appartenant à autrui ou le fait de se rendre dans un établissement recevant du public sans présenter le document requis. Une difficulté particulière s'est présentée lorsque des personnes s'étant procuré un faux passe ont souhaité se faire vacciner. Il a fallu, d'abord, modifier les paramètres des fichiers sanitaires pour permettre l'effacement des fausses injections... et par la suite l'enregistrement des injections réelles. Mais, si l'on voulait espérer que les personnes effectuent ces démarches pour se faire réellement vacciner, il fallait sans doute lever la menace de sanction pénale. Qui irait informer les autorités qu'il a commis une infraction ? Surtout si elle est punie de 3 ou 5 ans d'emprisonnement et de plusieurs dizaines de milliers d'euros d'amende comme c'est le cas pour les infractions de faux ?

Le pragmatisme sanitaire imposait d'instaurer un mécanisme incitatif et, sans doute de renoncer à la répression de la faute passée. La loi du 22 janvier 2022 s'est alors inspirée de dispositifs connus en matière de terrorisme et de criminalité organisée. Malgré la gravité des infractions considérées, ces domaines connaissent en effet la figure du "repenti". Il s'agit d'inciter celui qui a tenté de commettre une infraction, ou celui qui l'a commise, de collaborer avec les autorités pour permettre d'en limiter les effets et d'identifier les coauteurs ou complices. On lui permet alors de bénéficier d'une exemption ou d'une réduction de peine⁵³. Or, si le non-vacciné se trouve exclu de certains lieux, sans doute son exclusion de la cité est-elle moins indispensable que pour les terroristes...

En matière de vaccination, le législateur va ainsi plus loin : ce n'est pas simplement la peine qui ne peut être prononcée, c'est l'action publique elle-même qui est éteinte par la vaccination⁵⁴. Celle-ci doit intervenir dans un délai de trente jours suivant la commission de l'infraction, délai suspendu en cas de contamination au COVID pendant cette période. Il est prévu une disposition transitoire pour les faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi, qui devient alors le point de départ du délai de trente jours. Cela n'est toutefois possible que si

⁵² Pour une proposition détaillée, voir not. Valentin Weber, *La pluralité de victimes en droit pénal*, Thèse Bordeaux, 6 décembre 2021, §763 et suivants.

⁵³ Article 132-78 du code pénal, institué par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 et, par exemple, articles 422-1 et 422-2 en matière terroriste.

⁵⁴ Article 1 D bis de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*, ajouté par la loi n°2022-46 du 22 janvier 2022 *renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*.

l'action publique n'était pas déjà éteinte, notamment dans l'hypothèse d'une condamnation devenue définitive. On regrettera cependant que rien n'ait été prévu en dehors de cette disposition transitoire... Ne faudrait-il pas prévoir de suspendre toute poursuite pendant ce délai pour éviter tout risque d'une condamnation avant la fin de celui-ci ? Quid si la personne a déjà été condamnée ? La loi prévoit simplement qu'il est mis fin à la procédure de recouvrement, ce qui ne concerne, évidemment, que les amendes, alors même que certaines des infractions concernées sont des délits punis d'emprisonnement. Peut-être le législateur aurait-il dû faire un choix entre exemption de peine, dispense d'exécution de la peine et amnistie conditionnée... ? Une telle figure hybride soulève une nouvelle vague de difficultés qui n'ont, semble-t-il, pas toutes été envisagées par le législateur.

Comme d'autres branches du droit, le droit pénal est alors, en effet, certainement malade du Covid... Espérons, sans trop d'espoir, que cela ne soit pas un Covid long...

9 juin 2022.