

« L'ETAT DE DROIT ET LA CRISE SANITAIRE »

QUESTIONNAIRE

Allemagne

Prof. Dr. Philippe COSSALTER

I - La confection de la norme de crise sanitaire

1°) Votre droit comporte-t-il des dispositions préparées à l'avance pour répondre à une situation de crise telle que celle du Covid-19 ? A défaut, l'Etat a-t-il créé, en urgence, un régime juridique spécifique pour répondre à la crise du Covid-19 ? Ou bien a-t-il mis en œuvre un principe général, éventuellement jurisprudentiel, d'« état de nécessité » ou de « circonstances exceptionnelles » ?

La forme fédérale de la République Allemande implique une coopération entre le *Bund* (Fédération) et les *Länder* (États fédérés) et un enchevêtrement de compétences qui ne facilite pas la gestion globale des crises sanitaires. Les plans pandémiques allemands préexistants à la survenance de la pandémie du nouveau Coronavirus avaient été confectionnés en lien avec les planifications de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Ces plans pandémiques (au niveau des *Länder*)¹ n'ont pas de force juridique obligatoire et sont, pour la plupart, complètement obsolètes. Au niveau fédéral la prescription administrative relative à la coordination de la protection infectieuse dans des cas épidémiques importants (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Koordinierung des Infektionsschutzes in epidemisch bedeutsamen Fällen*), édictée par le gouvernement fédéral conformément à l'art. 84, al. 2 de la Loi fondamentale (LF)² et à l'ancienne version du paragraphe 5 de la loi sur les maladies infectieuses transmissibles chez l'être humain (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*, en abrégé *Infektionsschutzgesetz - IfSG*) date du 12 décembre 2013, mais n'attribue aucune compétence normative aux ministères et autorités fédérales. Cette prescription prend les allures de recommandations, qui n'ont pas été suivies par les autorités des *Länder*, ce qui a conduit à un émiettement du processus décisionnel en la matière : règlements (*Verordnungen*) des *Länder* ou prescriptions générales des communes (*Allgemeinverfügungen*). Par ailleurs la Loi fondamentale ne contient pas de dispositions

¹ Les 16 États fédérés allemands disposent de plans pandémiques concernant notamment la grippe qui se sont révélés inadaptés à la nouvelle maladie. Le site de l'Institut Robert Koch recense ces documents (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Pandemieplaene_Bundeslaender.html).

² « (2) Le gouvernement fédéral peut édicter des prescriptions administratives générales avec l'approbation du Bundesrat » (Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen). Toutes les traductions de la loi fondamentale sont issues de BIJUS, www.bijus.eu, texte traduit par Christien Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe, Olivier Jouanjan et Maria Kordeva.

spécifiques permettant de mettre en œuvre un état d'exception. La « constitution d'urgence » (*Notstandsverfassung*) de la Loi fondamentale ne concerne que certains cas particuliers issus d'une déstabilisation institutionnelle externe ou interne et a pour objectif de maintenir les prérogatives du Parlement en cas de crise³. La terminologie des catastrophes n'est pas absente du texte : épidémie (*Seuchengefahr*)⁴, catastrophe ou catastrophes naturelles (*Naturkatastrophen*), péril mortel (*Lebensgefahr*)⁵, sinistre particulièrement grave (*besonders schweren Unglücksfall*)⁶. Ces diverses dispositions n'ont pas permis de répondre à la crise sanitaire. Il n'y est pas question de restrictions massives, d'un « état d'exception » étendu sur tout le territoire signifiant une ingérence dans le domaine des droits fondamentaux en raison d'une menace sanitaire.

Tandis que, dans les premiers mois de la pandémie, l'Allemagne était désignée comme un exemple à suivre grâce à sa politique souple et au nombre de décès inférieur à celui affiché par ses voisins européens, les phases ultérieures de la gestion de la crise ont démontré un tout autre visage de la République fédérale. À partir de l'automne 2020, le gouvernement fédéral et les gouvernements des Länder semblaient sombrer dans un chaos qui était nourri par l'augmentation des contaminations et les couches normatives éclectiques coexistant au niveau de la Fédération et des États fédérés.

L'instrument législatif principal mis en œuvre est la loi sur les maladies infectieuses transmissibles adoptée le 20 juillet 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (*Infektionsschutzgesetz – IfSG*, précitée). Cette loi contenait déjà des dispositions relatives aux mesures prises en cas de propagation épidémique, mais n'était pas suffisante pour répondre à

³ La loi constitutionnelle du 24 juin 1968 a introduit un article 80a LF sur « l'état de tension » et un article 115a LF sur « l'état de défense ». L'article 80a premier alinéa première phrase prévoit l'existence d'une législation spécifique en cas d'état de tension (*Spannungsfall*) sans en préciser ni les conditions ni le contenu. L'article 115a, porte sur l'état de défense (*Verteidigungsfall*) qui ne peut être constaté que si « le territoire fédéral fait l'objet d'une agression armée, ou qu'une telle agression est imminente ». Aucun des deux articles n'est utile en cas de crise sanitaire.

⁴ Loi fondamentale, article 11 Article 11 [Liberté de circulation et d'établissement] : « (1) Tous les Allemands jouissent de la liberté de circulation et d'établissement sur l'ensemble du territoire fédéral. (2) Ce droit ne peut être limité que par la loi ou en vertu d'une loi et uniquement dans le cas où l'absence de moyens d'existence suffisants imposerait des charges particulières pour la collectivité ainsi que dans le cas où cela serait nécessaire pour écarter un danger menaçant l'existence ou l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land, ou pour lutter contre des risques d'épidémie, des catastrophes naturelles ou des sinistres particulièrement graves, ou pour protéger la jeunesse en danger d'abandon ou pour prévenir des agissements délictueux ».

⁵ Loi fondamentale, article 13 [Inviolabilité du domicile], alinéa 4 : « (4) 1Pour parer à des dangers imminents pour la sécurité publique et notamment à un danger collectif ou à un péril mortel, des moyens techniques de surveillance de domiciles ne peuvent être utilisés que sur le fondement d'une ordonnance juridictionnelle. 2S'il y a péril en la demeure, la mesure peut être également ordonnée par une autre autorité déterminée par la loi ; une décision juridictionnelle doit intervenir sans délai ».

⁶ Loi fondamentale, article 35 [Entraide judiciaire et administrative, aide en cas de catastrophe], alinéa 2 : « (2) 1En vue de maintenir ou de restaurer la sécurité ou l'ordre public, un Land peut, dans des cas particulièrement importants, faire appel aux forces et équipements du corps fédéral de protection des frontières pour assister sa police si, faute de cette assistance, la police ne pourrait pas accomplir une de ses missions ou ne le pourrait qu'au prix de grandes difficultés. 2En cas de catastrophe naturelle ou de sinistre particulièrement grave, un Land peut faire appel à l'aide des forces de police d'autres Länder, des forces et équipements d'autres administrations, ainsi que du corps fédéral de protection des frontières et des forces armées ».

la menace qui s'était déjà infiltrée sur le territoire de la République fédérale. Afin de prendre en compte l'ampleur de l'épidémie de coronavirus le législateur fédéral a modifié le texte à plusieurs reprises, mais deux modifications sont particulièrement notables. La première modification a été apportée par la Loi sur la protection de la population en cas d'état épidémique de portée nationale (*Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*) entrée en vigueur le 28 mars 2020⁷ et la modification apportée par la troisième loi sur la protection de la population en cas d'état épidémique de portée nationale entrée en vigueur le 19 novembre 2020⁸. Les dispositions relatives à la lutte contre la pandémie sont composées du § 5 dans sa nouvelle version⁹, et surtout des §§28¹⁰, 28a¹¹ et 32¹² de la loi sur les maladies infectieuses.

La troisième modification de la loi sur les maladies infectieuses a été la plus agressive en matière d'atteinte à l'exercice des droits fondamentaux. Les dispositions les plus problématiques sont les interdictions et restrictions contenues au § 28a : à côté de l'obligation du port du masque et de la distanciation sociale, on y trouve, par exemple, « l'interdiction ou la restriction » (*Untersagung oder Beschränkung*) de voyages, notamment touristiques, d'événements sportifs, de réunions ou rassemblements culturels ou religieux. L'alinéa 2 du § 28a précise ainsi que ces restrictions ou interdictions frappent les rassemblements « au sens de l'article 8 de la Loi fondamentale »¹³. Le § 28a a été confectionné sur mesure pour la nouvelle maladie virale et modifie profondément la physionomie de la loi sur les maladies infectieuses. Le législateur fédéral, en choisissant d'ancrer dans le corpus normatif existant les mesures exceptionnelles destinées à endiguer la pandémie de coronavirus a transformé le droit d'exception en règles de droit ordinaires.

Aux trois modifications de 2020 est venue s'ajouter une quatrième révision adoptée le 22 avril 2021 et entrée en vigueur le 23 avril 2021¹⁴. Cette dernière modification introduit un instrument nouveau : le « frein d'urgence » (*Notbremse*) visant à doter les pouvoirs publics de la marge de manœuvre nécessaire en vue de tenter d'arrêter la propagation d'une vague pandémique. La spécificité de ce mécanisme réside en sa portée générale : le « frein d'urgence » concerne la totalité du territoire fédéral et est qualifié de « fédéral et uniforme »

⁷ Loi du 27 mars 2020 (*Bundesgesetzblatt*, BGBl, I, p. 578).

⁸ Drittes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite.

⁹ *Epidemische Lage von nationaler Tragweite* (Etat épidémique de portée nationale).

¹⁰ *Schutzmaßnahmen* (Mesures de protection) sont des mesures assez classiques (isolement des personnes malades ou suspectées d'être malades).

¹¹ *Besondere Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit 2019 (COVID-19)* (Mesures spécifiques de protection pour prévenir la propagation de la maladie Covid-19 [COVID-19]).

¹² *Erlass von Rechtsverordnungen* (Édition de règlements).

¹³ Article 8 LF relatif à la liberté de réunion : « [t]ous les Allemands ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes, sans déclaration ni autorisation préalables ».

¹⁴ Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (*Bundesgesetzblatt*, BGBl, I, p. 802).

(*bundeseinheitlich*)¹⁵. Au regard de la nature fédérale de l'Allemagne, cette uniformisation des mesures paraît à la fois problématique et logique. Problématique, car elle prive les Länder d'une partie de leur autonomie dans la gestion de la crise sanitaire et logique car les disparités dans les réglementations décidées au niveau des régions rendaient l'image globale de la maîtrise politique inintelligible¹⁶. En effet, en vertu de l'article 74, alinéa 1^{er}, n°19 de la Loi fondamentale¹⁷, la compétence législative dans le domaine de la santé est concurrente : les Länder ont la possibilité de légiférer aussi longtemps que la Fédération n'a pas adopté de loi au niveau fédéral. Dans le cas de la quatrième modification de la loi sur les maladies infectieuses, non seulement la Fédération obtient la gestion globale et centralisée de l'état épidémique, mais on semble également mettre en retrait le Bundesrat. Dans certaines hypothèses, la Loi fondamentale prévoit de manière expresse l'approbation du Bundesrat¹⁸, ce qui n'est pas le cas des lois modificatives, même si les intérêts des Länder peuvent être directement touchés par ces dispositions. L'autorisation d'édicter des règlements par le § 28b exige l'approbation du Bundesrat en raison de la mise en œuvre de la loi par les Länder en vertu de l'article 80, alinéa 2 LF¹⁹. Si la participation du Conseil fédéral n'est pas nécessaire pour l'adoption des modifications apportées à la loi sur les maladies infectieuses. Elle est requise dans le cas de règlements édictés pour l'exécution par délégation d'une loi fédérale²⁰.

¹⁵ § 28b de la loi sur les maladies infectieuses transmissibles portant sur « les mesures de protection fédérales uniformes en vue de prévenir la propagation de la maladie de Coronavirus-2019 (Covid-19) en cas de processus d'infection particulier, autorisation de règlements ». Cette nouvelle disposition permet, en cas d'une incidence de contamination de plus de 100 pour une période de sept jours sur le territoire d'un district ou d'une commune, de limiter drastiquement le contact avec l'extérieure, d'activer une restriction de sortie entre 22h et 5h, de pratiquer des tests deux fois par semaine dans les écoles et de passer à l'enseignement distanciel si l'incidence dépasse 165 sur trois jours consécutifs.

¹⁶ À titre d'exemple, on peut ici penser aux règles différentes applicables aux régions frontalières qui pouvaient se révéler plus ou moins strictes en fonction de l'emplacement géographique : la Sarre et le Bade-Wurtemberg n'avaient pas adopté des règles identiques, ce qui plaçait les frontaliers lorrains et alsaciens dans des situations sensiblement différentes. Le cadre normatif pouvait encore changer si l'on se déplaçait à l'intérieur de l'Allemagne : alors que la Bavière avait adopté le port du masque FFP2 dans les transports, il aurait fallu une décision au niveau fédéral afin que cette mesure soit généralisée à tout le territoire.

¹⁷ « La compétence législative concurrente s'étend aux domaines ci-dessous : [...] mesures contre les maladies humaines et animales constituant un danger public ou à caractère transmissible [...] »

¹⁸ V. l'avis très clair de la Cour constitutionnelle fédérale du 22 novembre 1951 (BVerfGE 1, 76, 79) : « Dans des cas déterminés, dans lesquels les intérêts des Länder sont touchés de manière particulièrement intense, le Bundesrat [...] a une influence plus importante sur l'adoption de la loi adoptée par le Bundestag, notamment le droit d'approbation. Ces cas sont énumérés de manière expresse dans la loi fondamentale » ; ce raisonnement est confirmé plus tard en l'étendant aux lois modificatives de lois qui requièrent l'approbation du Bundestag : toute loi modificative ne requiert pas automatiquement l'approbation du Bundesrat, même si tel était le cas de la loi originelle (BVerfGE 37, 363, 381).

¹⁹ « Sont soumis à l'approbation du Bundesrat, sauf disposition contraire de la loi fédérale, les règlements [...] pris en vertu de lois fédérales soumises à l'approbation du Bundesrat ou dont les Länder assurent l'exécution par délégation de la Fédération ou à titre de compétence propre. »

²⁰ La protection contre les maladies infectieuses répond ainsi au standard du fédéralisme exécutif allemand (articles 70 et s. et 83 et s. de la Loi fondamentale) : la Fédération dispose de compétences (concurrentes) importantes en adoptant des lois et édictant des règlements et les Länder mettent en application ces normes conformément à leur obligation d'exécuter les lois fédérales contenue dans l'article 83 LF (« Sauf disposition

Le « frein d'urgence uniforme et fédéral » constitue également un « mécanisme de respiration » (*atmenden Mechanismus*), une « norme d'auto-exécution » (*Self-executing-Norm*)²¹, car l'application des mesures et la fin de leur application interviennent automatiquement. L'objectif ici n'est pas d'éradiquer toute forme de contamination, mais de délester le système de santé. Cependant, derrière le but poursuivi, un autre mot d'ordre se dessine : la protection de la vie à tout prix. La mise en balance entre le droit à la vie et à l'intégrité physique et l'exercice des droits fondamentaux individuels et collectifs devient ici impossible²². Une hiérarchie au sein des droits fondamentaux apparaît qui voit placé à son sommet la protection de la vie humaine qui devient un droit fondamental au carré, un « super droit fondamental » (*Supergrundrecht*). Cette conception qui peut être entendue par « la primauté de la santé sur la liberté » fait l'objet de vives critiques²³. Il faudrait sans doute attendre les solutions que la Cour constitutionnelle fédérale rendra au fond afin de connaître la direction jurisprudentielle qu'elle va prendre dans le cas particulier de l'examen des mesures restrictives relatives à la lutte contre la pandémie.

2°) L'Etat, dans l'édiction des normes liées à la crise sanitaire, s'est-il inspiré de normes mises en œuvre dans d'autres pays ? le cas échéant, lesquels ?

La loi fédérale allemande sur les maladies infectieuses est la conséquence d'une série de réformes des années 2000 à la suite d'une commission d'enquête parlementaire (*Untersuchungsausschuss* ; *Zweite Beschlußempfehlung und Schlußbericht des 3. Untersuchungsausschusses nach Artikel 44 des Grundgesetzes*, BT-Drs. 12/8591 du 25 octobre 1994) du Parlement fédéral portant sur la transmission du VIH par le sang et les produits sanguins. Elle transpose la directive européenne 98/83/CE du 3 novembre 1998 sur la qualité de l'eau à usage humain ainsi que la décision n°2119/98/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 sur la création d'une surveillance épidémiologique et le contrôle des maladies transmissibles. Cette norme fédérale institutionnalise également l'Institut Robert Koch, devenu l'autorité principale, la figure de proue de la gestion de la crise de coronavirus en 2020.

contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre).

²¹ Greve, Lassahn, « Die bundeseinheitliche 'Notbremse' – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz », *NVwZ*, 2021, p. 665, en particulier p. 668.

²² La Cour constitutionnelle fédérale définit la vie humaine en tant que « la valeur la plus élevée » en déduisant « une obligation de protection [...] particulièrement sérieuse » incombant à l'État » (BVerfGE 46, 160, 164). Cette protection de la vie à tout prix dans le cadre de la lutte contre le coronavirus ne suit peut-être pas le même raisonnement concernant le droit à une mort autodéterminée (assistance active au suicide, *aktive Sterbehilfe*) que la Cour livrait quelques semaines (BVerfG, décision du 26 février 2020, 2 BvR 2347/15) avant que l'épidémie n'éclate). Dans cette décision, la Seconde chambre interprète le droit de se donner la mort et d'y être assisté comme partie intégrante de la dignité humaine représentant la dimension négative du droit à la vie.

²³ Heing, Kingreen, Lepsius, Möllers, Volkmann, Wißmann, « Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise », *JZ*, 2020, p. 864.

Il existe donc une influence externe sur la législation relative aux maladies infectieuses mais pas, à proprement parler, d'exemple étranger.

3°) Le droit de la crise a-t-il engendré peu ou beaucoup de textes ? Dans quelle proportion le droit de la crise sanitaire est-il législatif ou réglementaire ? Quelle est la part de la « législation déléguée » (du type des ordonnances de l'article 38 de la Constitution en France) ? Le Parlement a-t-il occupé un rôle prépondérant dans l'écriture du droit de la crise ou est-ce que l'essentiel des textes a été rédigé par le Gouvernement ?

La crise sanitaire a dicté d'impérieuses modifications de la loi sur les maladies infectieuses et a révélé l'insuffisance de la « constitution d'urgence » de la Loi fondamentale, ce qui a entraîné le recours, de manière intensive, au pouvoir réglementaire des gouvernements fédéral et fédérés. En vertu du paragraphe 5 (nouvelle version) de la loi sur les maladies infectieuses, le Parlement doit constater l'état épidémique de portée nationale (*epidemische Lage von nationaler Tragweite*). Il y a par conséquent une condition liée à la propagation nationale de la maladie épidémique, qui ne doit pas être cantonnée à des portions limitées du territoire. La loi ne donne pas davantage de précisions concernant les conditions de constatation de l'état épidémique. Elle énonce que le *Bundestag* « lève la constatation [...] si les conditions ne sont plus réunies ».

La notion de pouvoir réglementaire autonome ne se retrouve pas dans le texte de la Loi fondamentale. Mais le *Bundestag* peut « déléguer » une partie de l'exercice de sa compétence normative aux organes énumérés à l'article 80, alinéa 1^{er} LF qui agissent par règlement (*Verordnung*)²⁴. Il ne s'agit pas d'une délégation, mais de l'attribution d'une compétence réglementaire d'exécution de la loi. Rappelons que dans le système constitutionnel allemand il n'existe pas de pouvoir réglementaire autonome. Le pouvoir réglementaire participe à un processus de « concrétisation continue »²⁵.

La loi sur la protection de la population en cas d'état épidémique de portée nationale modifiant la loi sur les maladies infectieuses permet (paragraphe 5) au ministre fédéral de la santé d'« autoriser par règlement sans l'approbation du Bundesrat des exceptions aux dispositions de cette loi, ainsi qu'aux règlements édictés sur la base de cette loi concernant la prévention et la lutte de maladies transmissibles » ou encore « à prendre des mesures par règlement sans l'approbation du Bundesrat pour assurer l'approvisionnement de médicaments [...] ». Cette modification est problématique car elle laisse une large marge de manœuvre au pouvoir exécutif sans même associer au processus décisionnel l'organe représentant les

²⁴ Loi fondamentale, article 80 [Edition de règlements] : « (1) Le gouvernement fédéral, un ministre fédéral ou les gouvernements des Länder peuvent être autorisés par la loi à édicter des règlements. Cette loi doit déterminer le contenu, le but et l'étendue de l'autorisation accordée. 3Le règlement doit mentionner son fondement juridique. S'il est prévu dans une loi qu'une autorisation peut être subdéléguée, un règlement est nécessaire pour la délégation de l'autorisation ».

²⁵ La concrétisation continue des normes (*fortlaufende Konkretisierung*) est un des apports de la théorie structurante du droit développée par Friedrich Müller (v., p.ex., Friedrich Müller, Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, vol. 1 [Grundlagen. Öffentliches Recht], 11^e édition, Duncker & Humblot, 2013).

Länder au niveau fédéral, le *Bundesrat*. La loi sur les maladies infectieuses dote les *Länder* d'une large palette d'outils réglementaires : surveillance, mesures de protection, quarantaine, interdiction d'exercer une activité professionnelle. Depuis le 19 novembre 2020, il est également possible, après la constatation d'un état épidémique de portée nationale par le *Bundestag* en vertu du paragraphe 5 de la loi sur les maladies infectieuses, d'ordonner la distanciation sociale dans l'espace public, d'ordonner l'obligation de couvrir son nez et sa bouche, d'obliger les entreprises à adopter un plan d'hygiène ou encore d'interdire les rassemblements et manifestations au sens de l'article 8 LF.

4°) Quelle dynamique s'est mise en place entre les autorités centrales/nationales et les autorités décentralisées/locales ? Quel rôle les autorités locales ont-elles été conduites à jouer par rapport aux autorités centrales ?

La principale conclusion de la gestion de la pandémie du Covid-19 est sans doute celle qui place la gouvernance multi-niveaux (national, local, européen) comme un instrument fort et efficace pour prévenir, identifier et gérer des situations d'urgence. Le fédéralisme comme principe d'organisation étatique est protégé par la « clause d'éternité » (*Ewigkeitsklausel*) de l'art. 79, al. 3 LF²⁶ qui le soustrait au pouvoir de révision constitutionnelle. La répartition des compétences législatives entre *Bund* et *Länder* est définie dans les art. 70 s. LF; en particulier art. 72 LF²⁷ et 74, al. 1^{er}, numéro 19²⁸ LF. La forme fédérale de la République Allemande implique une coopération entre le *Bund* (Fédération) et les *Länder* (États fédérés) et un enchevêtrement de compétences qui ne facilite pas la gestion globale des crises sanitaires. « *Beschlüsse* » (décisions) du *Bund* et des *Länder* concernant les mesures prises au niveau fédéral applicables au niveau des *Länder* (absence de véritable assise constitutionnelle de ces rencontres qui ne doivent pas être regardées comme un « conseil exécutif », mais davantage en tant que rencontres guidant l'action des *Länder* et trouvant des solutions plus ou moins homogènes)²⁹.

Les plans pandémiques allemands préexistants à la survenance de la pandémie du nouveau Coronavirus avaient été confectionnés en lien avec les planifications de

²⁶ « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite. »

²⁷ Article 72 LF porte sur la compétence législative concurrente des *Länder*.

²⁸ La compétence législative concurrente de la Fédération s'étend aux domaines : [...] mesures contre les maladies humaines et animales constituant un danger public ou à caractère transmissible, admission aux professions médicales et paramédicales et aux activités thérapeutiques à caractère commercial, ainsi que droit de la pharmacie, des médicaments, des remèdes médicaux, des traitements thérapeutiques, des stupéfiants et produits toxiques ».

²⁹ <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-regeln-und-einschrankungen-1734724>

l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Ces plans pandémiques (au niveau des *Länder*)³⁰ n'ont pas de force juridique obligatoire et sont, pour la plupart, complètement obsolètes. Au niveau fédéral la prescription administrative relative à la coordination de la protection infectieuse dans des cas épidémiques importants (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Koordinierung des Infektionsschutzes in epidemisch bedeutsamen Fällen*), édictée par le gouvernement fédéral conformément à l'art. 84, al. 2 de la Loi fondamentale (LF)³¹ et à l'ancienne version du paragraphe 5 de la loi sur les maladies infectieuses transmissibles chez l'être humain (*Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*, en abrégé *Infektionsschutzgesetz - IfSG*) date du 12 décembre 2013, mais n'attribue aucune compétence normative aux ministères et autorités fédéraux. Cette prescription prend les allures de recommandations, qui n'ont pas été suivies par les autorités des *Länder*, ce qui a conduit à un émiettement du processus décisionnel en la matière : règlements (*Verordnungen*) des *Länder* ou prescriptions générales des communes (*Allgemeinverfügungen*).

L'instrument législatif principal mis en œuvre est la loi sur les maladies infectieuses transmissibles adoptée le 20 juillet 2000 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001 (*Infektionsschutzgesetz – IfSG*, précitée). S'y ajoutent les textes normatifs des *Länder* prenant la forme de règlements (*Verordnungen*) qui s'adaptent à l'état de la situation épidémique en prenant en compte les particularités locales.

Le « frein d'urgence » (*Notbremse*) introduit par la modification de la loi sur les maladies infectieuses entrée en vigueur le 23 avril 2021³² visant à doter les pouvoirs publics de la marge de manœuvre nécessaire en vue de tenter d'arrêter la propagation d'une vague pandémique. La spécificité de ce mécanisme réside en sa portée générale : le « frein d'urgence » concerne la totalité du territoire fédéral et est qualifié de « fédéral et uniforme » (*bundeseinheitlich*)³³. Au regard de la nature fédérale de l'Allemagne, cette uniformisation des mesures paraît à la fois problématique et logique. Problématique, car elle prive les *Länder* d'une partie de leur autonomie dans la gestion de la crise sanitaire et logique car les disparités

³⁰ Les 16 États fédérés allemands disposent de plans pandémiques concernant notamment la grippe qui se sont révélés inadaptés à la nouvelle maladie. Le site de l'Institut Robert Koch recense ces documents (https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/I/Influenza/Pandemieplanung/Pandemieplaene_Bundeslaender.html).

³¹ « (2) Le gouvernement fédéral peut édicter des prescriptions administratives générales avec l'approbation du Bundesrat » (Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen). Toutes les traductions de la loi fondamentale sont issues de BIJUS, www.bijus.eu, texte traduit par Christien Autexier, Michel Fromont, Constance Grewe, Olivier Jouanjan et Maria Kordeva.

³² Viertes Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (*Bundesgesetzblatt, BGBl, I, p. 802*).

³³ § 28b de la loi sur les maladies infectieuses transmissibles portant sur « les mesures de protection fédérales uniformes en vue de prévenir la propagation de la maladie de Coronavirus-2019 (Covid-19) en cas de processus d'infection particulier, autorisation de règlements ». Cette nouvelle disposition permet, en cas d'une incidence de contamination de plus de 100 pour une période de sept jours sur le territoire d'un district ou d'une commune, de limiter drastiquement le contact avec l'extérieure, d'activer une restriction de sortie entre 22h et 5h, de pratiquer des tests deux fois par semaine dans les écoles et de passer à l'enseignement distanciel si l'incidence dépasse 165 sur trois jours consécutifs.

dans les réglementations décidées au niveau des régions rendaient l'image globale de la maîtrise politique inintelligible³⁴. En effet, en vertu de l'article 74, alinéa 1^{er}, n°19 LF³⁵, la compétence législative dans le domaine de la santé est concurrente : les *Länder* ont la possibilité de légiférer aussi longtemps que la Fédération n'a pas adopté de loi au niveau fédéral. Dans le cadre de la « *Notbremse* », non seulement la Fédération obtient la gestion globale et centralisée de l'état épidémique, mais on semble également mettre en retrait le *Bundesrat*. Dans certaines hypothèses, la Loi fondamentale prévoit de manière expresse l'approbation du *Bundesrat*³⁶, ce qui n'est pas le cas des lois modificatives de la loi sur les maladies infectieuses, même si les intérêts des *Länder* peuvent être directement touchés par ces dispositions. L'autorisation d'édicter des règlements par le § 28b exige l'approbation du *Bundesrat* en raison de la mise en œuvre de la loi par les *Länder* en vertu de l'article 80, alinéa 2 LF³⁷. Si la participation du Conseil fédéral n'est pas nécessaire pour l'adoption des modifications apportées à la loi sur les maladies infectieuses, elle est requise dans le cas de règlements édictés pour l'exécution par délégation d'une loi fédérale³⁸.

Le « frein d'urgence uniforme et fédéral » constitue également un « mécanisme de respiration » (*atmenden Mechanismus*), une « norme d'auto-exécution » (*Self-executing-Norm*)³⁹, car l'application des mesures et la fin de leur application interviennent automatiquement. L'objectif ici n'est pas d'éradiquer toute forme de contamination, mais de délester le système de santé. Cependant, derrière le but poursuivi, un autre mot d'ordre se

³⁴ À titre d'exemple, on peut ici penser aux règles différentes applicables aux régions frontalières qui pouvaient se révéler plus ou moins strictes en fonction de l'emplacement géographique : la Sarre et le Bade-Wurtemberg n'avaient pas adopté des règles identiques, ce qui plaçait les frontaliers lorrains et alsaciens dans des situations sensiblement différentes. Le cadre normatif pouvait encore changer si l'on se déplaçait à l'intérieur de l'Allemagne : alors que la Bavière avait adopté le port du masque FFP2 dans les transports, il aurait fallu une décision au niveau fédéral afin que cette mesure soit généralisée à tout le territoire.

³⁵ « La compétence législative concurrente s'étend aux domaines ci-dessous : [...] mesures contre les maladies humaines et animales constituant un danger public ou à caractère transmissible [...]. »

³⁶ V. l'avis très clair de la Cour constitutionnelle fédérale du 22 novembre 1951 (BVerfGE 1, 76, 79) : « Dans des cas déterminés, dans lesquels les intérêts des *Länder* sont touchés de manière particulièrement intense, le *Bundesrat* [...] a une influence plus importante sur l'adoption de la loi adoptée par le Bundestag, notamment le droit d'approbation. Ces cas sont énumérés de manière expresse dans la loi fondamentale » ; ce raisonnement est confirmé plus tard en l'étendant aux lois modificatives de lois qui requièrent l'approbation du Bundestag : toute loi modificative ne requiert pas automatiquement l'approbation du *Bundesrat*, même si tel était le cas de la loi originelle (BVerfGE 37, 363, 381).

³⁷ « Sont soumis à l'approbation du *Bundesrat*, sauf disposition contraire de la loi fédérale, les règlements [...] pris en vertu de lois fédérales soumises à l'approbation du *Bundesrat* ou dont les *Länder* assurent l'exécution par délégation de la Fédération ou à titre de compétence propre. »

³⁸ La protection contre les maladies infectieuses répond ainsi au standard du fédéralisme exécutif allemand (articles 70 et s. et 83 et s. de la Loi fondamentale) : la Fédération dispose de compétences (concurrentes) importantes en adoptant des lois et édictant des règlements et les *Länder* mettent en application ces normes conformément à leur obligation d'exécuter les lois fédérales contenue dans l'article 83 LF (« Sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les *Länder* exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre »).

³⁹ Greve, Lassahn, « Die bundeseinheitliche 'Notbremse' – Verfassungsfragen zum Vierten Bevölkerungsschutzgesetz », *NVwZ*, 2021, p. 665, en particulier p. 668.

dessine : la protection de la vie à tout prix. La mise en balance entre le droit à la vie et à l'intégrité physique et l'exercice des droits fondamentaux individuels et collectifs devient ici impossible⁴⁰. Une hiérarchie au sein des droits fondamentaux apparaît qui voit placé à son sommet la protection de la vie humaine qui devient un droit fondamental au carré, un « super droit fondamental » (*Supergrundrecht*). Cette conception, qui peut être entendue par « la primauté de la santé sur la liberté » fait l'objet de vives critiques⁴¹. Il faudrait sans doute attendre les solutions que la Cour constitutionnelle fédérale rendra au fond afin de connaître la direction jurisprudentielle qu'elle va prendre dans le cas particulier de l'examen des mesures restrictives relatives à la lutte contre la pandémie. Cet instrument critiqué n'est désormais plus appliqué. La Cour constitutionnelle fédérale a toutefois validé son dispositif a posteriori, en le jugeant les restrictions de sortie et de contact constitutionnelles et conformes au principe de proportionnalité⁴².

La dernière loi modifiant la loi sur les maladies infectieuses transmissibles est entrée en vigueur le 20 mars 2022⁴³. Dans un *Beschluss* (décision) de la conférence des ministres-présidents du 16 février 2022, le *Bund* et les *Länder* ont décidé que les *Länder* pourraient continuer à prendre des mesures de protection de base (*Basis-Schutzmaßnahmen*) et des mesures de protection complémentaires en cas d'épidémie au-delà du 19 mars 2022. Les règlements « corona » pris par les pouvoirs exécutifs des *Länder* pouvaient être maintenus jusqu'au 2 avril 2022, à condition que les mesures qu'ils contiennent correspondent à celles figurant dans la nouvelle version de la loi sur les maladies infectieuses transmissibles. Cette nouvelle version repose sur deux piliers : une protection de base visant à protéger avant tout les groupes de personnes vulnérables et qui comprend l'obligation de porter un masque, et de se faire tester, dans les établissements de soins, les hôpitaux et autres établissements de santé, dans certains logements collectifs et dans les transports publics. Sur l'ensemble du territoire fédéral, les masques restent obligatoires dans les transports aériens et les transports de personnes à longue distance. Ensuite, dans les régions, où la situation infectieuse présente une menace certaine (régions qualifiées de « *hot spot* »), des mesures de protection supplémentaires peuvent être décidées. Ces zones peuvent être des communes ou des communautés de communes, des districts, ou même un *Land* entier. Cette possibilité a également un effet préventif : les « *hot spots* » peuvent être déclarés si les hôpitaux risquent d'être surchargés. La fin de ces mesures est prévue pour le 23 septembre 2022, mais leur prolongation n'est pour l'heure pas exclue.

⁴⁰ La Cour constitutionnelle fédérale définit la vie humaine en tant que « la valeur la plus élevée » en déduisant « une obligation de protection [...] particulièrement sérieuse » incombant à l'État » (BVerfGE 46, 160, 164). Cette protection de la vie à tout prix dans le cadre de la lutte contre le coronavirus ne suit peut-être pas le même raisonnement concernant le droit à une mort autodéterminée (assistance active au suicide, *aktive Sterbehilfe*) que la Cour livrait quelques semaines (BVerfG, décision du 26 février 2020, 2 BvR 2347/15) avant que l'épidémie n'éclate). Dans cette décision, la Seconde chambre interprète le droit de se donner la mort et d'y être assisté comme partie intégrante de la dignité humaine représentant la dimension négative du droit à la vie.

⁴¹ Heing, Kingreen, Lepsius, Möllers, Volkmann, Wißmann, « Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise », *JZ*, 2020, p. 864.

⁴² Jugement de la Première chambre du 19 novembre 2021, 1 BvR 781/21 -..., Rn. 1-306.

⁴³ Journal officiel de la République fédérale, I, 18 mars 2022, p. 466 s.

Le gouvernement fédéral adopte alors de nouvelles règles applicables à partir du 1^{er} octobre 2022 jusqu'au 7 avril 2023 : sur tout le territoire fédéral le port d'un masque FFP2 est obligatoire pour les établissements de santé et les cabinets médicaux ; dans les transports en commun vaut l'obligation de porter un masque (FFP2 ou chirurgical) excepté le transport aérien où l'obligation de porter un masque est abrogée. Les *Länder* peuvent également prendre de nouvelles dispositions afin de protéger la santé publique. Si la situation s'aggravait, les États fédérés pourraient agir par « décision parlementaire » (*Parlamentsbeschluss*) en vue d'adopter des mesures encore plus restrictives.

Le 12 octobre 2022 le ministre fédéral de la santé, Karl Lauterbach fait appel aux *Länder* afin que ces derniers prennent au sérieux leur responsabilité dans la gestion de la pandémie, notamment en décidant des mesures restrictives sur le fondement du § 28b, alinéa 1^{er} de la loi sur les maladies infectieuses, comme le port du masque dans des espaces fermés (commerces ou établissements scolaires) ou le test obligatoire. L'Institut Robert Koch met en place un « radar pandémie » (*Pandemieradar*) où il est possible d'observer l'évolution de la maladie en temps réel : https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/COVID-19-Trends/COVID-19-Trends.html?__blob=publicationFile#/home.

5°) Le droit de la crise sanitaire a-t-il porté sur des domaines circonscrits ou a-t-il concerné tous les domaines du droit ?

Le socle normatif de la loi sur les maladies infectieuses a permis l'édiction de règlements portant sur un grand nombre de domaines complétés par quelques lois fédérales. La structure fédérale implique la diversité des règlements pris par les *Länder* afin de lutter contre la propagation du SARS-CoV-2. On peut citer ici : la loi fédérale sur les mesures en droit des sociétés, des coopératives, des associations, loi des fondations et droit de la propriété foncière en vue de lutter contre la pandémie de Covid-19, loi suspendant provisoirement l'obligation de dépôt de bilan et limitant la responsabilité des personnes morales en cas d'insolvabilité causée par la pandémie de Covid-19, loi en vue de la création d'un fond de stabilisation économique, loi modificative de la loi fédérale électorale, loi sur l'avenir des hôpitaux ; loi portant mesures prenant en compte les conséquences de la pandémie de Covid-19 en droit civil, en droit de l'insolvabilité et en droit pénal procédural ; le règlement sur le temps de travail etc. Il convient de signaler la loi de révision de la Loi fondamentale du 29 septembre qui introduit par ailleurs l'article 143 h prévoyant une péréquation forfaitaire unique pour la réduction de la taxe professionnelle au profit des communes et à part égale avec le Land concerné.

6°) Les procédures de production des textes ont-elles été respectées comme en temps ordinaire (par ex., pour les textes du gouvernement en France : consultations préalables, avis du Conseil d'Etat, examen en conseil des ministres) ? Ou bien ces procédures ont-elles été adaptées pour les besoins de la crise ? Quelle a été la place accordée aux experts scientifiques dans la préparation des textes ?

Les premières modifications de la loi sur les maladies infectieuses ont été proposées, débattues et adoptées très rapidement : le projet a été présenté mi-mars et ses dispositions sont entrées en vigueur le 28 mars, ce qui est un délai record en ce qui concerne le processus législatif qui peut parfois durer plusieurs mois. De même s'agissant de la dernière modification du mois de novembre 2020. L'édiction de règlements a suivi le ton donné par le législateur fédéral et les gouvernements des seize Länder ont adopté les premiers textes « corona » en vertu du paragraphe 32 de la loi sur les maladies infectieuses. Ces règlements se sont multipliés ensuite en suivant l'évolution sinusoïdale de l'état sanitaire en introduisant de nouvelles dispositions ou en adaptant les règlements déjà en vigueur aux nouvelles modifications de la loi fédérale sur les maladies infectieuses (p.ex. les règlements « corona » de Bavière, de la Sarre, de la Rhénanie-du-Nord-Palatinat...). L'Institut Robert Koch, « l'autorité nationale de prévention des maladies transmissibles ainsi que le dépistage précoce et l'empêchement de la propagation d'infections » (paragraphe 4 de la loi sur les maladies infectieuses) est le principal « conseiller » en la matière.

Si la modification du mois de mars 2020 a fait l'objet d'une critique du Conseil d'éthique (*Deutscher Ethikrat*, recommandation ad-hoc du 27 mars 2020, retient une position très modérée concernant le « lockdown » en mettant en garde contre « le risque de tomber dans les catégories de l'état d'urgence »), la dernière modification substantielle de la loi sur les maladies infectieuses a été critiquée tant au sein même du Bundestag que par des experts juridiques qui qualifient les dispositions touchant aux droits fondamentaux (liberté de réunion, liberté de culte...), notamment le nouveau paragraphe 28a, comme disproportionnées et ne remplissant pas les exigences posées par la réserve parlementaire (*Parlamentsvorbehalt*) selon laquelle seul le Parlement prend les décisions substantielles dans les domaines normatifs fondamentaux en mettant également en exergue des incohérences dans les textes (Andrea Kießling, Anika Klafki). Le parti d'opposition *AfD* a ainsi déposé plusieurs demandes de constitution d'une « commission épidémique » permanente (*Epidemiekommision*) chargée de déterminer les critères de constatation de l'état épidémique de portée nationale en vertu du paragraphe 5 de la loi sur les maladies infectieuses. Le parti *Die Linke* ont également exigé que le gouvernement fédéral présente au Bundestag une version finale de différents scénarii de l'évolution épidémique établissant des objectifs épidémiologiques clairs en tant que standard pour les règlements fédéraux et des Länder. Enfin, *Die Grünen* ont déclaré que le principe d'État de droit, le principe de démocratie et la lutte contre la pandémie exigent une implication renforcée des Parlements (fédéral et des Länder) et l'élimination du déficit législatif existant. D'autres critiques sont venues de différentes organisations professionnelles (hôtellerie).

7°) Les délais de préparation des textes ont-ils été raccourcis, et si oui dans quelle mesure ?

Les premières modifications de la loi sur les maladies infectieuses ont été proposées, débattues et adoptées très rapidement : le projet a été présenté le 20 mars et ses dispositions sont entrées en vigueur le 28 mars, ce qui est un délai record en ce qui concerne le processus législatif qui peut parfois durer plusieurs mois. De même s'agissant de la modification de la

loi sur les maladies infectieuses en date du 18 novembre 2020, mais également de la dernière modification datant du mois d'avril 2021 introduisant le « frein d'urgence uniforme et fédéral » (*bundeseinheitliche Notbremse*).

8°) Au-delà des mesures prises pour lutter directement contre la propagation du Covid-19 et celles adoptées pour répondre aux conséquences économiques et sociales de la crise sanitaire, les textes adoptés pendant cette période ont-ils également conduit : à reporter des réformes qui étaient prêtes et devaient normalement entrer en vigueur pendant la crise ? à reporter à une date ultérieure le terme préalablement fixé de certaines dispositions, notamment des dispositions expérimentales, faute que le Gouvernement et le cas échéant le Parlement puissent se prononcer en temps utile sur leur maintien ou leur abandon ?

Le Parlement allemand a su absorber le flux législatif sans mettre en échec l'avancement des projets et propositions de lois en cours au moment de l'apparition de l'épidémie. À titre d'exemple, le nouveau plan énergétique et climatique allemand, qui devait être présenté à la Commission européenne avant le 31 décembre 2018, a été finalement adopté dans les conditions de crise le 10 juin 2020. La capacité de gestion du Bundestag s'explique par la structure fédérale de l'Allemagne : si les instances fédérales ont adopté des réformes législatives (des modifications ou des adaptations au droit en vigueur de différents domaines normatifs, comme le droit concernant les maladies infectieuses, le droit du travail, le droit des sociétés ou le droit de la famille), les autorités des Länder ont également contribué à mettre en œuvre la machine de crise permettant de gérer les conséquences de l'épidémie et des restrictions imposées à tous les secteurs de la vie sociale, institutionnelle et privée.

9°) Des dispositions adoptées en raison de la crise sanitaire ont-elles désormais un caractère pérenne ? Si oui, dans quel domaine : restriction des libertés, simplification du droit, dématérialisation des procédures, etc. ?

Les mesures de lutte contre l'état pandémique en général et contre le coronavirus en particulier sont devenues pérennes, surtout par la modification de la loi sur les maladies infectieuses du 18 novembre 2020 introduisant le paragraphe 28a qui permet d'interdire (*Untersagung*) des réunions ou services culturels, d'ordonner la distanciation sociale ou bien le port d'une protection du nez et de la bouche. Mais ces mesures restrictives ne sont possibles que si l'état épidémique de portée nationale a été au préalable constaté par le Parlement fédéral. Les dispositions particulières relatives à cette maladie nouvelle sont ainsi durablement introduites dans la législation. La modification de la loi sur les maladies infectieuses introduisant le « frein d'urgence fédéral et uniforme » (*bundeseinheitliche Notbremse*) a fini par installer durablement la possibilité de mettre en œuvre des restrictions et interdictions attentatoires à l'exercice des libertés collectives et individuelles.

10°) Pensez-vous que le droit national, tel qu'il existait avant la crise et tel qu'il a pu être amendé au cours de la crise, a permis de répondre de manière satisfaisante aux difficultés qu'elle posait ? Dans la négative, quels sont les normes ou organisations qui vous semble manquer ou avoir montré leurs limites ?

Pendant la première vague épidémique de l'hiver-printemps 2020, l'Allemagne a fait figure de « bonne élève » comparée à ses voisins. Plutôt que de prononcer une interdiction générale ou un confinement, l'accord de la Fédération et des Länder du mois de mars portait sur une « interdiction de contact ». Les mesures prises au niveau régional se sont révélées beaucoup plus souples, à l'exception de quelques Länder (p.ex. la Bavière) qui, au regard du nombre de contaminations élevé ont adopté des restrictions plus contraignantes. Cependant, la donne a progressivement changé et le législateur allemand, malgré les voix de l'opposition, a pérennisé les mesures « coronavirus » en les introduisant dans la loi sur les maladies infectieuses qui comportait, jusqu'alors des mesures générales susceptibles d'être concrétisées et adaptées au profil des maladies se propageant sur le territoire d'un ou plusieurs Länder ou bien sur l'intégralité du territoire. Désormais, il y a un volet législatif « coronavirus » qui permet d'activer à tout moment les mesures restrictives si l'état épidémique de portée nationale a été au préalable constaté. Il est sans doute encore trop tôt pour tirer des conclusions générales, mais il est possible de dire aujourd'hui que l'Allemagne, malgré quelques points acméiques de chaos rapidement résolus, a réussi à garder une certaine normalité dans cette situation d'exception qui, au mois de juin 2021, est toujours d'actualité, malgré les assouplissements progressifs.

10°) Pouvez-vous nous communiquer des statistiques faites dans le cadre de l'élaboration des normes de crise sanitaire (nombre de textes, de modifications des textes de crise, de prorogation de ces textes, etc.) ?

Au niveau fédéral, il est possible de recenser 57 actes normatifs (lois, règlements). Le principal instrument normatif au niveau du Bund est la loi fédérale sur les maladies infectieuses qui a été modifiée de nombreuses fois afin d'adapter le texte à la situation pandémique. Pour les *Länder*, ce chiffre augmente à 351 (surtout des règlements portant application de la loi fédérale sur les maladies infectieuses). Pour les communes et les groupements de communes : 626 actes normatifs ont été édictés. Au niveau fédéral, 1 184 affaires contenant le mot-clé « corona » se trouvent dans le registre général de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Dans l'écrasante majorité de cas, le juge constitutionnel fédéral a déclaré les demandes irrecevables (*unzulässig*) ou infondés (*unbegründet*).

II - Le contrôle du juge durant la crise sanitaire

1°) Les recours

1. La crise sanitaire a-t-elle suscité une augmentation du nombre des recours ? Dans quelle proportion ? Quels ont été les contentieux concernés ? En cas de dualité juridictionnelle, l'un des ordres de juridictions a-t-il été davantage sollicité ?

Les voies de recours contre les mesures « coronavirus » dépendent de la nature juridique des actes édictés. Dans l'écrasante majorité de cas, il s'agit d'actes administratifs (*Verwaltungsakte*), ce qui signifie que ce sont les tribunaux administratifs, compétents en la matière, qui ont absorbé un grand nombre des recours. L'édition de règlements par les gouvernements des Länder en vertu de la loi sur les maladies infectieuses (paragraphe 32), comportant différentes restrictions ou interdictions ainsi que la fermeture d'une série de lieux ouverts au public, a par conséquent engendré un contentieux important devant le juge administratif au niveau des Länder (contrôle des normes concret en vertu du paragraphe 47 du code de la loi sur la juridiction administrative). La Cour constitutionnelle fédérale a également été mobilisée notamment dans le cadre de procédures d'urgence (*Eilverfahren*).

2. Quelles procédures, y compris d'urgence, ont été utilisées ?

Les procédures de contestation des actes administratifs (*Widerspruch*, *Anfechtungsklage*), les procédures d'urgence devant les tribunaux administratifs des Länder (OVG Berlin-Brandenburg du 5 novembre 2020 11 S 99.20, VGH Hessen du 17 juin 2020 2 E 1289/20, VGH Bayern du 28 juillet 2020 20 NE 20. 1609, VGH Bayern du 24 juillet 2020 20 N 20.1611 les recours constitutionnels individuels (*Verfassungsbeschwerde*) et les procédures d'urgence (*Eilanträge*) devant la Cour constitutionnelle fédérale (p.ex. : jugements du 7 juillet 2020 1 BvR 1187/20, du 15 avril 1 BvR 828/20, du 17 avril 2020 1 BvQ 37/20, du 5 décembre 2020 1 BvQ 145/20, du 11 novembre 2020 1 BvR 2530/20 du 21 novembre 2020 1 BvQ 135/20). Des recours ont également été formés devant les juridictions ordinaires (*ordentliche Gerichtsbarkeit*) au niveau fédéral (BGH du 14 octobre 2020 XII ZB 235/20, BGH du 4 novembre 2020 XII ZB 220/20, BGH du 19 novembre 2020 4 StR 431/20) et au niveau des Länder (OLG Brandenburg du 5 juin 2020 13 WF 100/20, OLG Karlsruhe du 39 mars 2020 HEs 1 Ws 84/20).

2°) L'organisation des juridictions

1. Comment la juridiction s'est-elle organisée ? Des mesures destinées à prévenir ou remédier à la vacance ou à l'empêchement des magistrats ont-elles été mises en place ? Des formations spéciales ont-elles été créées ?

Le début de la pandémie a sonné le fonctionnement d'urgence (*Notbetrieb*) des juridictions. Ce terme peut paraître légèrement inadapté, même si des règles particulières ont été appliquées (notamment concernant la tenue d'audiences physiques ou la mise en place de vidéoconférences). Le report d'un certain nombre de procès était une nécessité face au contentieux lié aux mesures « coronavirus » qui ont rapidement pris le chemin des prétoires. Malgré cet état d'exception, « l'État de droit fonctionne aussi pendant la crise »

(Guido Wolf, ministre de la justice du Land de Bade-Wurtemberg), c'est-à-dire, le cœur de l'État de droit, la garantie juridictionnelle des droits et libertés, semble ne pas faire montre d'une défaillance importante.

Les ministères de la justice des Länder ont demandé aux juridictions de ne tenir une audience publique qu'en cas de nécessité. Les communications par téléphone ont été encouragées dans la mesure du possible afin de réduire au minimum les contacts personnels et de préciser si une comparution personnelle est indispensable. Les juridictions accordent des prolongations de délais et regroupent les audiences afin de limiter les déplacements et les contacts. Les décisions dans le cadre de procédures d'urgence sont possibles : un service d'urgence peut être garanti, ce qui s'applique avant tout au domaine des injonctions provisoires.

Il existait, déjà, des dispositions particulières concernant le fonctionnement de la juridiction civile : en vertu du paragraphe 245 du Code de procédure civile, les procédures civiles en cours sont interrompues dans la mesure où l'activité juridictionnelle cesse à la suite d'une guerre ou d'un autre événement, ce qui vise à protéger les justiciables contre les conséquences d'un blocage factuel de l'administration de la justice. Jusqu'à présent, cette disposition n'avait que peu d'importance, mais depuis l'apparition du Covid-19, certains commentaires ont ressurgi dans lesquels on peut lire qu'une pandémie pourrait être l'une des causes justifiant l'application du paragraphe 245 (p.ex. : Greger, *in* Zöller, *Zivilprozessordnung*, 33^e édition, 2020, point 1). Cependant, cette disposition n'a pas trouvé application en 2020 et il est peu probable que la situation soit différente en 2021. La justice suit son cours au ralenti, mais n'a pas marqué un temps d'arrêt global qui, selon certains, serait davantage un cauchemar plutôt qu'une issue de la crise. La pandémie ne dispense pas de l'obligation de respecter les délais procéduraux, sauf demandes formulées en vertu des dispositions légales en vigueur. Elle crée en revanche une obligation de prendre des mesures organisationnelles adaptées à la situation sanitaire dont les effets s'étendent sur tous les domaines de la vie sociale, institutionnelle et courante.

2. Des procédures de tri des requêtes ou de traitement des affaires accélérées ont-elles été mises en place ? Des mesures d'aménagement du contradictoire (communication des conclusions et des pièces) ont-elles été prévues ? D'autres mécanismes spécifiques ont-ils été instaurés ?

L'autonomie institutionnelle des Länder, conséquence de la forme fédérale de l'État allemand, implique parfois une diversité dans les solutions livrées. Ainsi, les Länder ont adopté des règles particulières (*Sonderregelungen*) afin de préciser le fonctionnement de leurs juridictions. Ces règles font état de dispositions déjà existantes et portent, p.ex., sur l'aménagement de l'accès physique du public aux juridictions, du temps de travail des collaborateurs afin de tenir compte de la réglementation des Länder et des décisions fédérales (distanciation sociale, interdiction de contact...). Le contentieux relatif aux mesures restrictives « coronavirus » prend une place importante et oblige, surtout les juridictions administratives, à traiter rapidement un grand nombre de recours. Le Code de procédure civile prévoit la communication écrite et les vidéoconférences.

3. Avec quelles incidences sur le contrôle juridictionnel ?

Le contrôle juridictionnel n'a pas subi de modifications substantielles.

3°) Les règles procédurales

1. Les délais de procédure ont-ils été modifiés (délais de recours, délais de clôture d'instruction et délais impartis au juge pour statuer, par exemple) ?

Conformément aux paragraphes 224, alinéa 2 et 225 du Code de procédure civile les délais peuvent être prolongés sur demande (*auf Antrag*) s'il est démontré que des « motifs substantiels » (*erhebliche Gründe*) le justifient. En ce sens, les mesures restrictives liées à la pandémie peuvent être qualifiées de « motifs substantiels ». La demande de prolongation doit être reçue par la juridiction avant l'expiration du délai (BGHZ 83, 217). Ces dispositions ne s'appliquent toutefois pas aux délais dans le cadre des procédures d'urgence. Aux termes du paragraphe 227 du Code de procédure civile, les tribunaux peuvent décider d'ajourner une audience, toujours en raison de « motifs substantiels ».

2. Les règles de procédure ont-elles été aménagées ? L'ont-elles été, le cas échéant, par le juge ou par les textes ? Ces aménagements ont-ils concerné uniquement les recours en lien avec la crise sanitaire ou tous les contentieux ?

Les dispositions légales, en particulier le Code de procédure civile, ouvrent la voie, dans la mesure du possible, à l'utilisation de procédures écrites ou de techniques de vidéoconférences. La tenue des audiences, l'accès du public ainsi que le déroulement des procès ont été aménagés en tenant compte des restrictions sanitaires.

3. Des mesures destinées à la tenue des audiences ont-elles été mises en place (publicité des débats ; audiences par audio ou visio-conférence ; dispense d'audience) ?

En vertu du paragraphe 128 du Code de procédure civile, avec le consentement des parties à un litige, la juridiction concernée peut passer à une procédure écrite (ce qui concerne surtout les procédures d'urgence). Si l'équipement technique de la juridiction le permet, cette dernière doit examiner la question de savoir si une audience par vidéoconférence est possible (paragraphe 128a du Code). L'audition de témoins, d'experts et l'audition des parties peuvent également se dérouler en vidéoconférence. Dans la situation causée par le coronavirus, une audition écrite de témoins (paragraphe 377, al. 3 du Code) et une expertise écrite (paragraphe 411 du Code) doivent également être prises en compte par la juridiction. La possibilité d'organiser des vidéoconférences existe de manière comparable en ce qui concerne les juridictions administratives.

4°) L'office du juge

1. Quelle interprétation des textes a été adoptée par le juge national pour répondre à la crise du Covid-19 ? Les méthodes et instruments de contrôle existants ont-ils permis de répondre à la crise du Covid-19 ? De nouvelles méthodes ont-elles été dégagées à cette occasion ?

Dans le cadre du contrôle des textes portant des mesures en vue de lutter contre l'épidémie, le juge est particulièrement vigilant du respect du principe de proportionnalité de la mesure (nécessité, but poursuivi, proportionnalité stricto sensu). Les procédures d'urgence, notamment celles introduites devant la Cour constitutionnelle fédérale ne permettent cependant pas de régler les questions au fond.

2. Le juge national s'est-il inspiré des décisions rendues par d'autres juges nationaux ? le cas échéant, lesquels ?

La palette jurisprudentielle des juridictions allemandes étant assez complète, les juges n'ont pas vraiment cherché une source d'inspiration étrangère.

3. Quelles théories jurisprudentielles ont été mobilisées pour répondre à la crise du Covid-19 ? De nouvelles théories ont-elles été créées à cette occasion ? Des revirements de jurisprudence ou des évolutions notables ont-ils été observés ?

L'atteinte massive à l'exercice des droits fondamentaux est la caractéristique principale des mesures adoptées pour lutter contre la nouvelle maladie. Les décisions de justice rendues dans le cadre de procédures d'urgence démontrent la difficulté pour le juge de procéder à une mise en balance entre la volonté de protéger la santé publique (la santé globale), d'une part, et de ne pas vider les droits fondamentaux de leur substance, d'autre part. La configuration de l'atteinte de ces droits est nouvelle et ne présente pas les caractéristiques habituelles d'une ingérence de la puissance publique dans la sphère des libertés individuelles et collectives. De manière classique, les restrictions apportées doivent être prévues par la loi (*durch Gesetz*) ou en vertu d'une loi (*auf Grund eines Gesetzes*) et satisfaire aux exigences de proportionnalité. Les mesures du Bund et des Länder pour lutter contre le nouveau virus ne connaissent pas d'équivalent tant d'un point de vue temporel (la rapidité avec laquelle les autorités publiques ont adopté une série de restrictions et d'interdictions) que s'agissant de la teneur de ces actes (l'ingérence dans le domaine des droits fondamentaux est d'intensité maximale). Les mesures touchent le libre épanouissement de la personnalité (article 2, al. 1^{er} LF), la liberté de réunion (article 8 LF), la liberté de circulation (article 11 LF), le libre exercice du culte (article 4 LF)... Cette atteinte massive aux droits est examinée au regard du principe de concordance pratique (*Grundgesetz der praktischen Konkordanz*) tendant à résoudre les conflits entre droits fondamentaux en les conciliant de manière pragmatique et en permettant leur application optimale et du principe de proportionnalité.

La fonction traditionnelle des droits fondamentaux est celle de droits de défense (*Abwehrrechte*) de l'individu contre la puissance publique. Ils constituent une sphère de liberté qui suppose l'autorisation du législateur pour chaque ingérence ayant comme but de restreindre la liberté d'action de l'individu ou du collectif. Dans le cadre de la crise sanitaire, nous ne sommes pas confrontés à la fonction défensive de ces droits. L'atteinte est décidée par la puissance publique dans le seul intérêt des particuliers : le motif de santé publique cache le droit à la vie et à l'intégrité physique constitutionnellement (article 2, al. 2 LF) et conventionnellement (article 2 CEDH) protégé. Sur les autorités publiques pèse une obligation de protection qui concerne un bien juridique de rang élevé dans l'ordre des valeurs de la Loi fondamentale : la vie humaine. En ce sens, la Cour constitutionnelle fédérale et les tribunaux administratifs procèdent à une hiérarchisation des droits fondamentaux en plaçant le droit à la vie et à l'intégrité physique au sommet. Le rang de ce dernier balaie tout le reste en l'érigeant en maître absolu de la pyramide des libertés en sacrifiant l'exercice de droits individuels et collectifs.

4. Le contrôle juridictionnel a-t-il été modifié pour tenir compte de la situation de crise ? Quels éléments ont été ajustés ? L'intensité du contrôle a-t-elle été affectée ? Un contrôle spécifique à la situation de crise sanitaire a-t-il été créé ? Le contrôle juridictionnel a-t-il varié en fonction de l'évolution de l'intensité de la crise (confinement et hors confinement) ?

Afin de tenir compte de la situation exceptionnelle, les juridictions se sont attelées à vouloir concilier le bien protégé par les mesures : la santé publique et l'exercice des droits fondamentaux. La mise en balance est délicate, car l'atteinte massive commande au juge d'examiner de manière minutieuse les restrictions prises par les autorités publiques. Cependant, la rapidité avec laquelle le juge doit statuer et les incertitudes liées à la nouvelle maladie conduisent à un certain laxisme concernant l'examen de proportionnalité des mesures et, enfin, à la validation, dans la plupart des cas, des actes attaqués.

5. Quel contrôle a été exercé sur les mesures de sortie de crise et/ou d'assouplissement des dispositifs mis en place ?

Au niveau fédéral et au niveau des États fédérés, les juges administratifs et constitutionnels ont exercé un contrôle sur les mesures « corona ». Le juge constitutionnel fédéral a également exercé un contrôle, surtout au début, dans le cadre des mesures d'urgence en censurant certaines dispositions normatives (actes administratifs). Ensuite, face au nombre de contaminations et de décès croissant, la Cour constitutionnelle fédérale s'est contentée d'un contrôle sommaire. La majorité des décisions rendues depuis mars 2020 interviennent dans le cadre des procédures d'urgence des §§ 47, alinéa 6⁴⁴ ; 80, alinéa 5⁴⁵ et 123⁴⁶ de la loi

⁴⁴ « Sur requête, le tribunal peut rendre une ordonnance de référé [*einstweilige Anordnung*] s'il existe une nécessité impérieuse de prévenir des préjudices graves ou pour d'autres raisons importantes. »

⁴⁵ « Sur requête, le tribunal compétent au fond peut [...] ordonner l'effet suspensif pour tout ou partie [...]. La requête est recevable même avant l'introduction du recours en annulation. [...] »

sur la juridiction administrative (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*). Un quart des litiges concernent l'obligation de port du masque ou une mesure restrictive de sortie ou de contact. Dans environ 500 cas de plus de 2400 procédures les tribunaux administratifs ont statué en faveur de la protection des libertés fondamentales, et dans le reste des affaires la protection de la santé était le bien faisant l'objet d'une protection renforcée qui justifie les mesures attentatoires de libertés⁴⁷.

6. Dans le contentieux de l'urgence, comment a évolué le contrôle juridictionnel ?

Dans les premiers mois de la pandémie, les juges administratifs et constitutionnels censuraient des mesures restrictives, mais avec l'évolution défavorable de la maladie a également joué un rôle sur la politique jurisprudentielle : à quelques exceptions près, les décisions de justice sont devenues une manière de valider les restrictions des pouvoirs publics. Actuellement (novembre 2022) 22 affaires portant sur les mesures « corona » sont pendantes devant la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*). P.ex. : dans le cadre d'un contrôle des normes abstrait, la Cour constitutionnelle de Thuringe a notamment posé la question de savoir si la loi fédérale sur les maladies infectieuses (*Infektionsschutzgesetz*) constituait, au début de la pandémie, une base normative suffisante permettant de prendre les mesures nécessaires en vue de lutter contre la propagation de la maladie ou si une décision du Parlement allemand aurait été nécessaire au préalable⁴⁸. Au mois de novembre 2022, la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) doit se prononcer sur la proportionnalité des règlements édictés en vue de lutter contre la pandémie de coronavirus du *Land* de Sachsen (Az. 3 CN 1.21) et du *Land* de Bavière (Az. 3 CN 2.21).

7. Le juge national a-t-il dû adapter son office pour répondre à une situation de crise telle que celle du Covid-19 ? Dans quelle mesure ?

⁴⁶ « Sur requête, le tribunal peut, même avant l'introduction du recours, prendre une ordonnance de référé concernant l'objet du litige, s'il existe un risque qu'une modification de l'état des choses rende impossible ou sensiblement plus difficile la réalisation d'un droit du requérant. Les ordonnances de référé sont également possibles pour régler une situation provisoire concernant un rapport de droit litigieux lorsque cette réglementation paraît nécessaire, notamment dans le cas de rapports de droit s'étendant dans le temps, pour écarter des préjudices substantiels ou faire échec à une violence imminente ou pour d'autres raisons. Le tribunal compétent pour édicter les ordonnances de référé est le tribunal compétent au fond. Il s'agit du tribunal de première instance et, si l'affaire au fond est pendante en appel, du tribunal d'appel. »

⁴⁷ Johannes Kruse, Christian Langner, « Covid-19 vor Gericht: Eine quantitative Auswertung der verwaltungsgerichtlichen Judikatur », *Neue Juristische Wochenschrift*, 2021, pp. 3707-3712 ; Anika Klafki, « Kontingenz des Rechts in der Krise. Rechtsempirische Analyse gerichtlicher Argumentationsmuster in der Corona-Pandemie », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2021, pp. 583-602.

⁴⁸ Jugement de la Cour constitutionnelle de Thuringe, 1 BvN 1/21 du 19 mai 2021 ([http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/348E699E999F24EAC12586DB002C242F/\\$File/20-00110-B-A.pdf?OpenElement](http://www.thverfgh.thueringen.de/webthfj/webthfj.nsf/348E699E999F24EAC12586DB002C242F/$File/20-00110-B-A.pdf?OpenElement)).

La notion d'office du juge ne peut trouver d'équivalent en Allemagne. Il convient de souligner toutefois le changement de paradigme dans la manière de rendre les décisions de justice. Si le juge administratif et constitutionnel sont en principe associés à une protection plénière des droits fondamentaux de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 déployée dans des analyses minutieuses notamment concernant le contrôle de proportionnalité des normes y portant atteinte, pendant la période de la pandémie il était remarquable de voir que le juge a opté de protéger la santé et l'ériger en droit fondamental suprême justifiant des restrictions problématique (p.ex. le cas du « frein d'urgence fédéral », Bundesnotbremse). De protecteur des libertés, le juge s'est transformé en protecteur de la santé publique en validant une multitude de dispositions des pouvoirs publics dont l'existence aurait été impensable encore il y a trois ans.

8. Quels pouvoirs juridictionnels ont-ils été mobilisés ? Des injonctions ont-elles été prononcées ? Dans quelle proportion ?

Dans la plupart des cas, le juge tend à valider les mesures restrictives. A quelques exceptions près (p.ex. : BVerfG du 15 avril 1 BvR 828/20 et BVerfG du 17 avril 2020 1BvQ 37/20 ;), le juge administratif n'a pas suspendu de manière générale l'application des mesures « corona ».

9. Des mesures provisoires ont-elles été ordonnées par le juge ? Lesquelles ?

Les procédures d'urgence ont permis, dans certains cas rares, de prononcer des ordonnances de référé (*einstweilige Anordnungen*).

10. Le juge national a-t-il été amené à adapter les effets de ses décisions à la situation de crise du Covid-19 ? Dans quelle mesure ? S'est-il particulièrement attaché à préciser les conséquences concrètes de ses décisions ?

Des assouplissements ont pu être mis en œuvre dans certains domaines (droit de l'insolvabilité, droit du travail). S'agissant des décisions de justice relatives aux mesures « coronavirus », le juge ne suit pas un mouvement intrusif en se substituant aux autorités publiques. Les décisions ont permis la tenue de rassemblements initialement interdits ou l'ouverture (temporaire) d'établissements fermés en raison de la situation sanitaire (salles de sport).

11. A-t-il communiqué sur le sens et la portée de ses décisions ? Plus ou moins qu'à l'accoutumée ?

La communication des juridictions a été centrée sur les mesures prises en concordance avec les restrictions décidées tant au niveau fédéral qu'au niveau des Länder (tenue des audiences publiques, accès aux tribunaux...). Les décisions validant les restrictions prises

par les autorités publiques ont fait l'objet de communiqués plus ou moins brefs mettant en exergue le caractère nouveau et imprévisible de la maladie rendant difficile la mise en balance entre le maintien de l'exercice des droits fondamentaux individuels et collectifs et la protection de la santé publique.

12. Un contentieux de la responsabilité a-t-il été suscité par les décisions prises pour répondre à la crise du Covid-19 ? Sur quel fondement les personnes publiques ont-elles, le cas échéant été condamnées ?

Dans de nombreux secteurs, les manques à gagner des milliers d'entreprises fermées à cause des mesures « corona » posent la question des conséquences en matière de responsabilité des pouvoirs publics. En vertu du § 75 de l'introduction au code général de Prusse (*Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht*): « L'État est tenu d'indemniser quiconque se trouve contraint de sacrifier ses droits et avantages au nom de l'intérêt supérieur de la collectivité [*Wohle des gemeinen Wesens*] ». Les mesures de fermeture, de restriction de déplacement ou de contact visent précisément à protéger l'intérêt supérieur de la collectivité. Cependant, jusqu'à présent, toutes les demandes d'indemnisation devant les juridictions allemandes ont échoué, ce qui fait ressortir la nécessité de réforme de ce domaine qui présente des défaillances systémiques⁴⁹. Le droit de la responsabilité de l'État représente « une image confuse » (*verwirrende[s] Bild*)⁵⁰ et le coronavirus n'a pas permis d'éclaircir les zones d'ombre, ni de livrer des réponses satisfaisantes face au contentieux qui devient de plus en plus important⁵¹. La loi fédérale sur les maladies infectieuses prévoit l'indemnisation dans certains cas : § 56, alinéa 1^{er} établie une base normative pour les « personnes isolées, suspectées d'être contaminées, d'être malades ou autres porteurs d'agents pathogènes » soumises à des interdictions dans l'exercice de leurs activités professionnelles (manque à gagner). Toutefois, cette disposition ne s'applique pas aux mesures restrictives comme la décision de fermeture générale (*lock down*) : les restaurateurs, coiffeurs, tous les autres établissements commerciaux qui reçoivent du public n'entrent pas dans le champ d'application matériel du § 56, alinéa 1^{er} de la loi. Le § 65, alinéa 1^{er} représente une autre base normative possible ouvrant droit à l'indemnisation : si des « objets sont détruits, endommagés ou leur valeur diminuée d'une façon quelconque ou un autre préjudice patrimonial non négligeable est causé, mais uniquement dans les hypothèses des §§ 16 et 17 de la loi (prévention des maladies infectieuses). Or, les décisions « corona » n'ont pas ce fondement normatif. Elles interviennent dans le cadre de la « lutte » contre les maladies infectieuses et non plus en vue de leur prévention,

⁴⁹ Sur la responsabilité administrative en Allemagne, v. de manière générale la thèse d'Anne Jacquemet-Gauché : *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, 2013, LGDJ, 614 p. ; de la même : « La responsabilité administrative en Allemagne : comparaison avec le droit français à partir de quelques cas pratiques », *Revue française d'administration publique*, 2013, pp. 625-637 ; concernant la responsabilité de l'État dans le cas particulier des lois inconstitutionnelles et inconventionnelles : Philippe Cossalter, Felix Schubert, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles ou inconventionnelles : Allemagne », *Revue française de droit administratif*, 2019, pp. 404-420. V. encore: Edgar Loening, « Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht – Eine Festschrift », 1879, p. 1.

⁵⁰ Eckart Klein, in Hans Theodor Soergel (éd.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, vol. 13, 13^e édition, 2005, § 838.

⁵¹ V. l'analyse complète de Marten Breuer, « Coronapandemie und Staatshaftungsrecht : eine Rechtsprechungsanalyse », *Die Öffentliche Verwaltung*, 2022, pp. 225-235, avec des références supplémentaires.

même s'il est possible de discuter de la distinction entre prévention et lutte dans le contexte singulier et inédit du Covid-19⁵².

Si le juge admettait le principe de responsabilité en raison des mesures « corona », sa décision signifierait la naissance d'« une sorte d'assurance en vertu du droit de la responsabilité de l'État »⁵³, et il n'est pas sûr que les juridictions souhaitent franchir cette étape. La Cour de justice fédérale (*Bundesgerichtshof*) suit également le raisonnement selon lequel les mesures « corona » ne peuvent donner lieu à une indemnisation et engager la responsabilité de l'État⁵⁴.

5°) La pérennisation

1. Quelles sont les incidences pérennes du contentieux lié à la situation de crise du Covid-19 sur la procédure contentieuse et l'office du juge ?

La possibilité de recourir à une procédure sous forme écrite ou d'organiser des vidéoconférences existaient au moment de l'apparition de la nouvelle maladie. Au mois de juin 2020, le Land de Schleswig-Holstein a formulé un projet de loi (*Gesetzesentwurf*) mettant en place la nouvelle configuration de la justice conforme à la situation sanitaire : la loi sur les juridictions en cas d'épidémie (*Epidemiegerichtsgesetz*). L'ordre fédéral des avocats (*Bundesrechtsanwaltskammer*) a émis un avis critique quant à l'utilité d'une telle législation eu égard aux possibilités procédurales existantes. À l'heure actuelle, ce projet n'a pas avancé.

2. Quels sont les contentieux les plus marqués ?

Le contentieux administratif en raison de la nature des actes comportant les mesures restrictives liées à la pandémie, et, dans une moindre mesure, en 2020, le contentieux civil. Un grand nombre de recours constitutionnels individuels devant la Cour constitutionnelle fédérale apparaîtra sans doute au cours des prochains mois en raison de la législation modifiée ainsi qu'à cause des décisions de justice validant une partie des mesures « coronavirus ».

6°) Les renvois préjudiciels

1. Le juge national a-t-il adressé des questions préjudicielles aux cours européennes (CJUE, Cour EDH) ? Dans quel domaine ?

⁵² Hans-Peter Schwintowski, « Haftung des Staates für (rechtmäßige) Corona-Eingriffe », *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2020, p. 1475.

⁵³ Marten Breuer, « Coronapandemie und Staatshaftungsrecht : eine Rechtsprechungsanalyse », *Die Öffentliche Verwaltung*, 2022, p. 234.

⁵⁴ Cour de justice fédérale, jugement du 17 mars 2022, III ZR 79/21. En l'espèce, il s'agit du recours formé par un restaurateur afin d'obtenir une indemnisation en raison de la mesure de fermeture des établissements de restauration.

Oui. La Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) a posé une question préjudicielle à la CJUE portant sur la possibilité pour les associations de consommateurs de poursuivre les atteintes à la protection des données personnelles (BGH du 28 mai I ZR 186/17) ; des questions concernant les conséquences de l'incompatibilité des rémunérations minimales du barème des honoraires des architectes et ingénieurs (*Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, HOAI*) prononcée par la CJUE (arrêt du 4 juillet 2019 C-377/17) pour les procédures judiciaires en cours entre particuliers (BGH du 14 mai 2020 VII ZR 174/19). La Cour fédérale du travail a posé une question préjudicielle à la CJUE concernant une convention collective qui ne prend en compte, pour le calcul de la rémunération des heures supplémentaires, que les heures effectivement travaillées en excluant les heures pendant lesquelles le salarié prend un congé annuel payé (BAG du 17 juin 2020 10 AZR 210/19 [A]).

2. Le juge national a-t-il adressé, le cas échéant, des questions préjudicielles à la cour constitutionnelle ? Dans quel domaine ?

En vertu de l'article 100, al. 1^{er} LF, « si un tribunal estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle, il doit surseoir à statuer et soumettre la question à la décision [...] de la Cour constitutionnelle fédérale s'il s'agit de la violation » de la Loi fondamentale. Le Tribunal régional (*Landgericht*) de Berlin a posé une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle fédérale concernant le plafonnement des loyers à Berlin (LG Berlin du 12 mars 2020 67 S 274/19). Le tribunal administratif (*Verwaltungsgericht*) de Hambourg a saisi la Cour constitutionnelle fédérale d'une question portant sur la conformité du calcul des traitements des fonctionnaires du groupe tarifaire A 13 et des pensions des fonctionnaires retraités sur la base de cette rémunération pour la période 2011-2019 à l'article 33, al. 5 LF (VG Hamburg du 29 septembre 20 K 7506/17).