
Note de jurisprudence

LA LÉGALITÉ DE L'ACTION DU GOUVERNEMENT EN ÉTAT D'URGENCE

Note sous C.C.A., 23 juin 2022,

Association marocaine des droits de l'homme c/ Chef du gouvernement

Mohammed Amine BENABDALLAH (*)

Professeur de droit public

Tout le monde se souviendra que les mesures prises durant la période du Covid-19 qui a embrasé la planète toute entière n'ont pas manqué de susciter les mécontentements et les protestations les plus divers. Certains ont porté sur l'opportunité du confinement lui-même et la restriction qui s'en est ensuivie. Suite à leur mise en place, des désagréments furent naturellement causés et, par la force des choses, des recours d'ordre juridictionnel ont été intentés et c'est dans ce sens que la Cour de cassation a rendu son arrêt du 23 juin 2022.

Par recours intenté le 3 novembre 2021 devant la Cour de cassation, l'Association marocaine des droits de l'homme, demande l'annulation de la mesure prise par le gouvernement le 18 octobre 2021, publiée par l'Agence Maghreb Arabe Presse, imposant l'obligation du passeport de vaccination à partir du 21 octobre 2021, pour circuler entre les préfectures et les provinces par les moyens de transport privés ou publics et, également pour accéder aux différents services et endroits ouverts au public.

La requérante soutient que la mesure est illégale au motif qu'elle a été publiée en violation des règles juridiques requises pour informer de son contenu les citoyens et l'opinion publique marocaine, et qu'elle a été prise par une autorité incompétente au regard de l'article 70 de la Constitution qui dispose que le parlement exerce le pouvoir législatif et qu'il vote la loi et que, de ce fait, la mesure en question relève du domaine de la loi compte tenu de son étroite relation avec les droits et les garanties constitutionnelles. Elle ajoute que le décret-loi habilitant le gouvernement à prendre des mesures dans le

(*) aminebenabdallah.hautetfort.com

cadre de l'état d'urgence, ne lui permet pas d'exercer les attributions relevant du parlement et que l'article 3 du décret-loi précise que ces mesures ne doivent pas faire obstacle à la continuité des services publics vitaux et la garantie des prestations aux usagers. Pour corroborer sa requête, elle conclut qu'avec la fin du confinement sanitaire et la diminution des contraintes sur l'activité des citoyens, il n'y avait plus aucun motif pour que le gouvernement maintienne l'état d'urgence en cumulant les pouvoirs exécutif et législatif, et que son acte a été pris en violation des droits et libertés fondamentaux constitutionnels.

A ce recours, par son arrêt du 23 juin 2022, la Chambre administrative de la Cour de cassation, a opposé un rejet en s'appuyant sur le contenu du décret-loi du 23 mars 2020 édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire et les mesures de sa déclaration. De cet arrêt, il ressort deux points qui invitent à s'arrêter sur le caractère exceptionnel du droit applicable en état d'urgence et l'étendue des mesures qui en découlent pour assurer la sécurité des citoyens.

- I -

On ne peut pas parler du Covid-19 sans parler de l'état d'urgence, une situation que tous les gouvernements du monde ont eu à gérer pendant plus de deux ans et qui ne s'est estompée que par étapes. C'est cette situation imparable qui a conduit à geler une grande partie des règles de publication habituellement appliquées pour justement parer à une situation tout à fait exceptionnelle. Néanmoins, au-delà de cette particularité que l'on ne saurait ignorer, peut-on considérer qu'une mesure serait illégale et devrait entraîner annulation dans le cas de sa publication par une voie autre que le bulletin officiel, tel que le soutient l'association requérante ?

En son troisième alinéa l'article 6 de la Constitution dispose que « *Sont affirmés les principes de constitutionnalité, de hiérarchie et d'obligation de publication des normes juridiques* ». D'évidence, l'obligation de publication s'impose comme règle incontournable d'information du public sous peine que la règle elle-même n'aurait aucune existence en ce sens qu'elle ne saurait être opposable à quiconque. Néanmoins, pour être connue et produire ses effets, elle doit nécessairement être publiée, mais pas forcément au bulletin officiel. Aucun article de la Constitution ne l'impose dans la mesure où l'essentiel est qu'elle soit portée à la connaissance de ses destinataires pour qu'ils agissent en conséquence.

Dans le cas qui nous retient, la partie requérante reproche au gouvernement d'avoir publié la mesure non pas au bulletin officiel mais par l'Agence Maghreb Arabe Presse. A ce propos, s'il est vrai que l'article premier de l'arrêté du 2 septembre 1912 du Commissaire Résident Général, toujours en vigueur, publié au bulletin officiel du 1^{er} novembre 1912 dispose qu'il est créé un bulletin officiel destiné à publier les décrets et

décisions et arrêtés du gouvernement chérifien, il n'est pas moins vrai que la loi n° 02.15 relative à la réorganisation de l'Agence Maghreb Arabe Presse, créée en vertu du Dahir portant loi n° 1-75-235 du 19 septembre 1977, exerce, entre autres, la diffusion de toutes informations jugées utiles par les autorités publiques pour le public. De ce fait, on peut, nous semble-t-il, soutenir que le gouvernement dispose d'un choix de publication selon le cas qui se présente à lui sans perdre de vue que le principal but est que l'information soit diffusée et parviennent à la connaissance de ses destinataires.

Or, dans le cas de l'état d'urgence, la situation se présente tout autrement.

En effet, par son article 3, le décret-loi du 23 mars 2020 édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire et les mesures de sa déclaration (Bull. Off. n° 6867 bis du 24 mars 2020, et Bull. Off., éd. française n° 6870 du 2 avril 2020), habilite le gouvernement à prendre pendant la période de l'état d'urgence toutes les mesures nécessaires à cet effet, par décret, par décisions réglementaires ou administratives ou par des circulaires ou avis. Et le même article justifie cet état de fait en ajoutant que cette forme de publication a lieu en vue d'assurer une intervention immédiate et urgente. C'est, pensons-nous, cette contrainte d'immédiateté et d'urgence qui permet la publication par tout moyen approprié sans s'embarrasser des procédures usuelles de publication en temps normal. C'est alors un état de circonstances exceptionnelles qui impose que soient mises de côté toutes les procédures habituelles de publication, le but étant que l'information parvienne à ses destinataires dans les délais les plus brefs et en temps utile.

Ceci dit, le défaut régulier de publication, s'il avait été établi, pouvait-il impliquer l'illégalité de la mesure ? De toute évidence, non ! Le seul effet est que l'acte en question ne pourrait pas être opposable à ses destinataires, en ce sens que s'il prévoyait une sanction contre ceux qui y contreviendraient, elle ne pourrait pas leur être appliquée, mais, en tout état de cause, l'acte jouira de la présomption de légalité tant qu'il n'aura pas subi d'annulation juridictionnelle.

- II -

La base légale de l'intervention du gouvernement en cas d'urgence peut parfaitement se fonder non pas sur un texte de loi mais sur la théorie des circonstances exceptionnelles. Dans le cas qui nous retient, on peut relever que le fondement de la mesure est bel et bien le décret-loi, mais que même si celui-ci n'avait pas été pris, le gouvernement, en attendant de le prendre ne serait pas moins habilité à agir, pour ne pas dire qu'il serait même dans le devoir de prendre les mesures qui s'imposent face à l'épidémie.

La surprise avec laquelle la pandémie a pris son ampleur spectaculaire au niveau de la planète toute entière n'était pas sans mettre dans l'embarras quiconque chercherait une

base juridique légale permettant aux pouvoirs publics d'agir dans les plus brefs délais. Devant une menace contre la population, la première obligation des pouvoirs publics est d'assurer sa sécurité. C'est ce qui découle de l'article 21 de la Constitution et même de la notion d'exécution des lois qu'énonce l'article 89 ; une notion qui ne doit pas s'interpréter étroitement au point de laisser la population livrée à son sort en cas de catastrophe sous prétexte que dans la législation il n'existe pas de texte qui permette au gouvernement d'agir. Si le même article 89 énonce que le gouvernement dispose de l'administration, c'est bel et bien pour faire face à tous les aléas qui pèsent sur la vie des citoyens et il n'est pas plus grand danger pour une population que celui qui menace sa santé. Administrer un pays, ce n'est pas se contenter d'exécuter les lois, mais c'est gérer toutes les situations auxquelles il peut être confronté.

Au plan jurisprudentiel, dans un arrêt très connu des juristes, CSA 17 avril 1961, *El Hihi*, la Cour suprême avait considéré, alors qu'il n'y avait encore aucune constitution sur laquelle se fonder, que le gouvernement était chargé de « *l'administration générale du pays* ». C'était pour justifier l'intervention du Président du Conseil (chef du gouvernement d'alors) pour prendre les mesures nécessaires assurant le bon fonctionnement de l'ensemble des services publics. Une formule hautement juridique qui nécessairement inclut la fonction de maintien de l'ordre, impliquant par nature l'édiction de mesures contre la propagation de toute pandémie. C'est, pensons-nous, sur cette base que le gouvernement ne doit pas rester inactif ; il est, au contraire, constitutionnellement habilité à agir en application de l'article 21 de la Constitution chargeant les pouvoirs publics à assurer *la sécurité de la population et du territoire national dans le respect des libertés et des droits fondamentaux garantis à tous*.

Dans le cas du Covid-19, dont on était loin de soupçonner la menace de propagation, tellement, tous les gouvernements du monde manquaient d'expérience, la loi ne pouvait pas intervenir dans des délais raisonnables. Les autorités se devaient d'agir d'abord sans se soucier de l'aspect purement juridique. Souvenons-nous ! C'est bien à partir du 4 mars 2020, soit le surlendemain du premier cas de contamination déclaré le 2 mars, que sur instructions du ministre de l'intérieur, les autorités administratives à l'échelon des préfectures et des provinces, ont commencé à prendre les mesures préventives contre la propagation du virus. Et, c'est le 19 mars 2020, par simple communiqué, qu'a été déclaré l'état d'urgence sanitaire à dater du lendemain du vendredi 20 mars 2020 à 18 heures. Naturellement, toutes les mesures qui en ont découlé ont eu des effets restrictifs sur la liberté fondamentale, garantie par l'article 24 de la Constitution, « *de circuler et de s'établir sur le territoire national, d'en sortir et d'y retourner, conformément à la loi* ». En fait, seule la loi pouvait en limiter l'exercice ; pourtant ce n'est que le 24 mars 2020 que fut publié le décret-loi habilitant le gouvernement à agir.

C'est dire le contexte inhabituel, hautement particulier appelant l'application de l'adage « *nécessité fait loi* », en langage jurisprudentiel, c'est la théorie des circonstances exceptionnelles. Légalité de crise, cette théorie justifie l'action des autorités publiques par des actes qui seraient illégaux en période normale. Aussi, un gouvernement qui s'abstiendrait d'agir contre le mal menaçant l'ensemble ou même une partie de la population sous prétexte d'attendre l'édiction d'une loi se mettrait de par sa négligence dans une situation extrême de responsabilité.

Au demeurant, dans le cas de notre arrêt, l'action du gouvernement ne manquait nullement de base juridique. D'où la nécessité de l'édiction d'une loi !

Le décret-loi du 23 mars 2020, publié dès le lendemain, le 24 mars, a expressément habilité le gouvernement à déclarer l'état d'urgence, à le proroger et à prendre, *nonobstant toute disposition législative et réglementaire en vigueur*, toutes les mesures qu'exige la situation. Du point de vue juridique, toute restriction de liberté ne pouvant avoir lieu que par la loi, le décret-loi, ratifié le 28 mai 2020 (Dahir du 28 mai 2020 portant promulgation de la loi ratification du décret-loi du 23 mars 2020 édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire et les mesures de sa déclaration, B.O. n° 6887 du 1^{er} juin 2020, p. 3336), donnait plein pouvoir à l'administration, prolongement du gouvernement, pour se substituer au pouvoir législatif dans toutes ses attributions en la matière. De ce fait, toutes les attributions du pouvoir législatif devant lui revenir dans la gestion de la pandémie sont devenues du ressort du gouvernement et de l'administration dont il dispose. Un transfert que justifie la célérité qui doit caractériser les mesures à prendre ; une célérité qui, par la force des choses, serait difficile, sinon impossible, à respecter si toute mesure à prendre devait emprunter la voie législative suivie en période normale où rien ne pèse sur la santé de la population.

En fait, dans le cas d'espèce, le gouvernement n'a imposé aucune obligation de vaccination à quiconque. Néanmoins, au vu de l'évolution de la pandémie et du risque de transmission du virus, il a institué l'obligation de fournir le passeport pour accéder aux endroits publics où généralement se mêlent et s'entremêlent des personnes tels les espaces hôteliers, touristiques, de restauration, cafés, espaces fermés, endroits commerciaux, salles de sport et bains publics. C'est une mesure qui a sans doute été fortement critiquées, non seulement au Maroc, mais dans bien d'autres pays, mais elle ne reste pas moins une mesure de police administrative faisant application du principe de précaution. Certaines voix n'ont pas manqué de la remettre en cause en faisant valoir l'atteinte qu'elle génère sur les droits fondamentaux ; cela aurait été le cas, si l'administration avait fait du vaccin une obligation sous peine de sanction, mais ce n'était pas le cas dans la mesure où elle n'en a fait une obligation que pour accéder aux endroits publics. Ce qui est totalement différent. C'est dans ce sens qu'a jugé la Cour de cassation en mettant en relief la défense de la vie des personnes et la garantie de leur sécurité.

Le droit à la vie dont la Constitution, dans son article 20, en fait le droit premier de tout être humain en ajoutant que la loi le protège, implique bien naturellement l'obligation pour les pouvoirs publics de mettre en œuvre toutes les actions nécessaires pour le protéger. Dans le même ordre, l'article 21 précise que toute personne a droit à la sécurité de sa personne, et de ses proches en ajoutant également que les pouvoirs publics assurent la sécurité des populations. L'essentiel au plan juridique est que l'action de l'Etat pour assurer le droit à la vie et la sécurité des personnes ne constitue pas une atteinte aux droits et libertés. Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation n'a relevé aucune violation tant, précise-t-elle, que l'administration n'a pas fait du vaccin une mesure obligatoire.

Pour la défense de l'ordre public sanitaire, la Cour de cassation a donc lié l'action de l'administration non pas à une faculté d'agir mais à une obligation inhérente à sa fonction. Ceci nous amène à nous poser la question suivante : quelle aurait été l'attitude ou la réaction de la population si l'administration n'avait pris que des mesures basiques, élémentaires et inefficaces qui se seraient avérées insuffisantes pour faire face à la pandémie ? Des associations n'auraient-elles pas crié au scandale en dénonçant l'inaction ou le manque de vigilance de l'administration en allant même jusqu'à recourir au juge pour engager sa responsabilité ? C'est dire que dans les deux cas de figure, une administration qui agit et une autre qui le fait insuffisamment ou pas du tout, la question ne serait simple qu'en apparence tant la situation est cornélienne ; autrement, le cas qui nous a retenu n'aurait pas donné lieu à jurisprudence !

*

* *

C.C.A. 23 juin 2022,

Association marocaine des droits de l'homme c/ Chef du gouvernement

Mais, considérant qu'en plus que la publication d'un acte administratif est une opération postérieure à son édicition et qu'elle ne fait pas partie des éléments de sa légalité, et que son but réside dans l'information des destinataires de son contenu pour produire ses effets juridiques, et qu'en l'espèce, l'article 3 du décret-loi édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire et les mesures de sa déclaration permet au gouvernement de prendre toutes les mesures qu'imposent cette situation, et ce par des décrets et des arrêtés réglementaires, ou par circulaires et communiqués ; et que ce décret-loi n'impose pas au gouvernement d'édicter cette catégorie de mesures par une forme déterminée, ni de les publier par un moyen précis ou au bulletin officiel ; de ce fait l'édiction par le gouvernement de la décision contestée et l'information des citoyennes et des citoyens de son contenu par le biais de l'Agence Maghreb Arabe Presse ne contrevient pas aux règles de forme.

(...)

Toutefois, considérant que, d'une part, en application de l'article 3 du décret-loi édictant des dispositions particulières à l'état d'urgence sanitaire et les mesures de sa déclaration, le gouvernement peut prendre toutes les mesures qu'impose la situation, et ce par des décrets et des arrêtés réglementaires ou des circulaires et des communiqués ; de ce fait, en application de cette disposition, le gouvernement demeure habilité à édicter les mesures que nécessite l'état d'urgence sanitaire d'autant que cela concerne des mesures à caractère administratif et non législatif, contrairement à ce qui est soutenu ; et que, d'autre part, du contenu de l'acte contesté tel qu'il a été publié par l'Agence Maghreb Arabe Presse, accompagné du mémoire, il appert que l'acte a été édicté dans le cadre de la nouvelle approche préventive prise par le gouvernement pour renforcer la campagne nationale de vaccination et celui de la baisse graduelle de la contamination par le virus Corona grâce aux mesures prises par les autorités publiques et en application des recommandations de la commission scientifique et technique ; et que même si cette nouvelle mesure impose le passeport de vaccination comme document permettant la circulation entre les préfectures et les provinces ainsi que le voyage à l'étranger, après l'annulation du permis de circulation qui était accordé par les autorités locales, et aussi (le passeport de vaccination) comme pièce nécessaire pour accéder aux administrations publiques, semi-publiques et privées, et aux établissements hôteliers, touristiques, aux restaurants, cafés, espaces fermés, endroits commerciaux, salles de sport et aux bains, ce qui signifie que la mesure prise s'intègre dans les contraintes provisoires et urgentes de lutte contre l'aggravation de la situation épidémique et pour la défense de la vie des personnes et la garantie de leur sécurité, situation dont l'évaluation revient au gouvernement à la lumière des données dont il dispose au sujet de la pandémie sans que l'acte contesté ne constitue une violation des droits et libertés tant qu'il vise le droit à la vie et la sécurité physique et qu'il n'impose aucune obligation de vaccination...

Rejet de la demande. »