

LA CRISE SANITAIRE: UN REVELATEUR
DE LA CRISE DE LA DEMOCRATIE LIBERALE.
REFLEXIONS SOMMAIRES A PARTIR
DE LA SITUATION FRANÇAISE

Bertrand MATHIEU*

RÉSUMÉ: I. *La démocratie confrontée à une crise de confiance.* II. *Prévalence des impératifs collectifs et désordre dans les droits fondamentaux.* III. *La répartition des compétences en situation d'urgence.* IV. *Le retour à l'Etat dans ses frontières et les incertitudes affectant le rôle de l'Union européenne.*

Examiner les incidences de la crise sanitaire sur le système politique français, conduit à prendre en compte certaines spécificités, mais aussi des éléments de contexte qui concernent l'ensemble des démocraties libérales.

I. LA DÉMOCRATIE CONFRONTÉE
À UNE CRISE DE CONFIANCE

Si un pouvoir autoritaire repose sur la force, un pouvoir démocratique repose sur la confiance. Or il est manifeste que nombre de démocraties occidentales, et tout particulièrement la France, sont affectées d'une crise de confiance. Les causes en sont multiples, notamment l'absence d'efficience du pouvoir politique. La crise sanitaire a rendu particulièrement visible cette pathologie de la démocratie. L'information a été souvent désordonnée, rassurante et inquiétante à la fois, et les recommandations sanitaires (en tout premier lieu celles relatives au port du masque) ont parfois «masquées» des insuffisances logistiques.

* Professeur agrégé des facultés de droit. Conseiller d'Etat en service extraordinaire. Vice-président de l'Association internationale de droit constitutionnel.

1. *Le rôle des experts*

Il est une tendance lourde de nos sociétés démocratiques qui consiste pour le pouvoir politique à se défaire sur les experts pour exercer leur pouvoir de décision. Cette évolution conduit à un système de pouvoir concurrent du pouvoir démocratique, que l'on a pu désigner sous le terme d'«épistocratie».¹

Le président de la République s'est entouré d'un Conseil scientifique dirigé par le président du Comité consultatif national d'éthique. Certes il est parfaitement logique que, s'agissant d'une crise de nature sanitaire, le pouvoir politique s'appuie sur des données médicales. Il n'en reste moins que l'on peut considérer comme symptomatique d'un chevauchement des fonctions politiques, de décision, et des fonctions scientifiques, de conseil, l'affirmation du président de la République en mars 2020 fondant sur l'avis de ce conseil scientifique le maintien du premier tour des élections municipales.

La compétence qui légitime la décision n'est en réalité pas indemne de présupposés idéologiques et de rapports de force qui échappent très largement non seulement à la volonté populaire, mais aussi tout simplement à la compréhension. Ainsi, la notion de «bon gouvernement»² s'appuie essentiellement sur la compétence et place au second plan le débat démocratique dans le choix des solutions.

2. *La responsabilité des dirigeants politiques*

L'une des questions mise en exergue par cette crise sanitaire est celle de la responsabilité des dirigeants politiques. En effet si nombre de décisions résultent d'une expertise, il n'en reste pas moins que le titulaire du pouvoir de décision est juridiquement le «responsable politique». A nouveau c'est le contexte général dans lequel évolue la question de la responsabilité politique qu'il convient de prendre en compte.

La démocratie représentative exige l'existence de mécanismes propres à permettre une éventuelle mise en cause de la responsabilité des représentants. La responsabilité du gouvernement devant le Parlement est une responsabilité politique devant un organe politique. Or, notamment en raison du fait majoritaire, cette responsabilité ne fonctionne plus réellement, ni en

¹ Cf. Viala, A. (s.d.), *Demain, l'épistocratie?* Mare et Martin, France, 2020.

² Cf. P. Rosanvallon, *Le bon gouvernement*, Le Seuil, 2015.

France, ni dans la plupart des régimes parlementaires comparables et voit se développer, comme substitut, la responsabilité pénale.

Dès le début de la crise sanitaire un certain nombre d'actions pénales ont été engagées contre des membres du gouvernement. C'est à l'occasion du débat sur la loi du 11 mai 2020 prolongeant l'état d'urgence sanitaire et prévoyant les conditions dans lesquelles pourraient avoir lieu la reprise partielle des activités économiques et sociales que l'inquiétude des élus, et notamment des maires, s'est manifestée. Une disposition dépourvue de portée normative a été intégrée dans la loi pour rappeler les limites de la responsabilité pénale des élus (cf. décision 2020-800 DC du Conseil constitutionnel). Pour autant ce débat est révélateur de la tension entre l'inquiétude des responsables politiques et la crainte de donner à l'opinion un sentiment d'auto-amnistie.

II. PRÉVALENCE DES IMPÉRATIFS COLLECTIFS ET DÉSORDRE DANS LES DROITS FONDAMENTAUX

Dans le contexte de la crise sanitaire, c'est l'idée même d'un état d'urgence qui est contesté en ce qu'il porte, au nom de considérations d'intérêt général, une possibilité d'attenter, de manière générale à de nombreuses libertés. Il est relevé à juste titre qu'à l'état d'urgence justifié par le terrorisme ou des calamités naturelles, s'ajoute l'état d'urgence sanitaire et peut être demain l'état d'urgence environnemental ... la liste n'est pas limitative. Le recours à l'Etat d'urgence s'inscrit dans le cadre de l'État de droit. Il convient cependant de s'interroger sur le recours de plus en plus fréquent à cet état de crise. Je voudrais de ce point de vue évoquer un élément d'explication, probablement partiel et qui demanderait à être analysé plus avant. Le droit positif des temps ordinaires intègre de moins en moins les considérations relatives à l'intérêt général. S'inscrivant dans un contexte d'hypertrophie des droits individuels,³ dont il se borne à tenter de réguler les rapports, ce droit s'avère impuissant à faire prévaloir des considérations propres à la protection de la Nation. Alors que les menaces se diversifient, pour chacune d'elles, il convient alors de créer un droit d'exception dont l'objet et de rétablir un équilibre entre considérations relevant de l'intérêt commun et droits et libertés individuels. De ce point de vue, les craintes selon lesquelles certaines mesures prises sous couvert de l'urgence pourraient être pérennisées ne sont pas totalement infondées. Appliquées à des considérations spécifiques de

³ Cf. Mathieu, B., *Le droit contre la démocratie*,², Lextenso, France, 2017.

crise nombre de microdécisions restrictives des libertés pourraient, à faible bruit, s'agglomérer faisant glisser une société libérale vers une société de surveillance. La réponse aux déséquilibres résultant de l'hypertrophie des droits individuels et à l'effacement des intérêts nationaux résulterait alors d'un enchaînement pervers et non d'un choix démocratiquement formulé.

Par ailleurs, alors que d'aucuns s'insurgent contre l'intrusion de l'État et des pouvoirs publics dans l'exercice des libertés individuelles, au nom de l'urgence sanitaire, les mêmes demandent à l'État d'être le bras armé et le défenseur d'une certaine conception de ces droits. C'est ainsi l'État qui décide qui doit naître et qui peut ne pas naître, qui peut mourir et qui doit être soigné, ce que l'on doit penser et ce qu'il est interdit de dire... Comme le relève Pierre Manent⁴ «il y a longtemps que nous nous en sommes remis à l'État, que nous lui avons accordé souveraineté sur nos vies». Sous-couvert du respect des droits fondamentaux c'est un totalitarisme mou qui peut subrepticement s'installer.

Enfin, il convient de relever qu'au-delà des contestations doctrinales, ces limitations des droits et libertés sont assez bien acceptées, par ceux là mêmes qui font de leur autonomie d'individu détaché de toute contrainte et libéré de tout attachement, leur règle de vie et leur raison d'être. Cette situation pourrait surprendre, elle ne manque pas d'inquiéter. Deux phénomènes semblent jouer en ce sens. D'une part une méfiance généralisée envers les autorités publiques mêlée de technophobie, de ce point de vue, l'hypothétique mise en place d'une application susceptible de détecter la propagation du virus suscite une défiance de la part de nombre de ceux qui confient leur vie privée, non seulement à leur téléphone, mais aussi et surtout à Facebook ou à d'autres réseaux sociaux. D'autre part dans un contexte d'inquiétude (justifiée) sur un avenir à bien des égards incertains et dans une société où l'émotionnel remplace le spirituel, le droit à la sécurité l'emporte sur toute autre considération et fait accepter le sacrifice des libertés non pas sur l'autel de la Patrie mais sur celui de la sécurité individuelle de chacun. Le succès du principe de précaution en témoigne.

III. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES EN SITUATION D'URGENCE

La situation d'urgence sanitaire va également modifier la répartition des compétences au sein de l'État.

⁴ *Le Figaro*, 23 avril 2020.

1. *Le constituant, le législateur et le gouvernement*

S'agissant des relations entre le législateur et le gouvernement, on relèvera que le parlement a considérablement réduit son activité de contrôle de l'exécutif et a accepté de discuter et voter – rapidement, en seulement cinq jours - la loi du 23 mars 2020 sur l'état d'urgence sanitaire. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a rappelé que dans le cadre du contrôle par le Parlement de l'activité du gouvernement, la loi ne pouvait exiger du gouvernement qu'il transmette immédiatement copie des chacune des mesures d'application qu'elle prévoyait, sauf à méconnaître le principe de séparation des pouvoirs (décis. 2020-800 DC). Le Parlement a aussi délégué au Gouvernement le soin de prendre des mesures par voie d'ordonnance pour adapter notre système juridique à la situation de crise.

On peut également s'interroger sur la nécessité d'intervention du parlement au regard des pouvoirs qui sont reconnus au Premier ministre pour faire face à la crise par le Conseil d'Etat. Ainsi, dans sa décision du 22 mars 2020, n° 436974, et conformément à une jurisprudence traditionnelle, le Conseil rappelle que «le Premier ministre peut, en vertu de ses pouvoirs propres, édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telle une épidémie avérée, comme celle de covid-19 que connaît actuellement la France». En réalité l'intervention du législateur constitue pour l'essentiel un système d'autorisation permettant au gouvernement de prendre des mesures plus étendues par leur portée et leur durée.

De manière, plus subsidiaire, la question de la place de la Constitution en situation d'urgence s'est posée, sous deux aspects.

Le premier concerne la faculté pour le législateur de déroger à la Constitution en situation d'urgence. Dans sa décision 2019-799 DC, le Conseil constitutionnel a jugé à propos de l'examen d'une disposition d'une loi organique prorogeant les délais relatifs à l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité que «compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution».⁵ Par cette formulation extrêmement concise, le Conseil couvre l'inconstitutionnalité commise par le législateur.

Le second porte sur l'opportunité d'inscrire dans la Constitution les dispositions relatives à l'état d'urgence. Cette proposition qui s'inscrit dans une

⁵ Il s'agissait du non-respect du délai entre le dépôt du projet de loi et la délibération par la première assemblée saisie, fixé par cet article.

logique de méfiance vis-à-vis du pouvoir politique, toujours soupçonné de projets liberticides, présenterait le grand inconvénient d'enfermer dans le carcan constitutionnel des situations qui, par nature sont imprévisibles et peuvent exiger l'édition de dispositions dont la nature et la portée dépend de ces circonstances.

2. L'État et les collectivités territoriales

L'examen en référé de certaines mesures prises par des maires dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire a conduit le Conseil d'État à mettre en exergue le rôle des autorités étatiques et le caractère subsidiaire des interventions des autorités locales. Cette jurisprudence restreint dans cette hypothèse, les pouvoirs de police des maires (Ordonnance du Conseil d'État du 22 avril 2020, n° 440009).

3. Les pouvoirs du juge administratif dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

Les dispositions prises par le gouvernement dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ont été l'occasion pour nombre de justiciables de demander au juge administratif soit de censurer certaines des dispositions prises, soit d'ordonner au gouvernement de prendre certaines mesures, afin d'obtenir du juge ce qu'ils n'ont pu obtenir du gouvernement. C'est ainsi, d'une certaine manière le juge-administrateur qui est sollicité, surtout lorsque c'est la carence de l'autorité administrative qu'il est demandé au juge de palier. On a reproché au Conseil d'État de se montrer trop respectueux des décisions gouvernementales. En réalité, il est difficile pour le juge de ne pas tenir compte des contraintes que rencontre l'administration sauf à user de «coups d'épée dans l'eau» qui ne feraient que compromettre son autorité. Par ailleurs, le juge ne se contente pas d'encadrer la compétence de l'autorité publique en recourant à ses moyens d'action habituels (injonction, réserve), il use en réalité d'outils plus souples. Ainsi, au cours des audiences, un dialogue s'établit entre les requérants et les autorités publiques auteurs des actes contestés, il peut conduire l'administration à s'engager pour l'avenir, et si cet engagement est dépourvu de valeur juridique, il pourra constituer un élément d'appréciation pour le juge ultérieurement saisi au fond.

IV. LE RETOUR À L'ÉTAT DANS SES FRONTIÈRES ET LES INCERTITUDES AFFECTANT LE RÔLE DE L'UNION EUROPÉENNE

La démocratie est en réalité un mode de légitimation du pouvoir qui ne peut fonctionner que dans un cadre étatique.⁶

1. *La place centrale de l'Etat face à la crise sanitaire*

Le rôle central de l'Etat dans la lutte contre l'épidémie s'est manifesté de plusieurs manières.

D'abord, la logistique de même que les mesures de police nécessaires n'ont pu être organisées qu'au niveau étatique. D'autre part, la nécessité de disposer de médicaments, de masques, mais aussi de composants industriels a démontré les dangers d'une perte de souveraineté dans l'approvisionnement en matériels de première nécessité. Par ailleurs, alors que dans un premier temps, pour des raisons idéologiques, la question des frontières a été esquivée dans le choix des mesures de lutte contre la pandémie, dans un second temps une réalité s'est imposée : les frontières protègent. Ont été ainsi, pour l'essentiel, fermées les frontières de l'Union européenne, mais encore la libre circulation au sein de l'espace de Schengen a été (provisoirement) mise entre parenthèse. Le terme de souveraineté est revenu dans la bouche de ceux qui inscrivaient leur action dans un monde ouvert, dont les frontières s'effaçaient, régulé par les lois du marché et censé ordonné par les seules valeurs liées à la protection des droits de l'individu, dont la qualité de citoyen tendait à s'effacer.

2. *Les faiblesses de l'intervention de l'Union européenne*

Ces faiblesses peuvent être appréhendées à plusieurs niveaux. D'emblée, il convient de relever que les compétences de l'Union en matière sanitaire sont réduites, ce qui explique et justifie que les États aient été en première ligne. Il n'en reste pas moins que la solidarité entre les États européens, dont les citoyens se sont vus reconnaître également celle de citoyens européens, ne s'est guère manifestée. La concurrence dans l'accès à certains produits, comme les masques, a tenu lieu de mutualisation. Chaque pays a pris ses

⁶ Cf. Mathieu, B., *Le droit contre la démocratie?*, Lextenso, France, 2017.

propres mesures de quarantaine, de régulation des trafics de passagers, de réponse hospitalière.

C'est sur le terrain économique et financier que l'Europe est attendue pour faire face à la très grave crise qui se dessine. Or, sans préjuger de l'avenir, à la solidarité s'est substitué un clivage entre certains pays du Nord (Allemagne, Pays-Bas) et ceux du Sud à l'économie plus fragilisée, dont la France. Le refus d'une mutualisation des dettes fait prévaloir l'intérêt national sur l'intérêt commun. Par ailleurs, la décision de la Cour constitutionnelle allemande⁷ s'opposant à une décision de la Cour de justice de l'Union européenne et visant à réduire les capacités d'intervention de la Banque centrale européenne est un acte de souveraineté. De ce point de vue cette crise constitue un enjeu majeur pour la construction européenne et la monnaie commune.

⁷ Jugement du 5 mai 2020, 2 BvR 895/15, 2 BvR 980/16, 2BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15.