

## Urgence, Constitution et Bon Sens

L'épidémie de *Covid-19* nous confronte à une réalité à la fois familière et inédite : familière car les événements exceptionnels se sont multipliés ces dernières années appelant à un ré-échelonnage des exigences de la constitutionnalité et de la légalité des actes pris pour faire face à ces situations ; inédite car l'origine de la situation est d'ordre sanitaire, c'est-à-dire placée hors du champ normatif au sens propre du terme.

Déclarer l'état d'urgence sanitaire est dès lors devenu à la fois une évidence en raison de l'imminence et de la gravité du risque encouru mais également un pari ! L'État, dans l'expression de ses trois pouvoirs – exécutif, législatif et juridictionnel –, joue quelque peu aux apprentis sorciers en raison de l'absence de maîtrise de ce risque. Si le président de la République a parlé de « guerre », ce n'en est pas une conventionnelle et l'adversaire n'est tenu par aucune barrière ou aucune limite si ce n'est celle de la science que l'on qualifie habituellement d'exacte mais qui ne l'est pas vraiment dans le cas présent...

Qu'un virus vienne remettre en cause une organisation sociale est quelque chose de nouveau pour tous les dirigeants de la planète : il est remarquable que tous les États confrontés à ce phénomène aient réagi juridiquement de la même façon : déclarer l'urgence de la situation et prendre des mesures exceptionnelles démontrant la prise de conscience des autorités et leur capacité de réaction face à une catastrophe annoncée. Si le constat est unanime, les méthodes et moyens ont divergé d'un État à l'autre. Si la Chine et la Corée du sud, puis l'Italie, l'Espagne et la France ont eu recours à ces mesures d'urgence, elles ne l'ont fait ni dans le même cadre, ni avec la même vigueur. Il est évidemment plus aisé de prendre des mesures coercitives dans un État autoritaire que dans une démocratie où les garanties fondamentales, les pouvoirs et contre-pouvoirs exigent le maintien d'un équilibre et le respect de l'État de droit. Pourtant, quel que soit le régime politique en cause, la nécessité de faire face à une situation de crise et d'urgence répond à une double contrainte d'impossibilité d'agir normalement, d'une part, mais aussi d'agir vite, d'autre part. Ceci explique que les États aient eu recours à des mesures drastiques de confinement des populations et de gestion de la crise sanitaire (notamment des institutions de soins et du personnel de santé) qui sont radicales si on les considère par elles-mêmes mais qui témoignent aussi de la gravité des enjeux et de la peur suscitée par un virus dont les scientifiques eux-mêmes maîtrisent mal l'évolution.

À la lumière de ces différentes constatations, plusieurs interrogations surgissent ?

La science commanderait-elle le comportement de nos sociétés dans de pareilles situations ? La réponse semble nuancée mais plutôt positive. La gravité potentielle de la crise sanitaire effraie les experts eux-mêmes qui sont les premiers à réclamer des mesures encore plus sévères – voire totalitaires – compte tenu du risque présenté par le virus mais également de l'insuffisance des infrastructures de santé au regard de la crise qu'ils entrevoient. Le scénario de film catastrophe annoncé par les experts qualifiés semble indiquer que les dirigeants politiques sont condamnés à les suivre au risque de paraître inconscients et lorsqu'ils les ignorent (ce fût le cas en Chine au début de la crise contrairement à ce qui a été dit où les autorités ont ignoré la réalité qui

se présentait à eux), ils ne peuvent tenir cette posture très longtemps. La science a donc pris le relai du politique dans les choix sociétaux devant être opérés à l'heure de la crise sanitaire...

Les autorités publiques des différents États confrontés à la crise du Coronavirus ont toutes invoquées l'urgence. Mais de quelle urgence parle-t-on ? L'urgence factuelle ne fait aucun doute ! La situation sanitaire est critique et ne rien faire serait considéré comme un « déni de gouvernement ». Mais comment se traduit cette urgence factuelle en décisions politiques et juridiques ? Le droit – et tout particulièrement le droit constitutionnel – ressurgit ici. La différence de réaction des autorités publiques des États s'explique par le degré de contrainte que leur impose leur cadre normatif mais également les instruments dont elles disposent pour faire face à la situation exceptionnelle. Si l'urgence d'une situation permet de comprendre qu'il soit dérogé aux règles habituelles, ce n'est normalement pas une raison pour s'affranchir de toutes les règles existantes. Nombre de constitutions contiennent des dispositions prévoyant la gestion de l'urgence entraînant généralement deux effets : une dérogation aux règles de compétence habituelles offrant au pouvoir exécutif une capacité d'action qu'il ne possède normalement pas (intervention dans le domaine réservé au législateur) ; un encadrement de l'exercice de ce pouvoir exceptionnel confié à l'exécutif de façon définie et limitée dans deux directions : la durée et le contrôle des autorités législatives et juridictionnelles. Or, l'examen de la situation dans les différents États confrontés au Coronavirus révèle une certaine forme de « bricolage juridique » justifié par le caractère exceptionnel de la situation. Le caractère inédit de la crise sanitaire amène la plupart des autorités à considérer qu'il y a là une situation appelant des réponses hors-normes. Le gouvernement italien a par exemple dû faire face à cette crise en recourant aux décrets-loi d'urgence alors que la compétence en matière de santé a été confié aux régions. On passe insensiblement de l'urgence de droit à l'urgence de fait... Évidemment, la gravité de la crise est telle qu'elle a suscité peu de critiques sur les mesures de confinement. En France, l'exécutif a créé un « état d'urgence sanitaire » qui ressemble furieusement à celui déjà existant de la loi de 1955 utilisé et modifié récemment à la suite des attentats de 2015. Fallait-il créer un nouvel état d'exception ? Juridiquement, non ! Politiquement, c'est autre chose...

Mais au fond, la question du fondement n'est peut-être pas la plus importante car il en faut bien un. Il serait faux d'affirmer que le pouvoir exécutif n'était pas fondé à prendre les mesures qu'il a prises ! Le plus élémentaire bon sens permet de comprendre de telles mesures. En revanche, un contrôle reste nécessaire ! L'enjeu de la présente crise nous révèle que la difficulté de contrôle ne réside pas nécessairement dans l'incapacité des autorités législatives et juridictionnelles à remplir leur mission de contrôle mais dans la tension existante entre les experts sanitaires et les autorités publiques. Si les premiers considèrent que la fin justifie tous les moyens, les seconds optent pour une approche plus graduée. On a pu le constater de la part des trois pouvoirs... y compris de la part du Conseil d'État dans l'ordonnance *Syndicat des jeunes médecins* rendue le 22 mars 2020, en rejetant la demande de confinement total mais en enjoignant aux autorités réglementaires de mieux encadrer les motifs de confinement. La problématique repose donc toute

entière sur une exigence de proportionnalité des mesures au regard du risque encouru ! « *On ne tire pas sur des moineaux avec un canon !* » écrivait W. Jellinek. Dans le cas présent on peut se demander si le moineau ne s'est pas déjà transformé en Léviathan.

Le problème se situe peut-être ailleurs que dans les mesures de restriction ! Plus qu'une question de principe, il s'agit avant tout d'une question de moyens. Que les mesures de confinement soient respectées est acquis ! Que les moyens de répondre à la crise soient insuffisants et fassent craindre une incapacité du système de santé à assurer les missions qui sont les siennes représente un risque bien plus grand qui justifie l'inquiétude des scientifiques et médecins qui seront en première ligne pour lutter contre l'épidémie. La question reviendra probablement plus tard à évaluer la capacité d'un État à prévoir l'avenir. *Si vis pacem para bellum !* La question centrale est donc bien celle des moyens financiers, techniques et humains dont l'État dispose pour faire face à cette crise.

Toute la difficulté de l'exercice repose sur l'incertitude de la situation. Que l'on en vienne à bout rapidement et les critiques fuseront à l'égard de mesures considérées comme inutilement invasives. À l'inverse, que celle-ci s'amplifie et révèle l'insuffisance des mesures et des moyens, les critiques inverses seront proférées invoquant une forme d'inconscience dans la mesure du risque annoncé. Personne ne détient véritablement la réponse !