



REVUE JURIDIQUE DE LA SORBONNE
SORBONNE LAW REVIEW

Décembre 2020 - N°2



UNIVERSITÉ PARIS 1

PANTHÉON SORBONNE

Revue Juridique de la Sorbonne – *Sorbonne Law Review*

Comité scientifique

Jean-Luc ALBERT, Professeur à Aix-Marseille Université
Mireille BACACHE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Grégoire BIGOT, Professeur à l'Université de Nantes
Philippe BONFILS, Professeur à Aix-Marseille Université
David BOSCO, Professeur à Aix-Marseille Université
Mathieu CARPENTIER, Professeur à Université Toulouse 1 Capitole
Cécile CHAINAIS, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Véronique CHAMPEILS-DESPLATS, Professeur à l'Université Paris Nanterre
David CHILSTEIN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Sabine CORNELOUP, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Florence DEBOISSY, Professeur à l'Université de Bordeaux
Joachim ENGLISH, Professeur à l'Université de Münster
Etienne FARNOUX, Professeur à l'Université de Strasbourg
Frédérique FERRAND, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Daniel GUTMANN, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Jérémy HOUSSIER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Laurence IDOT, Professeur émérite de l'Université Paris II Panthéon-Assas
Laurence JÉGOUZO, Maître de conférences HDR à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Xavier LAGARDE, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Anne-Marie LEROYER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Pascal LOKIEC, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
André LUCAS, Professeur à l'Université de Nantes
Vincent MALASSIGNÉ, Professeur à CY Cergy Paris Université
Nathalie MALLET-POUJOL, Professeur à l'Université de Montpellier
Arnaud MARTINON, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Anne-Catherine MULLER, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Etienne PATAUT, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne
Adalberto PERULLI, Professeur à l'Université de Venise
Laurent PFISTER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Philippe PIERRE, Professeur à l'Université de Rennes

Stéphanie PORCHY-SIMON, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Catherine PRIETO, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Laurence USUNIER, Professeur à CY Cergy Paris Université

Michel VIVANT, Professeur à l'École de droit de Sciences-Po

Nicolas WAREMBOURG, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université
Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Célia ZOLYNSKI, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Directeur de la publication

Thomas CLAY, Administrateur provisoire de l'Université Paris 1 Panthéon-
Sorbonne

Directeur de la revue

Emmanuel JEULAND, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne

Équipe éditoriale

- Volet édition :

Ianjatiana RANDRIANANDRASANA, responsable éditoriale

Camille SCOTTO D'ARDINO, assistante d'édition

- Volet communication et diffusion :

Emma BRETON

Revue semestrielle (2 numéros/an ; juin et décembre)

Revue gratuite, en *open access*

Disponible sur : <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>



Langues de publication : français, anglais.

IRJS éditions - Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

12 place du Panthéon

75005 PARIS (France)

@ : irjs-editions@univ-paris1.fr / Tel : 01 44 07 77 82

ISSN : 2739-6649

Dépôt légal : décembre 2020, mise en ligne le : 15 décembre 2020

Sommaire

Édito	3
<i>Le développement du rôle des autorités administratives indépendantes pour la protection des droits et libertés. Réflexion à partir de l'exemple de l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie</i>	6
Pauline MILON	
<i>Mondialisation de la RSE et droit des sociétés par actions : deux décennies de construction de la hard law</i>	47
Ivan TCHOTOURIAN, Loïc GEELHAND DE MERXEM, Alexis LANGENFELD, Margaux MORTEO, Audrey HOULE	
<i>Droit de l'urgence et crise sanitaire</i>	97
Emmanuel JEULAND et Sophie PRÉTOT (sous la direction de)	
<i>Les règlements de peste dans l'ancien droit français</i>	103
Claire LOVISI	
<i>Droit constitutionnel et états d'urgence</i>	117
Agnès ROBLLOT-TROIZIER	
<i>Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire</i>	128
Jean-Baptiste JACOB	
<i>Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts</i>	149
William GILLES	
<i>Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique</i>	161
Liane HUTTNER	
<i>Urgence sanitaire et droit pénal</i>	165
Anne SIMON	
<i>La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?</i>	171
Sophie PRÉTOT	
<i>Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine</i>	178
Rébecca DEMOULE	

<i>Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté</i>	184
David LEMBERG	
<i>COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?</i>	186
Pascal LOKIEC	
<i>Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie</i>	190
Flora DUFFAUD	
<i>Le droit de l'urgence et les finances publiques</i>	193
Matthieu CONAN	
<i>Fiscalité et droit de l'urgence</i>	200
Ludovic AYRAULT	
<i>Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?</i>	204
Xavier LAGARDE	
<i>Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs</i>	212
Emmanuel JEULAND	
<i>Le droit à la preuve</i>	218
Gilles GOUBEAUX	

Droit de l'urgence et crise sanitaire

Séminaire de recherche IRJS

*Coordonné par les directeurs des départements de recherche et les organisateurs des
déjeuners-débats de l'École de Droit de la Sorbonne
Conférences sur Zoom, juin-juillet 2020*

Summary: *The pandemic has two main types of effects on the law: on the one hand, waiting effects, i.e. extensions of time limits and suspensions that are unlikely to be permanent; and on the other hand, emergency effects that are likely to change the law in a permanent way. Is it a raw fact or a legal fact? Is it necessary to have recourse, as in Roman law, to fiction of consent, especially to zoom judicial hearings? The law of emergency would imply a momentary infringement of fundamental rights such as the principle of equality in education or of religious freedoms. The basic question is to know what is emergency in law: is it a harmful wait-and-see attitude as in the case of summary proceedings or an impossibility to act close to a force majeure, a kind of COVID-19's excuse? Is it a protective right to deal with the emergency that removes the barriers of ordinary law (liability, balanced negotiation, fundamental freedoms) or a provisional right of reparation? In any case, it brings us back to bodies and matter while limiting relations.*

Keywords: *law, freedoms, relationship, state of emergency, body, matter, epidemic, pandemic, COVID-19.*

Résumé : La pandémie a deux grands types d'effets sur le droit : d'une part des effets d'attente, c'est-à-dire des prorogations de délais et des suspensions peu susceptibles de pérennisation et, d'autre part, des effets de l'urgence susceptibles de modifier le droit de manière pérenne. S'agit-il d'un fait brut ou d'un fait juridique ? Faut-il avoir recours comme en droit romain à des fictions de consentement notamment à des audiences judiciaires en zoom ? Le droit de l'urgence impliquerait une atteinte momentanée aux droits fondamentaux tels que le principe d'égalité en matière d'éducation et aux libertés de culte. La question de fond est de savoir ce qu'est l'urgence en droit : est-ce un attentisme dommageable comme en matière de référé ou une impossibilité d'agir voisine d'une force majeure, une sorte d'excuse de COVID-19 ? S'agit-il d'un droit protecteur pour faire face à l'urgence qui fait lever les barrières du droit ordinaire (responsabilité, négociation équilibrée, libertés fondamentales) ou d'un droit réparateur à titre provisoire ? Il ramène, en tous les cas, aux corps et à la matière tout en limitant les relations.

Mots-clés : droit, libertés, relation, état d'urgence, corps, matière, épidémie, pandémie, COVID-19.

Pour citer cet article : Emmanuel JEULAND, Sophie PRÉTOT (sous la direction de), « Droit de l'urgence et crise sanitaire », Séminaire de recherche IRJS, juin-juillet 2020, *Revue Juridique de la Sorbonne*, décembre 2020, n° 2, p. 97-217.

URL : [https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Séminaire Droit de l'urgence.pdf](https://irjs.pantheonsorbonne.fr/sites/default/files/inline-files/Séminaire_Droit_de_l'urgence.pdf)

Droit de l'urgence et crise sanitaire

Au sortir du confinement, il nous a paru nécessaire de penser, sans attendre, la crise de la COVID-19. Le droit de l'urgence comme réponse à la crise sanitaire se devait d'être exploré, analysé et discuté afin de tirer les premières conséquences juridiques de cette période alors inédite.

Du 12 juin au 15 juillet 2020, des séminaires « en distanciel », selon les termes désormais consacrés au sein du milieu universitaire, ont ainsi permis l'examen de divers aspects juridiques du droit mis en place par l'état d'urgence sanitaire.

Les courtes contributions des chercheurs, tant professeurs que doctorants, se sont révélés extrêmement riches. Elles ont en outre permis des discussions très instructives avec le public connecté, comme si l'écran pouvait, dans certaines circonstances, davantage rapprocher les participants que les éloigner.

Aussi, il nous a paru opportun de publier l'essentiel des contributions à ces séminaires organisés par l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne et coordonnés par les directeurs des départements de recherche et les organisateurs des déjeuners-débats de l'École de Droit de la Sorbonne.

Emmanuel JEULAND* et Sophie PRÉTOT**

* @ : Emmanuel.Jeuland@univ-paris1.fr / ORCID : 0000-0001-5999-8942 / IdHAL : emmanuel-jeuland

** @ : Sophie.Pretot@univ-paris1.fr / ORCID : 0000-0002-7474-7460

Présentation du séminaire de recherche

Emmanuel JEULAND, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur de l'IRJS
et Sophie PRÉTOT, maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les règlements de peste dans l'ancien droit français

Claire LOVISI, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Droit constitutionnel et états d'urgence

Agnès ROBLOT-TROIZIER, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, membre de l'ISJPS – Centre Sorbonne Constitutions & Libertés

Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire

Jean-Baptiste JACOB, docteur en droit public de l'École de Droit de la Sorbonne, assistant ingénieur d'études (post-doctorant) à l'École de Droit de la Sorbonne

Droits fondamentaux et urgence à l'aide du numérique et des gouvernements ouverts

William GILLES, maître de conférences (HDR) à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur du master 2 Droit des données, des administrations numériques et des gouvernements ouverts, membre de l'IRJS

Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique

Liane HUTTNER, ATER et doctorante en droit privé, École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS-DReDIS

Urgence sanitaire et droit pénal

Anne SIMON, maître de conférences à l'EDS, IRJS, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?

Sophie PRÉTOT, maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine

Rébecca DEMOULE, doctorante en droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté

David LEMBERG, doctorant en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS), enseignant-chercheur à CY Université de Cergy-Pontoise

COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?

Pascal LOKIEC, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie

Flora DUFFAUD, doctorante en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS), ATER à l'Institut des sciences sociales du travail, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Le droit de l'urgence et les finances publiques

Matthieu CONAN, professeur agrégé de droit public à l'École de Droit de la Sorbonne, co-directeur de Sorbonne Fiscalité & Finances publiques (IRJS), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Fiscalité et droit de l'urgence

Ludovic AYRAULT, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 – IRJS/Sorbonne Fiscalité & Finances Publiques

Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?

Xavier LAGARDE, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur du Département de Recherche « Sorbonne – Justice et Procès »

Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs

Emmanuel JEULAND, professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Directeur de l'IRJS

Présentation

Emmanuel JEULAND

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de l'IRJS

Sophie PRÉTOT

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La pandémie a deux grands types d'effet sur le droit : d'une part des effets d'attente, c'est-à-dire des effets de vide et de blanc, des prorogations de délais et des suspensions peu susceptibles de pérennisation, ce qui produit des gagnants et des perdants (les propriétaires de locaux commerciaux sont plutôt perdants provisoirement, l'État a pu profiter du gel des délais d'action) et, d'autre part, des effets de l'urgence susceptibles de modifier le droit de manière pérenne.

Le droit constitutionnel est aux premières loges de ces questions avec l'instauration d'un état d'urgence (qui ne découle d'ailleurs pas de la Constitution directement). Le regard historique est particulièrement pertinent pour repérer ces tendances, que ce soit la distinction du droit ordinaire et du droit de l'urgence en droit romain, les règlements de peste du XVIII^e siècle, la création de l'impôt sur le revenu en 1914 ou de la TVA en 1948, les transformations de l'urbanisme au XIX^e siècle (notamment les égouts et la question de la circulation des marchandises en Europe) consécutives aux vagues de choléra (la dernière en 1880), la résolution bancaire ou la mutualisation de la dette aujourd'hui. Tout se passe comme si les acteurs et surtout l'État devaient tout à coup régler une question massive de force majeure dans des contrats privés. La question des actions en responsabilité et de l'immunité des médecins, des employeurs et des maires se pose également dans ce contexte. En matière de droit de la santé, sont créées des procédures accélérées d'essai clinique. En droit pénal, des détentions provisoires ont été prolongées sans l'intervention d'un juge jusqu'à ce que la Cour de cassation intervienne. De nombreuses libertés fondamentales ont été touchées par les nécessités de l'urgence.

Tous les dommages subis pendant cette période du fait de ces décisions d'urgence pourraient d'ailleurs être réparés par la mise en place d'un fonds d'indemnisation du type Oniam pour éviter les mises en cause de dirigeants qui n'auraient pas pris les bonnes décisions. En ce sens est apparu le concept de « période juridiquement protégée », comme si une période pouvait avoir des droits subjectifs ! Il semble historiquement que ce sont plutôt les conflits armés qui ont modifié durablement le droit en s'inscrivant dans l'urgence, mais les crises sanitaires ont également eu un impact.

Il se pose ainsi la question du mode de traitement juridique de l'urgence : s'agit-il d'un fait brut, d'un fait juridique, d'événements procéduraux ? Faut-il avoir recours comme en droit romain à des fictions, fiction de consentement, fiction du virtuel et des audiences judiciaires en zoom ?

La question des droits fondamentaux est centrale. Le droit de l'urgence impliquerait une atteinte momentanée à ces droits : le nonaccès à l'école serait une atteinte au principe d'égalité en matière l'éducation, des atteintes aux libertés de culte ont eu lieu, on a pu aussi noter l'interdit des mariages et la limitation des personnes aux obsèques (à l'inverse, l'IVG médicamenteuse a été partiellement libéralisée, en termes de délai notamment, pendant le confinement). L'application *StopCovid* a posé de nombreux problèmes de droits fondamentaux (expliquant son faible succès). Par ailleurs, les greffiers civils ont été réquisitionnés au tribunal judiciaire pour faire du pénal et l'on s'est demandé si l'on pouvait rendre des jugements sans la signature du greffier. En matière de procédure collective, des plans de redressement en préparation vont être transformés en liquidation judiciaire et l'on ira peut-être vers des jugements en série. Les négociations portant sur de futurs licenciements se feront sous la menace de la fermeture de l'entreprise et risquent de ne pas être équilibrées.

Il s'agit aussi, à travers cette série de séminaires, de réfléchir à ce qu'est la recherche en visioconférence, ce que cela change : il s'agit peut-être de « faire communauté » avec les chercheurs indépendamment des hiérarchies et des champs disciplinaires.

La question de fond est de savoir ce qu'est l'urgence en droit, autrement dit de quoi parle-t-on lorsque l'on emploie l'expression de droit de l'urgence : est-ce un attentisme dommageable comme en matière de référé ou une impossibilité d'agir voisine d'une force majeure, une sorte d'excuse de COVID-19, une forme d'urgence décrétée ? S'agit-il d'un droit protecteur pour faire face à l'urgence qui fait lever les barrières du droit ordinaire (responsabilité, négociation équilibrée, libertés fondamentales) ou d'un droit réparateur à titre provisoire ?

1^{er} juin 2020

Les règlements de peste dans l'ancien droit français

Claire LOVISI

*Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

À partir de 1347 et pendant près de quatre siècles, la peste s'implante de façon endémique en Europe occidentale. En France, comme ailleurs, des poussées de peste surviennent tous les dix-quinze ans en moyenne jusqu'en 1670. La peste disparaît ensuite pendant cinquante ans avant de resurgir à Marseille en 1720¹ et de gagner toute la Provence et le Languedoc².

La peste n'est pas restée sans incidence sur le droit. Elle occupe parfois une rubrique spécifique dans les recueils d'arrêts³ ou les dictionnaires de droit⁴.

Pour le droit des contrats, ce sont essentiellement les effets de la peste sur le bail qui retiennent l'attention des juristes. Comme la guerre dont elle est souvent rapprochée⁵, la peste entre dans les « cas fortuits⁶ » qui permettent au locataire ou au fermier de demander une diminution du loyer s'il n'a pu jouir pleinement de la chose⁷.

¹ Pour une vue d'ensemble, J.-N. BIRABEN, *Les hommes et la peste en France et dans les pays européens et méditerranéens*, Paris – La Haye, 2 tomes, Mouton, 1975-1976 ; A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *Histoire du droit de la santé*, Bordeaux, Les Études Hospitalières, 2014, p. 121 et s. ; R. BERTRAND et G. BUTI, *Le risque de peste dans la culture et la vie de la France d'Ancien Régime*, in A. LECA, F. VIALLA (dir.), *Le risque épidémique. Droit, Histoire, Médecine et Pharmacie*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, pp. 97-112.

² Sur la peste de Marseille, tout récemment H. STAHL, « Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles : la peste de 1720 en Provence », Colloque virtuel « Droit et Coronavirus. Le droit face aux circonstances sanitaires exceptionnelles » *RDLF* 2020 chron. n° 26.

³ V. Notamment P. J. BRILLON, *Dictionnaire des arrêts, ou jurisprudence universelle des Parlements de France et autres tribunaux*, tome V, Paris, 1727, p. 160 et s.

⁴ Cl.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome second, Paris, 1749, pp. 481-482.

⁵ Depuis l'Antiquité, la peste est perçue comme une manifestation de la colère divine. Il en va toujours de même aux temps modernes : c'est « un des fléaux dont Dieu se sert pour la punition des crimes » dit BRILLON (*op. cit.*, p. 160). De longue date, les juristes parlent d'une guerre de Dieu (*hostilitas Dei*) contre les hommes. On en tire argument pour étendre à la peste une exception initialement prévue pour la guerre. Sur cette interprétation en matière contractuelle, v. la querelle survenue lors de l'Assemblée du Clergé de France en 1725. Tous les dix ans, les années se terminant par un 5, une grande Assemblée du Clergé – dite Assemblée du contrat – est réunie pour renouveler le contrat qui lie le clergé au roi et déterminer sa contribution financière au budget de l'État. En 1725, une des questions traitées concerne la remise des décimes pour les diocèses « spoliés par la peste ». Si le principe de leur « soulagement » fait consensus, un différend oppose les agents généraux du clergé aux cardinaux : doit-on imputer la décharge sur les pensions des cardinaux ? Le contrat conclu avec le roi prévoit traditionnellement cette imputation en cas « d'incursion des ennemis de l'État » et les agents généraux du clergé entendent étendre la disposition à la peste (*Procez verbal de l'Assemblée générale du Clergé de France, tenue à Paris... en l'année mil sept cens vingt-cinq*, Paris, 1726, p. LIII et s.)

⁶ Le cas fortuit n'est pas nettement distingué de la force majeure dans l'ancien droit, les deux notions se mêlent. V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Paris, Economica, 2012, p. 592.

⁷ BRILLON, *op. cit.*, I, p. 417 ; Antoine D'ESPEISSES, *Œuvres*, nouvelle édition revue et augmentée par Guy Rousseaud de la Combe, tome 1, Lyon, 1750, p. 106 et s., p. 132.

Encore faut-il qu'il n'y ait pas renoncé et que le bail n'ait pas été passé en temps de peste⁸. Le locataire empêché d'entrer en jouissance d'une maison dont l'accès lui est fermé par la peste, comme par la guerre, n'en doit pas les loyers⁹. Mais les loyers sont dus si on est obligé de sortir de la maison à cause de la peste, parce que les meubles occupent les lieux et que le locataire a les clefs¹⁰. Le co-contractant de l'administration bénéficie aussi de garanties en cas d'événement imprévu, dont la peste et la guerre¹¹.

Par ailleurs, il est généralement admis que les testaments obéissent à des formes moins rigoureuses en temps de peste, avec toutefois des règles différentes en pays de coutumes et en pays de droit écrit¹² jusqu'à l'ordonnance d'août 1735. La grande ordonnance sur les testaments, qui a pourtant dû renoncer à unifier les traditions juridiques du Nord et du Midi, imposera des formes communes à tout le royaume pour tester en temps de peste, comme elle le fera d'ailleurs pour le testament militaire¹³.

La peste peut encore, comme la guerre, légitimement empêcher la péremption d'instance¹⁴ ou suspendre la prescription¹⁵, du moins quand l'exercice de la justice est interrompu¹⁶. Un des effets concerne les bénéficiaires ecclésiastiques : celui qui prétend avoir droit à un bénéfice doit poursuivre son droit contre le possesseur paisible dans un délai de trois ans, cependant ce délai ne court pas s'il n'a pas pu intenter son action de trouble pour cause de guerre ou de peste¹⁷.

⁸ A. D'ESPEISSES, *op. cit.*, p. 107.

⁹ R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, Paris, 1764, n° 148, p. 139.

¹⁰ BRILLON, *op. cit.*, V, p. 164-165. V. aussi la jurisprudence du Parlement d'Aix rapportée par H. BONIFACE, *Arrests notables de la Cour de Parlement de Provence*, tome 4, Lyon, 1689, p. 521-522 sur le rabais du louage des maisons, logis et boutiques durant le temps de la contagion. L'arrêt de règlement du 21 mars 1582 détaille différents cas pour obvier aux procès et éviter les frais et dépens aux parties.

¹¹ Sur ce point, v. J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, p. 267 et s. Il souligne que la jurisprudence de la Cour des Aides d'Aix-en-Provence préfigure la théorie de l'imprévision. De plus amples développements dans la thèse du même auteur, *Un droit administratif à la fin de l'Ancien Régime : le contentieux des communautés de Provence*, Paris, 1976, p. 375 et s.

¹² Les pays de droit écrit sont beaucoup plus souples car la succession testamentaire est de droit commun. Dans les pays de coutumes où la succession *ab intestat* est la règle, les exigences sont rigoureuses pour admettre un testament en temps de peste.

¹³ ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, tome XXI, p. 386 et s. De même, le Code civil de 1804 reprendra des règles particulières sur la forme de certains testaments, notamment le testament militaire (art. 981 et s.) et le testament fait « dans un lieu avec lequel toute communication sera interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse » (art. 985-987).

¹⁴ BRILLON, *op. cit.*, V, p. 156 : la peste empêche la péremption d'instance pourvu que notoirement la justice ait cessé. La peste survenue en la maison de l'avocat chargé du procès empêche le cours de la péremption (là encore rapprochement avec la guerre).

¹⁵ BRILLON, *op. cit.*, V, p. 165 ; J. ALBERT, *Arrests de la Cour de parlement de Toulouse recueillis par feu M^e Jean Albert*, Toulouse, 1731, pp. 376-377.

¹⁶ V. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édition, tome 24, Bruxelles, 1827, p. 172 et s. Sur l'interruption de la justice en temps de peste, v. *infra*.

¹⁷ Sur ce point, F. PÉRARD CASTEL (mort en 1687), *Nouveau recueil de plusieurs questions notables sur les matières bénéficiales*, tome 2, Paris, 1689, p. 143 et s. On y trouvera d'intéressants développements sur le rapprochement entre la guerre et la peste du point de vue des « empêchements légitimes ». Sur les autres effets de la peste quant aux bénéfices, BRILLON, *op. cit.*, V, pp. 160 et 165.

Mais les incidences les plus notables portent sur l'établissement d'une « bonne police » qui est, en temps de peste, « toute particulière et différente des autres »¹⁸. La médecine n'étant pas d'un grand secours contre cette maladie très meurtrière¹⁹, des règles strictes sont imposées pour en limiter la propagation²⁰. Leur application engendre la mise en place d'une administration de crise.

Une police « toute particulière »

Dès les années 1370, des cités italiennes mettent en place les premières mesures sanitaires. Dans les grands ports, à Gênes, à Venise, à Raguse²¹, on invente la quarantaine : les bateaux en provenance de lieux infectés sont isolés pendant quarante jours. Un demi-siècle plus tard, en 1423, Venise renforce le système de quarantaine en créant dans une des îles de la lagune un lieu de confinement réservé à l'hébergement des personnes à risque de contamination, le Lazaret. Les cités italiennes de l'intérieur commencent aussi à la même époque à prendre des mesures strictes pour interdire l'entrée des malades et éviter les rassemblements. Le modèle se diffuse dans toute l'Europe²². En France, les villes adoptent les premières mesures, variées et disparates, dès le Moyen-Âge. L'expérience aidant, de véritables règlements de peste à portée générale voient le jour.

Ces règlements de peste sont établis d'abord par les autorités municipales, puis les parlements provinciaux commencent par codifier les règlements des grandes villes avant de les étendre à la province entière²³. Complétés et ajustés à chaque épidémie au cours

¹⁸ J.-J. MANGET, *Traité de la peste*, Genève, 1721, p. 57 et p. 63. Cette police spécifique occupe deux titres dans l'ouvrage fameux de N. DELAMARE, *Traité de la police*, tome 1, Paris, 1722, pp. 648-680. Il y présente jusqu'aux recettes de « préservatifs expérimentés » et de parfums purificateurs recommandés « quoique cette matière soit plus du ressort de la Médecine que de la Police ». Les magistrats, explique-t-il, ont besoin de ces connaissances pour ne point être trompés ni par ceux qui les fournissent, ni par ceux qui les emploient (p. 665). V. aussi N.-T. DES ESSARTS, *Dictionnaire universel de police*, tome 3, Paris, 1787, v^o Contagion, peste, pp. 214-255.

¹⁹ La médecine ne sait pas soigner la peste. Elle ne sait pas non plus comment elle se transmet. La peste bubonique est une maladie des rats, elle se transmet à l'homme par la morsure des puces provenant de rats infectés. Mais elle peut connaître une complication pulmonaire et en ce cas la peste se transmet d'homme à homme par les postillons ou les tissus souillés. Tout cela, on l'ignore encore. Depuis l'Antiquité, les médecins expliquent la diffusion de la maladie par l'air qui serait vicié ; cette théorie dite « aériste » restera longtemps la thèse officielle.

²⁰ Si le mécanisme de transmission n'est pas identifié, des constats empiriques n'en sont pas moins faits : d'abord le contact avec un malade ou avec un objet ou des vêtements ayant appartenu à un pestiféré est dangereux. Ensuite on remarque que la peste vient du Levant et de Barbarie et qu'elle arrive en suivant les grandes routes commerciales (ou la guerre) par terre ou surtout par mer. Ces observations vont entraîner la mise en place de règles sanitaires.

²¹ Dubrovnik, comptoir qui appartenait à la République de Venise.

²² La « culture de l'isolement » se renforce quand, au XVI^e siècle, un médecin italien, Jérôme Fracastor (vers 1483-1553) élabore une théorie de la contagion en postulant que les maladies infectieuses se propagent *via* de minuscules organismes vivants, invisibles à l'œil nu. Cette théorie dite contagionniste divise les médecins, mais elle offre une assise scientifique aux pratiques déjà en vigueur et elle incite à systématiser les mesures d'isolement pour éviter la propagation par contagion.

²³ J.-N. BIRABEN, *op. cit.*, tome 2, p. 105 et s.

des XVI^e et XVII^e siècles, ils sont fondés sur le pouvoir de police qui appartient aux autorités municipales et aux parlements (cours souveraines de justice). Dans l'ancien droit, ce pouvoir est une fonction auxiliaire du pouvoir judiciaire. Il se traduit par une activité réglementaire visant à assurer l'ordre public et la prospérité²⁴.

Les règlements de peste entrent en vigueur dès que l'épidémie est officiellement déclarée²⁵ et s'appliquent tant que dure la menace²⁶. Leurs prescriptions sont portées à la connaissance de la population en même temps que l'annonce officielle de la peste, par affichage et proclamation à son de trompe.

Dans la plupart des villes, les mesures se ressemblent²⁷. Leur objet principal est d'isoler les foyers de peste, d'empêcher les communications entre zones infectées et zones saines, d'empêcher les contacts entre les malades et les bien-portants. Cela suppose toute une organisation collective dont l'ampleur se mesure bien lorsque nous disposons d'un règlement général complet, comme le règlement établi le 17 juillet 1629 par le Parlement d'Aix-en-Provence²⁸ qui ne comporte pas moins de 127 articles²⁹.

²⁴ Sur la notion ambiguë de police, P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, PUF, 1968, p. 249 et s. ; J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 161 et s. ; K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif, du XIV^e siècle à nos jours*, Paris, Economica, 2010, p. 16 et s.

²⁵ La publication de la peste tarde souvent, soit que la maladie reste encore douteuse, auquel cas une expertise médicale est demandée, soit que les autorités attendent le temps de faire des provisions avant que la peur ne s'installe. Parfois encore, une municipalité dissimule sciemment la situation sanitaire pour ne pas entraver le commerce. C'est ce qui se passera à Marseille en 1720. Pourtant le gouvernement obligeait les communautés à annoncer rapidement la peste depuis la fin du XVII^e siècle. V. E. BELMAS, « Pouvoir politique et catastrophe sanitaire : la « publication » des épidémies de peste dans la France moderne », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, 2017, pp. 31 à 54.

²⁶ Aux endroits où les risques de contamination sont permanents, à commencer par les ports méditerranéens qui sont en relations maritimes constantes avec le Levant et la Barbarie, le système de protection sanitaire devient permanent lui aussi, que la peste sévisse ou non. En fonction des certificats sanitaires des bateaux (patentes de santé), le débarquement des passagers et des marchandises est autorisé ou non. Lorsqu'un danger est détecté, les voyageurs sont envoyés au lazaret pour quarante jours. La réglementation est appliquée par un Bureau de Santé dont en France l'exemple le plus achevé se trouve à Marseille. Il est composé, au moins depuis 1640, de seize à vingt-quatre intendants de santé, « pris et choisis... parmi les gens de la loge, marchands, négociants », renouvelables par moitié tous les deux ans, assistés d'un personnel important. La prévention s'est montrée efficace et a permis de diminuer les résurgences des épidémies.

Sur l'exemple marseillais, F. HILDESHEIMER, *Le Bureau de la Santé de Marseille sous l'Ancien Régime : le renfermement de la contagion*, Marseille, Fédération historique de Provence, 1980. Du même auteur, « Marseille capitale sanitaire de la France », Actes du 101^e Congrès national des Sociétés savantes (Montpellier 1985), *Histoire moderne et contemporaine*, tome 1, Paris, 1985, pp. 135-149.

²⁷ J.-J. MANGET, *Traité de la peste recueilli des meilleurs auteurs Anciens et Modernes*, Genève, 1721, tome 1, p. 66 et s. relève cependant certaines différences qu'il attribue à un défaut d'expérience.

²⁸ Cet *Arrest de la Cour de Parlement tenant la Chambre des Vacations contenant Règlement sur le fait de la Peste du 17 juillet 1629* a été publié par H. ALEZAIS, « La lutte contre la peste en Provence au XVII^e et au XVIII^e siècle », *Revue historique de Provence*, II, 1902, pp. 93- 98, pp. 144-159, pp. 203-212. V. aussi le règlement complet proposé pour Genève en 1721 : A. Ch. WENGER, *Un règlement pour lutter contre la peste : Genève face à la grande peste de Marseille (1720-1723)*, Gesnerus, 2003, vol. 60, n^o 1-2, pp. 62-82, p. 75 et s. Les arrêtistes peuvent aussi regrouper les arrêts de tel ou tel parlement, v. par exemple B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Arrests notables du Parlement de Tolose*, Toulouse, 1617, p. 200 et s.

²⁹ Le Parlement de Provence rappelle volontiers son expertise, ainsi dans des *Remonstrances* adressées au roi : « Votre Parlement de Provence est sans doute celui du royaume qui est le plus instruit des règles qui

Un blocus sanitaire est établi autour des villes, bourgs et villages atteints du mal ou soupçonnés de le recéler. Les lieux encore indemnes cherchent à se protéger. Hommes et marchandises sont soumis à la quarantaine³⁰. Les portes des villes sont fermées, et des gardes en interdisent l'entrée aux individus arrivant de lieux infectés. Personne ne peut plus circuler sans un billet de santé établissant qu'il vient d'un lieu épargné par la maladie³¹.

À l'intérieur des villes infectées, chacun a obligation de dénoncer la maladie³², y compris les médecins et chirurgiens, le secret médical est levé. Des mesures d'isolement sont imposées : malades et « soupçonnés »³³, maisons³⁴ ou quartiers infestés³⁵, jusqu'aux morts, promptement enlevés de nuit et dont la sépulture est refoulée hors la ville³⁶. Les

doivent être observées pendant la contagion ; sa proximité des Échelles du Levant, les diverses pestes qui en différents temps ont affligé cette province, et qui auraient encore été plus fréquentes et plus meurtrières sans son attention continuelle à en prévenir les progrès, lui ont en cette matière acquis une expérience, dont on voit des preuves dans plusieurs règlements qu'il a faits pour ces tristes conjonctures » (*Remontrances du Parlement de Provence sur les désordres arrivés dans cette province, pendant la durée de la contagion, présentées au mois de septembre 1722, et renouvelées au mois de décembre 1723*, publiées par L.-F. JAUFFRET, *Pièces historiques sur la peste de Marseille et d'une partie de la Provence, en 1720, 1721 et 1722*, Marseille, 1820, tome 2, pp. 118-159, p. 120). L'expertise de la cour des aides de Provence n'est pas moindre.

³⁰ Selon leur nature, les marchandises sont « purifiées » de diverses façons minutieusement détaillées par le règlement d'Aix, art. CV et s.

³¹ Hôteliers et aubergistes devaient exiger ce certificat sanitaire pour loger ou nourrir les voyageurs ou les marchands.

³² Une grande attention est portée au dénombrement journalier des victimes, malades et morts, ainsi qu'à celui des suspects mis en quarantaine.

³³ Lorsque les médecins ont identifié un cas de peste, le règlement d'Aix dispose qu'« on fera premièrement une curieuse recherche de l'origine de la maladie, et d'où elle a été apportée, qui premier a été affligé, qui y a conversé et visité le malade infecté, et surtout on tâchera de savoir la marchandise infectée, pour icelle promptement brûler, et ce pendant on fera promptement sortir les survivants ou blessés hors de la maison, pour les mettre en quarantaine en lieu commode, et les coussins, paillasses, et autres meubles dangereux qui auront servi auxdits blessés seront incontinent brûlés, et la maison fermée et plâtrée, et marquée d'une grande croix blanche bien apparente, et lesdites fenêtres bouchées à chaux et à sable jusqu'à ce qu'il soit procédé à la purification d'icelle en temps et lieu ; comme aussi tous ceux qui les auront hantées et fréquentées et qui auront été de la mêlée seront incontinent renfermés dans leur maison, pour y demeurer jusques à ce qu'autrement soit ordonné » (art. XXXXIII).

Selon Delamare, dans les premiers temps à Paris, seuls les malades pauvres étaient accueillis à l'Hôtel-Dieu, ceux qui avaient les moyens de se faire soigner chez eux y restaient. La construction de nouveaux hôpitaux permit de sortir les malades pour préserver les autres occupants. Ne purent rester chez eux que les malades qui « tiennent seuls toute la maison » (*Traité de la police*, I, p. 652). Dans les provinces, des efforts sont également faits pour construire des hôpitaux ou des baraquements de fortune, hors la ville.

L'administration des sacrements n'est pas négligée. Un arrêt du parlement de Toulouse du 5 octobre 1557 enjoint aux hommes d'Église de « dûment et diligemment pourvoir ausdits malades & administration des Saints Sacrements de l'Église, sépulture et autres remèdes spirituels » sous peine de « saisissement de leur temporel » (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 206 et s.). Par la suite, la règle s'impose de commettre un prêtre qui seul sera en contact avec les pestiférés.

³⁴ Un peu partout, quand une maison contenait ou avait contenu un malade ou un soupçonné, elle était marquée d'une croix blanche. Parfois, des serruriers sont chargés de cadenasser les logis. La ville s'occupe alors de ravitailler les occupants.

³⁵ Il peut arriver que des rues entières soient murées.

³⁶ Les morts doivent être rapidement ensevelis. Ils sont inhumés de nuit, de préférence à l'extérieur des villes où de nouveaux cimetières sont construits. Paris évacue ses morts en réquisitionnant les bateaux qui apportent le blé depuis Corbeil et normalement repartent à vide, appelés « corbillats » ou « corbeillards » ; le terme de corbillards en restera attaché aux véhicules funéraires.

pauvres sont confinés dans des logements dédiés³⁷. Quand la ville est trop infectée, la « serrade », c'est-à-dire le confinement généralisé pendant quarante jours, est décrétée³⁸.

Les marchés et foires sont interdits, les étuves et bains publics fermés, les rassemblements restreints. Ainsi le règlement d'Aix-en-Provence de 1629 dispose-t-il : « Toutes assemblées de foires, marchés et autres publiques qui se font sous prétexte de vœux et fêtes des villages, danses et festins, baptêmes, mariages et enterrements cesseront, sauf d'être le nombre réglé pour lesdites assemblées des noces et funérailles par les officiers des lieux, ainsi qu'ils aviseront et sans aucun baisemain aux offertoires et pour les baptêmes n'y aura que le père, le parrain et la marraine, à peine contre les contrevenants de cent livres d'amende pour chacune contravention ; et aux officiers et consuls qui le souffriront de répondre en leur propre des incon vénients qui en pourraient arriver... »³⁹. De même, Delamare recommande de « faire cesser les grandes assemblées & les foules non nécessaires du Palais, de l'Université, des spectacles, des mendiants ; renvoyer les Écoliers chez leurs parents, les Étudiants des Religions chacun en son couvent, mettre au large les pauvres des Hôpitaux. Admonester le Peuple de ne point demeurer oisif par les rues ni aux portes des maisons après le Soleil couché »⁴⁰. La « distanciation » intéresse également les prisonniers et tout particulièrement les prisonniers pour dettes⁴¹. Pour les rassemblements religieux, on hésite. Parfois, comme à Lyon, la messe est obligatoire, à défaut des prières sont prescrites plusieurs fois par jour⁴².

³⁷ Du moins les pauvres citadins car les pauvres étrangers à la ville sont expulsés, munis d'une « passade », une petite aumône.

³⁸ V. *Ordres à observer pour empêcher que la Maladie contagieuse ne se communique hors des lieux infectez* (sans nom), Paris, 1668, p. 10.

³⁹ Règlement d'Aix, article IX. V. aussi l'Arrêt Parlement de Toulouse du 7 septembre 1529 interdisant « les jeux dans les tavernes, les danses et assemblées qui pourraient porter infection » (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 211 et s.) ou encore l'Arrêt du Parlement de Bretagne, 5 août 1564, défendant de « s'assembler, jouer jeux, farces » (N. DU FAIL, *Mémoires des plus notables et solennels arrêts du Parlement de Bretagne*, Rennes, 1654, chap. 248, p. 684).

⁴⁰ N. DELAMARE, *op. cit.*, I, p. 666.

⁴¹ En 1557, la mort de deux prisonniers pestiférés entraîne une mutinerie dans la prison de Toulouse. Le Parlement de Toulouse ordonne alors l'élargissement des prisonniers « arrêtés pour dettes, ou légères amendes pécuniaires ». Ceux-ci doivent alors donner caution et « se retirer dans leurs maisons, & là demeurer enfermez comme infects, sans en sortir, ni aller par la Ville jusqu'à ce qu'autrement en soit ordonné, sur peine d'être brûlez ; à la charge aussi que cessant le danger, seront remis en prison jusques à suffisante satisfaction... & au regard des prisonniers détenus pour crimes & maléfices, méritans peine corporelle, est aussi enjoint ausdits Capitouls de les remuer en quelques lieux non infectez pour être détenus en seure garde, jusques à ce qu'ils seront expediez » (arrêt du 10 septembre 1557 rapporté par LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 205 et s.)

⁴² C'est l'objet de l'article premier du règlement d'Aix : « il est enjoint à tous les habitants des villes et lieux dudit pays (la Provence), lorsqu'ils ouïront la cloche tous les jours à sept heures du matin, midy et quatre heures, de se mettre à genoux et faire la prière à Dieu accoûtumée ». Les églises sont fermées, mais la messe peut être célébrée au porche de celles devant lesquelles il y a « de grandes places et lieux vastes capables à recevoir le peuple sans s'approcher ni se toucher l'un l'autre » (art. LIII).

Les règlements imposent également des mesures draconiennes d'assainissement urbain et de désinfection⁴³. Certains métiers, présumés à risque, sont particulièrement surveillés, par exemple les fripiers auxquels toute vente est interdite, mais plus généralement tous ceux qui sont en contact avec la viande, le grain, le cuir ou les étoffes⁴⁴.

Les règlements s'occupent aussi de l'approvisionnement de la population bloquée⁴⁵, et tout spécialement du ravitaillement aux frais de la collectivité des gens isolés, les malades et les pauvres. Une véritable politique d'assistance est mise en place⁴⁶. Enfin, des personnels spécialisés sont recrutés : médecins⁴⁷, gardes, personnel policier pour assurer l'ordre et quadriller les quartiers⁴⁸, « corbeaux » pour déplacer les malades ou enlever les cadavres⁴⁹...

Toutes ces mesures, dont le coût est énorme, sont financées par les villes. Bien souvent leurs ressources ordinaires n'y suffisent pas d'autant que les revenus tirés des fermes diminuent, soit que les principales fermes (boucherie et farine) ne trouvent pas preneurs en temps de peste, soit que les fermiers des domaines et des droits de la ville demandent des rabais. Les villes ont alors principalement recours à l'emprunt⁵⁰.

⁴³ Les rues sont nettoyées et assainies, de même que les maisons, par des feux d'herbes odorantes, les chiens et chats exterminés... Des « parfumeurs » sont chargés de procéder à la « purification » des maisons infectées. Le règlement d'Aix consacre plusieurs articles au détail des opérations (art. LXII et s.) : incinération des vêtements, de la literie et des meubles des pestiférés, désinfection par la chaux, le vinaigre et les plantes aromatiques etc.

⁴⁴ On a bien observé que ces professions étaient plus touchées que les autres, sans toutefois comprendre pourquoi : elles sont plus fréquemment en contact avec les rats. V. F. AUDOIN-ROUZEAU, *Les chemins de la peste. Le rat, la puce et l'homme*, Rennes, PU, 2003, p. 203 et s.

⁴⁵ Avant même que la peste soit déclarée, les magistrats municipaux doivent veiller à ce que la ville soit suffisamment pourvue en produits de première nécessité, y compris en « drogues » chez les apothicaires. Le ralentissement, voire l'interruption des relations commerciales complique ensuite la tâche et oblige à des mesures énergiques pour éviter, autant que faire se peut, que la disette ne s'ajoute à l'épidémie (lutte contre l'accaparement, interdiction à certains professionnels, comme les boulangers ou les bouchers, de quitter la ville...).

⁴⁶ Assistance en vivres, logement (parfois de simples cabanes cependant), soins gratuits etc. Sur la politique d'assistance, v. par exemple J. REVEL, « Autour d'une épidémie ancienne : la peste de 1666-1670 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1970, pp. 953-983.

⁴⁷ Bien souvent le premier médecin (ou chirurgien) recruté par une ville a été, au Moyen Âge, un médecin de peste. Aux temps modernes, les règlements imposent à la faculté de médecine, ou aux corporations de chirurgiens et de barbiers-chirurgiens de désigner un ou plusieurs des leurs (N. DELAMARE, *op. cit.*, I, p. 655 et s.).

Brillon précise que les promesses excessives faites aux médecins par les communautés pour traiter et secourir les malades atteints de la peste sont illicites et réductibles (*Dictionnaire*, IV, v^o Médecins, p. 339).

⁴⁸ V. par exemple le dispositif mis en place à Marseille en 1720, F. BEAUVIEUX, « Épidémie, pouvoir municipal et transformation de l'espace urbain : la peste de 1720-1722 à Marseille », *Rives méditerranéennes*, 42, 2012, pp. 29-50, p. 41 et s.

⁴⁹ Faute de corbeaux volontaires, les villes emploient des galériens, des condamnés ou criminels méritant la mort, voire des personnes réquisitionnées en leur donnant un salaire « plus que raisonnable » précise F. RANCHIN, *Traité politique et médical de la peste*, 1721, p. 167 et s.

⁵⁰ Lorsque la monarchie, voulant assainir les finances municipales, interdira aux villes d'emprunter, elle admettra trois exceptions dont l'épidémie de peste (édit d'avril 1683 : ISAMBERT, *op. cit.*, XIX, pp. 420-425). Sur le coût et le financement de la peste, J. DUMOULIN, « La difficile gestion d'une ville pendant la peste d'Aix-en-Provence au XVII^e siècle », *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des*

Une administration de crise

L'efficacité des mesures sanitaires dépendait de leur application rigoureuse. Des peines sévères allant jusqu'à la mort frappaient les contrevenants. Mais la fuite des notables entraîne maintes difficultés pour coordonner et faire appliquer les prescriptions. « Pars vite, loin et reviens tard » conseille-t-on depuis l'Antiquité⁵¹. Les plus aisés quittent la ville pour se réfugier dans leurs propriétés de campagne, à commencer par les magistrats municipaux, mais aussi les médecins. De même les juges royaux qui, au mieux, déplacent leur siège dans une ville indemne⁵², mais peu accessible aux justiciables confinés.

L'absence des autorités s'avère d'autant plus fâcheuse que les temps de peste sont propices aux désordres. Ambroise Paré en porte témoignage : « Outre plus, les plus opulens, mesmes les magistrats et autres, qui ont quelque auctorité au gouvernement de la chose publique, s'absentent ordinairement des premiers, et se retirent ailleurs, de sorte que la justice n'est plus administrée, n'y estant personne à qui on la puisse requérir ; et lors, tout s'en va à confusion, qui est un mal des plus grands qui sçauroient advenir à une république quand la justice défaut. Et a donc, les méchants amènent bien une autre peste ; car ils entrent ès maisons, et y pillent et desrobent à leur aise impunément, et coupent le plus souvent la gorge aux malades, voire aux sains mesmes, afin de n'estre cogneus et accusés après... »⁵³.

anciens pays bourguignons, comtois et romands, 53, 1996, pp. 199-240 ; du même auteur, *Le coût de la santé à Aix-en-Provence du XVI^e au XVIII^e siècle*, in A. LECA, F. VIALLA (dir.), *op. cit.*, pp. 69-95. V. aussi L. COSTE, « Bordeaux et la peste dans la première moitié du XVII^e siècle », *Annales du Midi : revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, 110, 1998, pp. 457-480.

⁵¹ Attribué à Hippocrate ou Galien. Au XIV^e siècle, le *Décameron* de Boccace met en scène des jeunes gens de l'aristocratie florentine qui se sont réfugiés dans une luxueuse villa à l'écart de la ville infestée et passent le temps en se racontant des histoires. Au XVI^e siècle, Ambroise Paré conseille expressément la fuite : « Le plus souverain remède que je puisse enseigner avec tous les anciens, est s'enfuir tôt et loin du lieu infect, et se retirer en air sain et retourner bien tard, si on peut le faire ». A. PARÉ, *Les Œuvres d'Ambroise Paré, Conseiller et premier chirurgien du roy divisées en 29 livres... reveuës et augmentées par l'auteur peu avant son décès*, 5^e édition, Paris, 1598, p. 825. La fuite est encore recommandée dans l'*Encyclopédie* au XVIII^e siècle (DIDEROT, D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Tome XXV, édition Lausanne-Berne, 1780, v^o Peste, p. 507).

⁵² Le Parlement lui-même se transporte en corps dans une ville épargnée, souvent sous forme de chambre des vacations non soumise à quorum. Ainsi le Parlement d'Aix rejoint-il Salon en 1649 et Saint-Rémy-de-Provence en 1720. Les justices inférieures déplacent également leur siège, voire ne siègent plus du tout. Sur l'interruption de la justice en temps de peste, Brillion cite un arrêt du Parlement de Paris de 1550 : « on peut cesser de plaider, et changer le lieu de la plaidoirie... Mais cela ne doit se faire par le seul mouvement du Juge, sans en délibérer avec les Gens du roi, Avocats, Procureurs, Greffiers et autres Praticiens » (*Dictionnaire des arrêts*, V, p. 164). V. aussi F. PÉRARD CASTEL (mort en 1687), *Nouveau recueil de plusieurs questions notables sur les matières bénéficiales*, tome 2, Paris, 1689, p. 144 s.

⁵³ A. PARÉ, *op. cit.*, p. 885. Il poursuit en donnant maints exemples dont : « ... on a veu à Lyon lorsqu'on apercevoit seulement ès rues les médecins, chirurgiens et barbiers, esleus pour panser les malades, chascun courroit après eux à coups de pierres pour les tuer comme chiens enragés, disant qu'il falloit qu'ils n'allassent que de nuit de peur d'infecter les sains » (p. 886).

Au XVI^e siècle, les parlements tentent, avant de quitter eux-mêmes leur siège, d'interdire la fuite des autorités municipales⁵⁴ et des médecins. Sans forcément grand succès. La solution sera trouvée avec la création des bureaux (ou conseils) de santé qui se généralisent au XVII^e siècle. Il s'agit de comités restreints dont la composition est variable : toujours des édiles municipaux et des médecins, souvent des représentants des marchands, ou encore des officiers de justice royaux. De la sorte était assurée une présence minimale, généralement par roulement.

La justice reste cependant une pierre d'achoppement. Si les règlements prévoient des peines sévères, les parlements n'entendent pas que le bureau les prononce en dernier ressort, encore moins quand il s'agit de condamner à mort⁵⁵. Le roi, cependant, peut investir l'autorité locale de pouvoirs exceptionnels lui permettant de juger « prévôtablement »⁵⁶. À défaut, le principe de l'appel est maintenu⁵⁷. Ainsi le Parlement de Toulouse a-t-il cassé une ordonnance du Conseil de santé de Carcassonne qui condamnait le sieur Grillot à une lourde amende pour infraction à la quarantaine⁵⁸.

⁵⁴ Par exemple le Parlement de Toulouse, lui-même transporté à Grenade, prend le 7 septembre 1529 un arrêt ordonnant aux capitouls de faire résidence en la ville de Toulouse ; un arrêt du même parlement, pris le 5 octobre 1557 sur requête des capitouls cette fois, enjoint les « magistrats et officiers du ressort, consuls et administrateurs des villes et villages, gentilshommes et seigneurs juridictionnels d'iceux... de faire résidence sur les lieux de leur juridiction et administration & ce sur peine quant ausdits magistrats et officiers, de privation de leurs offices, & quant ausdits seigneurs temporels de privation de leurs juridictions & d'être déclarés inhabiles de toute administration publique » (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op cit.*, p. 210 ; p. 206 et s.).

⁵⁵ Dès la fin du XVI^e siècle, s'instaure la technique de l'appel automatique. L'ordonnance criminelle de 1670 la reprendra en l'étendant à toutes les condamnations graves.

⁵⁶ Par exemple à Lyon, G. CHEVALIER, *L'ordre public pour la ville de Lyon pendant la maladie contagieuse*, Lyon, 1670, p. 2 et s. V. L. MAILHOT, *Les débuts de la santé publique à Lyon à travers la littérature médicale de 1570 à 1650*, Mémoire de master 2, Enssib, Université de Lyon 2, 2013, p. 84 et s. Ce fut le cas aussi à Marseille. En 1720, les échevins rappellent au roi que « considérant les désordres qui arrivent souvent en temps de contagion, la nécessité de pouvoir promptement les réprimer & de faire des exemples pour contenir les malfaiteurs & les rebelles, & que toutes les fois que cette ville a été affligée de peste, comme en 1580, 1630, 1649 & 1650 nos rois ont toujours octroyé à leurs prédécesseurs par les lettres patentes, le pouvoir de juger tous crimes prévôtablement et en dernier ressort » (N. PICHATTY DE CROISSAINTE, *Journal abrégé de ce qui s'est passé en la ville de Marseille depuis qu'elle est affligée de la contagion*, Paris, 1721, p. 28). « Prévôtablement » (ou « prévôtalement ») fait allusion à la justice sans appel des prévôts des maréchaux (sur cette justice, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, p. 160 et s.)

⁵⁷ La procédure cependant peut faire l'objet d'un aménagement. Ainsi le règlement d'Aix prévoit-il qu'un conseiller soit commis « pour se transporter aux portes du lieu infect... et illec ouïr les appelans en leur cause d'appel par leur bouche, et faire prendre extrait du procès criminel, pour à son rapport être fait droit par... la cour » (art. XC).

⁵⁸ Le Conseil de santé de Carcassonne avait interdit au sieur Grillot quitter son logis car il avait fréquenté plusieurs personnes mortes de la peste. Grillot n'en a cure, sort et se montre « au lieu le plus fréquenté ». Sitôt rentré dans sa maison, il y est enfermé par ordre du Conseil qui fait même poser des barres de fer en dehors de sa porte ; Grillot appelle son fils pour ôter ces barres. Condamné en six cents livres d'amende, il forme appel devant le Parlement de Toulouse qui casse l'ordonnance et fait défense aux consuls de faire de telles procédures, mais condamne Grillot en 50 livres d'amende pour la contravention. L'affaire est rapportée, sans date, par J. ALBERT (mort avant 1686), *Arrêts de la Cour du parlement de Toulouse*, Toulouse, 1731, v^o Amende, p. 26 et s.

Grillot arguait que le Conseil « était composé de personnes privées⁵⁹ et qu'il n'avait point de juridiction pour condamner à l'amende ». En vain fut-il soutenu « que l'utilité publique et la nécessité autorisaient ce Conseil ».

L'appréciation de la nécessité⁶⁰, cependant, peut conduire à une légitimation des décisions *a posteriori*. Le médecin François Ranchin raconte son expérience de Premier Consul de Montpellier durant l'épidémie de 1629-1630. Le cours ordinaire de la justice étant interrompu par « l'éloignement des Compagnies qui sont destinées à son service », il avait mis en place un tribunal qui fit « arquebuser » des criminels. « En ces nécessités, explique-t-il, il faut une Justice présente, qui se fasse *de plano*, sans chicanerie, après que les crimes sont bien vérifiés, parce qu'il est nécessaire de contenir les méchants dans l'appréhension, & dans la terreur : car de les renvoyer aux autres Juges éloignés, on ne sait où loger les prisonniers ni comment faire les accusations ». Et de conclure : « La Cour de Parlement se fâcha contre moi, mais je fus à couvert, par l'entremise de l'Intendant de la Justice, auquel j'avais communiqué les Jugements »⁶¹.

Dans les grandes villes-sièges de parlement, une organisation moins contestée associe des parlementaires au bureau de santé. Ainsi à Aix⁶², Rouen⁶³, Bordeaux⁶⁴ par exemple, le bureau de santé réunit-il une représentation des différentes autorités qui, dans le millefeuille administratif de l'Ancien Régime, avaient des compétences de police. De la sorte, les conflits de compétence étaient évités et le pouvoir des bureaux de santé d'autant plus indiscutable que les gens de justice y tenaient le premier rang⁶⁵. On a parlé

⁵⁹ Il comportait pourtant trois conseillers au présidial, le procureur du roi et trois avocats.

⁶⁰ Dans la Pragmatique Sanction de Bourges, la peste est, comme la guerre, un *casus necessarius* permettant de changer le lieu de convocation d'un concile. C'est également au nom de la nécessité qu'est reconnu l'empêchement à agir lorsque la peste, comme la guerre, interrompt l'exercice de la justice (V. PÉRARD CASTEL, *Nouveau recueil*, p. 143 et s. ; BRILLON, *op. cit.*, V, v^o Réquisition, p. 894 et s. rapportant en détail une affaire survenue après la peste de Marseille en 1720). Sur le recours à la notion de nécessité pour s'affranchir des règles usuelles dans l'ancien droit public, J.-L. MESTRE, *op. cit.*, p. 103 et s. ; F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, PUF, 2001, p. 134 et s.

⁶¹ F. RANCHIN (1560-1641), *op. cit.*, 1721, p. 177 et s.

À Marseille, lorsque les échevins demandent en 1720 à être investis du pouvoir de juger prévôtablement, l'intendant qui – curiosité provençale – est en même temps premier président du Parlement d'Aix, leur indique qu'en attendant il suffira de lui envoyer leurs décisions pour les faire confirmer (Lettre de Lebret aux Échevins du 7 septembre 1720 citée par P. GAFFAREL et M^{is} DE DURANTY, *La peste de 1720 à Marseille et en France : d'après des documents inédits*, Paris, Perrin, 1911, p. 215.

⁶² À Aix, le parlement établit dès le XVI^e siècle un bureau de police et de santé auquel il appelle les consuls à siéger. V. G. BARRY, *Portrait d'une ville face à une épidémie : l'organisation urbaine en temps de peste. Aix-en-Provence, 1586-1587*, Mémoire pour l'obtention du grade de maître es arts, Université Laval, 1997, p. 19 et s.

⁶³ V. LESAGE, « La mobilisation du Parlement et de la municipalité de Rouen face aux épidémies de peste, XVI^e-XVII^e siècles », in O. CHALINE, Y. SASSIER (dir.), *Les Parlements et la vie de la cité (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Mont-Saint-Aignan, Presses universitaires de Rouen et du Havre, 2004, pp. 23-33.

⁶⁴ L. COSTE, *loc. cit.*

⁶⁵ Y.-M. BERCÉ, *Histoire des Croquants. Étude des soulèvements populaires au XVII^e siècle dans le sud-ouest de la France*, Paris-Genève, Droz, 1974, tome 1, p. 28.

de pouvoirs quasi dictatoriaux⁶⁶. Pour autant, dans l'arsenal juridique applicable au temps de peste, figurent aussi des arrêts de règlement des parlements destinés à éviter les abus⁶⁷.

À la fin du XVII^e siècle, la lutte contre la peste rejoint la police générale du Royaume⁶⁸. La prévention dans les ports est renforcée⁶⁹ et, en cas d'épidémie, l'État intervient plus directement pour mieux coordonner la lutte et surtout pour étendre son périmètre à des régions entières⁷⁰. À cette échelle, seul l'État était capable d'imposer et de financer les mesures nécessaires. En 1668-1669, Colbert met en place un système de contrôle, d'information et de collaboration avec les différents parlements pour cantonner l'épidémie au Nord-Est du royaume⁷¹. Des troupes sont déployées sur plusieurs centaines de kilomètres pour protéger Paris. Avec succès et la peste disparaît pendant une cinquantaine d'années.

Quand elle resurgit en 1720 à Marseille, le Régent lui-même prend en main la gestion de l'épidémie pour éviter sa propagation au reste du royaume. Un arrêt du Conseil d'État du roi du 14 septembre 1720⁷² constate que plusieurs parlements du royaume ont pris par excès de prévoyance, des précautions « surabondantes »⁷³ et fixe lui-même « toutes les précautions nécessaires et suffisantes pour empêcher d'un côté la communication du mal... et pour conserver de l'autre la liberté du commerce entre les différentes villes du royaume et veiller également à leur sûreté et à leur abondance ». Parmi les mesures énergiques, un cordon sanitaire, maintenu par l'armée, est établi autour de toute la Provence⁷⁴.

⁶⁶ Quelle que soit l'organisation retenue d'ailleurs, le pouvoir effectif des bureaux est considérable au point que R. BAEHREL dresse un parallèle avec la Terreur (« Épidémie et terreur : Histoire et sociologie », *Annales historiques de la Révolution française*, 1951, pp. 113-146).

⁶⁷ À Toulouse, par exemple, le Parlement réprime le refus abusif de laisser passer les voyageurs (surtout des marchands), de les nourrir ou de les loger, les prix excessifs qui leur seraient imposés, les violences dont ils seraient victimes ou encore les « extorsions » des médecins à l'égard des malades (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, P. 203 et s.). Bien souvent les parlements ont dû exiger qu'un prêtre ou un médecin soit commis auprès des malades (B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *op. cit.*, p. 201 et s. ; p. 210 et s.).

⁶⁸ Sur l'émergence d'une politique de santé publique animée par l'État, A. LECA, A. LUNEL, S. SANCHEZ, *op. cit.*, p. 133 et s. On observe la même centralisation de la sécurité sanitaire dans les autres États européens.

⁶⁹ D'abord dans les ports méditerranéens, puis le dispositif de prévention est étendu aux principaux ports de la Manche et de l'Atlantique. V. F. HILDESHEIMER, « La protection sanitaire des côtes françaises au XVIII^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1980, pp. 443-467 ; D. PANZAC, « Crime ou délit ? La législation sanitaire en Provence au XVIII^e siècle », *Revue Historique*, 1986, pp. 39-71.

⁷⁰ F. HILDESHEIMER, « La monarchie administrative face à la peste », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1985, pp. 302-310.

⁷¹ Chez Delamare, les arrêts du Conseil d'État du roi côtoient pour la période ceux du Parlement (*Traité de la police*, p. 668 et s.).

⁷² L.-F. JAUFFRET, *Pièces historiques sur la peste de Marseille et d'une partie de la Provence, en 1720, 1721 et 1722* (publiées à l'occasion de l'Année Séculaire de la Peste), Marseille, 1820, tome 1, p. 147 et s.

⁷³ Ces mesures excessives qui « augmentent l'alarme et la consternation dans le cœur des peuples » et entravent le commerce au risque de priver les habitants du royaume des « secours nécessaires » sont rapportées par F. CHICOYNEAU et J.-B. SÉNAC, *Traité des causes, des accidents et de la cure de la peste*, Paris, 1744, part. II, p. 10 et s.

⁷⁴ V. H. STAHL, *loc. cit.*

Pour éviter les conflits de compétence et prévenir les ordres contradictoires, l'arrêt dessaisit les parlements de leurs prérogatives de police, à commencer par le Parlement de Provence⁷⁵. La mise en œuvre des mesures est confiée aux commandants (c'est-à-dire à l'autorité militaire) et à l'intendant (agent régional du roi) en collaboration avec les officiers municipaux⁷⁶. Le contentieux est réservé au Conseil du roi. Cet arrêt, explique le chancelier d'Aguesseau, « est fondé sur le principe... de réduire tout, autant qu'il sera possible, à l'unité en sorte qu'il n'y ait qu'une personne qui puisse donner les ordres nécessaires »⁷⁷.

La justice n'échappe pas à l'unité. À Marseille, c'est un tribunal de police présidé par un commandant militaire qui rendra une justice exceptionnelle⁷⁸. Ailleurs en Provence des gens de guerre. Une déclaration royale du 27 octobre 1720⁷⁹ maintient cependant le principe de pourvoir, dans les cas ordinaires, « autant qu'il est possible, à la régularité des formes judiciaires »⁸⁰ pour les procès criminels jugés à charge d'appel. La chambre

⁷⁵ Le conflit qui oppose les parlements à la monarchie est bien connu. C'est d'ailleurs l'une des raisons qui incitent le roi à exprimer sa volonté par arrêts du Conseil qui, à la différence des ordonnances, échappent à l'enregistrement. La correspondance officielle du chancelier d'Aguesseau indique que les cours souveraines de Provence, Parlement et Cour des Comptes, Aides et Finances, avaient été incapables de s'entendre pour établir un bureau de santé (lettre du 22 août 1720, *Œuvres complètes du chancelier d'Aguesseau*, nouvelle édition, augmentée de pièces échappées aux premiers éditeurs et d'un discours préliminaire par M. Pardessus, Paris, 1819, tome 10, p. 107). Mortifié d'être dessaisi de la police, le Parlement d'Aix multiplie ensuite les « tracasseries » à propos de sa translation vers Saint Rémy. D'Aguesseau s'en agace dans plusieurs lettres. Les parlementaires préfèrent se disperser que de se soumettre à des « limitations inusitées » (la quarantaine). Qu'à cela ne tienne : « La commodité des messieurs du parlement n'est pas une raison suffisante pour s'écarter d'une règle si nécessaire ; et pour ce qui est de l'expédition des affaires, il vaut mieux interrompre, pendant quelque temps, le cours de la justice, que de ne pas arrêter celui de la peste » (lettre 26 septembre 1720, p. 110). Quatre ou cinq parlementaires restés à Aix « ayant repris courage », prétendaient-ils y représenter le Parlement pour empêcher que la Cour des Comptes ne se mette « en possession de la police » ? « Il serait à craindre que l'autorité qu'on laisserait à ces quatre ou cinq officiers ne fit naître beaucoup d'embarras dans l'ordre de la police, qu'on ne saurait entretenir avec trop de concert, en ramenant tout, autant qu'il se peut à l'unité... la dignité n'étant pas un préservatif qui empêche la communication du mal contagieux » (lettre du 15 octobre 1720, p. 114 et s.). Et devant leur insistance : « Il faut avoir bien de la fermeté, ou plutôt bien de la vivacité dans l'esprit pour s'occuper de pareilles tracasseries au milieu de la peste » (lettre du 24 novembre 1720, p. 117). Demandent-ils alors qu'on leur envoie des huissiers et des archers de la maréchaussée ? « Il est étonnant qu'en de pareilles circonstances, on s'arrête au cérémonial » (lettre du 1^{er} décembre 1720, p. 118). Et lorsqu'en 1722, le Parlement demandera à être « remis dans la police », d'Aguesseau coupe court, « bien fâché d'être obligé de dire... des vérités un peu dures » (lettre du 22 janvier 1722, p. 120).

⁷⁶ Si les parlements sont dessaisis, la collaboration se poursuit avec les autres institutions locales. V. notamment F. HILDESHEIMER, « La monarchie administrative face à la peste » ; I. ARNAL-CORTIER, « Les autorités du Languedoc face à la peste (1720-1723) », in *Gouvernance, justice et santé*, textes réunis par L. BRUNORI, F. LEKÉAL, A. WIJFFELS, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2020, pp. 175-196.

⁷⁷ Lettre 5 octobre 1720, *Œuvres*, 10, p. 111.

⁷⁸ V. F. BEAUVIEUX, *Justice et répression de la criminalité en temps de peste*, Criminocorpus, Varia, mis en ligne le 24 novembre 2014.

⁷⁹ *Relation historique de tout ce qui s'est passé à Marseille pendant la dernière peste*, Cologne, 1723, p. 316 et s.

⁸⁰ D'AGUESSEAU, *Œuvres*, 10, p. 116.

de police de Marseille n'en continua pas moins à « juger prévôtablement »⁸¹, mais obtint ensuite des lettres patentes de confirmation⁸². Les mêmes lettres patentes confirment aussi toutes les procédures, sentences et jugements pris par le prévôt des maréchaux pour la ville et le territoire d'Aix⁸³.

Durant toute la crise, le Conseil du roi coordonne l'action⁸⁴. En 1721, le Régent établit même temporairement un « Conseil de Santé »⁸⁵. Généralement présidé par le chancelier d'Aguesseau, ce nouveau conseil reçoit tous les mémoires en provenance des lieux infectés ou menacés, rend arbitrages et décisions. Une grande attention y est portée au « secours des lieux affligés » dans lesquels sont envoyés du blé, de la viande, du sel, de l'argent, des médecins et des religieux, surchargeant souvent les provinces indemnes « pour subvenir aux besoins des Villes souffrantes »⁸⁶. Les avis y divergent un temps sur la stratégie à adopter face à l'extension de l'épidémie, mais le Conseil se range finalement à la discipline toute militaire préconisée par le Maréchal de Berwick⁸⁷ et sont alors rendues publiques d'énergiques *Instructions sur les précautions qui doivent être observées dans les Provinces où il y a des lieux attaqués de la maladie contagieuse, & dans les Provinces voisines* adressées aux commandants des provinces.

⁸¹ *Relation historique*, p. 316.

⁸² Lettres patentes du 11 novembre 1721 : « Louis etc., Les officiers qui composent la chambre de police de notre ville de Marseille, nous ont représenté que, pendant le cours de la maladie contagieuse dont cette ville a été si longtemps affligée, ils ont été obligés d'exercer, en dernier ressort la justice criminelle à l'exemple de leurs prédécesseurs [...] Et comme il est important d'empêcher que, sous prétexte du défaut de pouvoir de juges, on attaque des jugements que le malheur des temps, la nécessité de faire des exemples et l'impossibilité d'y pourvoir d'une autre manière, ont mis au-dessus des règles communes, [...] approuvons, autorisons et confirmons toutes les procédures, ordonnances, sentences et jugements rendus en matière criminelle par lesdits officiers de la chambre de police de notre ville de Marseille, depuis que la contagion y a commencé jusqu'au jour que les officiers de la sénéchaussée de Marseille ont recommencé l'exercice de leurs fonctions. Voulons que lesdites ordonnances, sentences et jugements soient exécutés, si fait n'a été, comme s'ils avaient été rendus par des juges supérieurs... » (L. MÉRY et F. GUINDON, *Histoire analytique et chronologique des actes et des délibérations du corps et du conseil de la municipalité de Marseille depuis le X^e siècle jusqu'à nos jours*, tome 6, Marseille, 1843, p. CCCVVV et s.)

⁸³ Après la crise, le Parlement de Provence dénoncera le « funeste usage » fait de l'arrêt du 14 septembre 1720. Se posant en défenseur contre une autorité despotique, il demandera le rétablissement des prérogatives traditionnelles des parlements en temps de peste (*Remontrances du Parlement de Provence sur les désordres arrivés dans cette province, pendant la durée de la contagion, présentées au mois de septembre 1722 et renouvelées au mois de décembre 1723*, publiées par L.-F. JAUFFRET, *op. cit.*, tome 2, pp. 118-159).

⁸⁴ Les décisions gouvernementales prennent la forme d'arrêts du Conseil, mais aussi d'ordonnances. Ainsi est-ce une ordonnance, datée du 6 septembre 1721, qui étend au Languedoc les dispositions déjà en vigueur en Provence (E. DE LA POIX DE FRÉMINVILLE, *Dictionnaire*, p. 251 et s.).

⁸⁵ M. ANTOINE, *Le Conseil du roi sous le règne de Louis XV*, 1970, Genève, Reimpr. Droz, 2010, p. 107 et s.

⁸⁶ F. CHICOYNEAU, J.-B. SÉNAC, *op. cit.*, p. 32 et s.

⁸⁷ *Mémoires du Maréchal de Berwick, écrits par lui-même, avec une suite abrégée depuis 1716, jusqu'à sa mort en 1734*, Suisse, 1778, tome 2, p. 214 et s.

Significativement, ce texte figurera ensuite en bonne place dans les traités de police de la fin du XVIII^e siècle⁸⁸ et sera repris par l'*Encyclopédie méthodique*⁸⁹. « Lorsque la contagion a une forte intensité et fait de grands ravages », peut-on y lire, « alors on emploie pour couper les communications, les troupes et une forte discipline militaire, toujours odieuse & féroce, mais qui semble alors tolérable, parce qu'il est sûr qu'elle facilite l'application des secours & l'exactitude du service »⁹⁰. Et l'article de terminer par ces mots : « Nous avons cru devoir rapporter ces instructions sur les moyens qu'on doit employer dans les temps de contagion, pour la détruire où qu'elle se trouve & en garantir les lieux sains, parce que c'est un des devoirs des magistrats de police de s'en occuper, & que dans l'instant du trouble et de la confusion que cause pareil évènement, il n'est pas toujours facile d'établir l'ordre nécessaire, si l'on n'a point d'avance un plan auquel on puisse rapporter ses idées et ses moyens »⁹¹.

⁸⁸ E. DE LA POIX DE FRÉMINVILLE, *Dictionnaire ou traité de la police générale des villes, bourgs, paroisses et seigneuries de la campagne*, Paris, 1771, p. 246 et s. ; N.-T. DES ESSARTS, *op. cit.*, v^o Contagion, peste, p. 241 et s.

⁸⁹ *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome 9, Paris Panckoucke, 1789, v^o Contagion, p. 587 et s.

⁹⁰ *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome 9, p. 590.

⁹¹ *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence*, tome 9, p. 591.

Droit constitutionnel et états d'urgence

Agnès ROBLOT-TROIZIER

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

ISJPS – Centre Sorbonne Constitutions & Libertés

Aborder la question de l'état d'urgence en droit constitutionnel, c'est interroger les fondamentaux du droit constitutionnel. L'état d'urgence pose en effet des questions théoriques ayant trait au souverain (le souverain n'est-il pas celui qui décide de la situation exceptionnelle selon Carl Schmitt ?), à la définition de l'État de droit (l'État d'exception est-il une négation de l'État de droit ou une modalité de l'État de droit dès lors qu'il est prévu par le droit ?) et à la séparation des pouvoirs (l'État d'exception ne postule-t-il pas une concentration des pouvoirs dans les mains de l'exécutif ?).

Aussi fondamentales qu'elles soient, ces questions ne sauraient être traitées dans le cadre restreint d'un séminaire, mais elles sous-tendent un propos qui sera axé sur le droit constitutionnel positif. Ce dernier ne connaît pas à proprement parler l'état d'urgence, mais il connaît des régimes d'exception. L'état d'urgence est avant tout une notion administrative correspondant à une extension des pouvoirs de police en cas de péril imminent¹. L'état d'urgence s'insère dans des notions plus larges que sont les « pouvoirs de crise » ou « régimes d'exception » qui supposent une légalité extraordinaire se substituant temporairement à la légalité ordinaire. Dans de telles situations, des atteintes aux libertés qui en temps ordinaire auraient été jugées illégales sont permises voire organisées. En droit public, le droit de l'urgence correspond d'abord à une limitation des libertés.

Le droit constitutionnel français, tel qu'il résulte du texte de la Constitution de 1958, envisage les pouvoirs de crise à travers deux dispositions que sont les articles 16 et 36 de la Constitution, mais l'état d'urgence – les états d'urgence devrait-on dire – relève d'un dispositif législatif dont la conformité à la Constitution mérite d'être questionnée.

Sans revenir sur les conditions de recours aux pouvoirs exceptionnels telles qu'énoncées à l'article 16 de la Constitution², il peut être rappelé que le Conseil constitutionnel intervient à trois stades de la procédure, mais que sa fonction reste exclusivement consultative : il est consulté avant la mise en œuvre de l'article 16,

¹ En ce sens, cf. « État d'urgence », in O. DUHAMEL, Y. MÉNY, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, PUF, 1992.

² Article 16 de la Constitution : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ».

pendant son application sur les mesures prises par le chef de l'État et sur la durée de sa mise en œuvre.

L'article 16 pouvait-il être mobilisé en mars 2020 ? En dépit de la gravité de la situation et de son caractère exceptionnel, même inédit, les conditions de recours à l'article 16 de la Constitution n'étaient pas remplies et il aurait fallu en donner une interprétation constructive pour faire entrer la crise sanitaire actuelle dans le champ d'application de cet article. En effet, les institutions de la République, l'intégrité du territoire et l'indépendance de la Nation ne sont pas menacées de manière grave et immédiate. Il pouvait être soutenu que l'exécution des engagements internationaux était certes menacée, mais elle l'était en France comme dans toute l'Europe et pour partie dans le monde. Quant au fonctionnement régulier des pouvoirs publics, il n'était pas interrompu : fortement affecté par la situation, sans aucun doute, mais non interrompu. Les deux conditions de recours aux pouvoirs exceptionnels de l'article 16, d'autant qu'elles sont cumulatives, n'étaient donc pas remplies.

La seconde disposition constitutionnelle relative aux pouvoirs de crise est l'article 36 portant sur l'état de siège, qui autorise la substitution de l'autorité militaire à l'autorité civile dans l'exercice de la police du maintien de l'ordre. Malgré la rhétorique guerrière qui a pu être employée pour parler de la crise sanitaire, il est clair qu'elle ne répond pas au « péril imminent résultant d'une guerre étrangère ou d'une insurrection armée » justifiant que l'état de siège soit décrété.

L'existence de régimes d'exception prévus par la Constitution de 1958 ne fait pas obstacle à la reconnaissance de régimes d'exception prévus par la loi ou par des conventions internationales³.

La loi ne prévoit pas un état d'urgence mais des états d'urgence. L'état d'urgence classique, que l'on peut aujourd'hui qualifier d'état d'urgence sécuritaire, pour le distinguer de l'état d'urgence sanitaire, trouve son origine dans la loi du 3 avril 1955.

Cette loi a été adoptée dans le contexte de la guerre d'Algérie et pour répondre à ce contexte : la loi de 1849 sur l'état de siège, préfigurant le futur article 36 de la Constitution de 1958, était inapplicable à la situation algérienne car, à cette époque, l'Algérie ne pouvait être considérée comme une puissance étrangère et toute allusion à la guerre, qu'évoque nécessairement l'état de siège, était volontairement évitée. Aux termes de la loi du 3 avril 1955, plusieurs fois modifiée, notamment en 2015 et 2016, l'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ou des départements d'outre-mer, dans deux hypothèses : soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public ; soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamités publiques. Déclaré par décret en conseil des ministres et prorogé au-delà de douze jours sur autorisation législative, il permet de renforcer les pouvoirs des autorités administratives (non militaires) et de

³ Sur ce point, cf. l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme qui permet aux États parties de déroger à certaines de leurs obligations « *en cas d'état d'urgence* » correspondant à la guerre ou à un autre danger public menaçant la vie de la Nation.

restreindre certains droits et libertés des personnes soupçonnées d'être une menace pour la sécurité publique.

L'état d'urgence tel qu'il résulte de la loi de 1955 modifiée était-il adapté à la crise sanitaire ? Au regard des conditions de sa mise en œuvre, tenant à une atteinte grave à l'ordre public ou à une calamité publique, il était possible de considérer que les conditions étaient réunies. Cependant le dispositif prévu et les mesures qui peuvent être prises sous son empire poursuivent un objectif de sécurité publique, non de santé publique : l'état d'urgence permet de prendre des mesures de restriction des libertés à l'égard des personnes soupçonnées d'être une menace pour la sécurité publique.

D'où le vote de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19⁴ qui introduit dans le code de la santé publique de nouveaux articles réunis dans un chapitre consacré à l'état d'urgence sanitaire donnant compétence au Premier ministre pour prendre, par décret, des mesures « *strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu* »⁵. Le Gouvernement est également habilité à prendre des mesures qui relèvent du domaine de la loi par voie d'ordonnances. Lorsque l'état d'urgence sanitaire est déclaré, un comité de scientifiques est immédiatement réuni, consacrant ainsi par la loi l'existence du comité scientifique qui avait été mis en place dès le début de la crise sanitaire pour éclairer les choix du gouvernement. Ce comité publie périodiquement son avis sur les connaissances scientifiques, sur les mesures nécessitées par la catastrophe sanitaire et sur la prorogation de l'état d'urgence sanitaire.

Les états d'urgence soulèvent diverses questions d'ordre constitutionnel. On s'attachera ici essentiellement à la constitutionnalité des législations relatives à l'état d'urgence puis au contrôle de constitutionnalité sur les mesures prises dans ce cadre, pour enfin envisager la constitutionnalisation de l'état d'urgence.

1. La constitutionnalité des législations relatives à l'état d'urgence

Se pose d'abord la question de la constitutionnalité de l'existence même d'une législation d'exception, telle celle de l'état d'urgence, alors qu'existent des dispositions constitutionnelles sur les pouvoirs de crise. La loi de 1955 est-elle conforme dans son principe à la Constitution ? Le Conseil constitutionnel a répondu à cette question en 1985 : « *si la Constitution, dans son article 36, vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence* ».

⁴ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19. Avant le vote de cette loi, les premières mesures sanitaires ont été prises sur le fondement des articles L. 3131-1 et suivants du Code de la santé publique donnant compétence au ministre de la Santé pour « *prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie* ».

⁵ L. 3131-12 et s. du Code de la santé publique.

pour concilier (...) les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public »⁶. Il l'a confirmé lorsqu'il a eu à se prononcer sur des questions prioritaires de constitutionnalité contestant la constitutionnalité de certaines dispositions de la loi relative à l'état d'urgence de 1955⁷. Cette conformité de principe de la législation sur l'état d'urgence n'emporte pas brevet de constitutionnalité. Elle n'empêche pas le Conseil d'apprécier la constitutionnalité de telle ou telle disposition de la loi et, le cas échéant, de la déclarer contraire à la Constitution parce qu'elle porte une atteinte excessive aux droits et libertés⁸. Ainsi le Conseil constitutionnel a rendu neuf décisions QPC lors de la mise en œuvre de l'état d'urgence sécuritaire.

Le Conseil constitutionnel n'intervient pas au moment de la déclaration de l'état d'urgence, qu'il soit sécuritaire ou sanitaire. Toutefois, la prorogation de l'état d'urgence étant décidée par le Parlement – au-delà de douze jours pour l'état d'urgence sécuritaire et d'un mois pour l'état d'urgence sanitaire –, le Conseil constitutionnel peut être saisi du contrôle de la constitutionnalité de cette loi⁹.

Encore faut-il qu'il le soit. Or il peut être constaté que l'urgence a cette capacité de transformer ce qui en temps normal apparaît comme une garantie de l'État de droit, tel le contrôle de constitutionnalité, en une sorte d'ennemi de l'État. En 2015, une éventuelle saisine du Conseil a été présentée par le Premier ministre comme un risque à ne pas courir¹⁰ et, de fait, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi du contrôle *a priori* des six lois de prorogation de l'état d'urgence adoptées entre 2015 et 2017. En mars 2020, le même consensus politique a conduit à ce que la loi du 23 mars 2020, votée en urgence, ne soit pas soumise au Conseil constitutionnel. Il en est allé autrement de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire : la saisine du Conseil par le Président de la République suivie de celle des parlementaires s'écarte de la pratique antérieure et répond à la volonté de légitimer la prolongation de l'état d'urgence. Le Conseil a validé l'essentiel de la loi

⁶ Cons. const. n° 85-187 DC du 25 janv. 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, cons. 4.

⁷ Cons. const. n° 2015-527 QPC du 22 déc. 2015, *M. Cédric D.* ; n° 2016-535 et n° 2016-536 QPC 19 fév. 2016, *Ligue des droits de l'homme* : « Considérant que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ».

⁸ Sur ce point, cf. *infra*.

⁹ Cf. Con. const. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

¹⁰ Lors de la séance publique au Sénat, le 20 novembre 2015, le Premier ministre, Manuel Valls, demande aux sénateurs de ne pas saisir le Conseil constitutionnel. Il se déclare « extrêmement dubitatif sur l'idée de saisir le Conseil constitutionnel », dans la mesure où il lui apparaissait nécessaire, au regard des circonstances, d'aller « vite sur la mise en œuvre des dispositifs » et il ajoute « il est toujours risqué de saisir le Conseil constitutionnel », car s'il « répondait que la loi révisée est inconstitutionnelle sur un certain nombre de points, sur un certain nombre de garanties apportées, cela peut faire tomber 786 perquisitions et 150 assignations à résidence déjà faites », *Senat.fr* [en ligne], 21 novembre 2015. [Consulté le 2 novembre 2020] Disponible sur internet :

<https://www.senat.fr/seances/s201511/s20151120/s20151120_mono.html>.

de prorogation¹¹ : il admet que l'exercice des droits et libertés puisse être mis entre parenthèses dans des situations d'urgence, tout en formulant quelques réserves d'interprétation et en prononçant quelques censures sur les modalités de l'état d'urgence sanitaire. Un fondement constitutionnel est même donné à l'état d'urgence sanitaire, lequel est rattaché à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé déduit du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹².

Si le juge constitutionnel a donc été partiellement mis à l'écart par les autorités politiques, il a toutefois été saisi de QPC portant sur les dispositions des lois d'états d'urgence.

2. Le contrôle de constitutionnalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence

Sans pouvoir retracer ici l'ensemble de la jurisprudence relative à l'état d'urgence, sécuritaire ou sanitaire, l'accent peut être mis sur deux aspects qui interrogent l'effectivité du contrôle de constitutionnalité en période d'état d'urgence : la prise en compte des circonstances pour justifier une forme de démission du Conseil, renonçant à censurer des inconstitutionnalités manifestes ; la répartition des compétences juridictionnelles quant au contrôle des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence.

a. Le recours aux « circonstances particulières » pour justifier une violation de la Constitution

Le jour du vote de la loi ordinaire du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 a été adoptée une loi organique comportant un article unique prévoyant la suspension des délais d'examen des QPC devant le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel. Le texte permet à ces juridictions de dépasser le délai d'examen des QPC pour tenir compte du contexte.

Toutefois, il est permis de douter de l'utilité de cette loi : pour les juridictions suprêmes, administratives et judiciaire, le non-examen dans les trois mois suivant la transmission ou le dépôt de la QPC implique seulement le renvoi automatique au Conseil constitutionnel de la QPC ; tandis que le non-respect de ce délai d'examen par ce dernier n'est assorti d'aucune sanction ; en outre, les juridictions ont maintenu leurs activités pendant la crise. L'objectif réel de cette loi organique était de suspendre l'examen de QPC contestant les mesures sanitaires de restriction des droits et libertés prises sur le fondement de la loi sur l'état d'urgence sanitaire qui venait d'être votée. Les débats parlementaires sont à cet égard sans ambiguïté : « *ce serait un contresens par*

¹¹ Cons. Const. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

¹² Sur ce point, P. RRAPI, « Le Préambule de la Constitution de 1946, fondement constitutionnel de l'état d'urgence », *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 8 juin 2020, 9 p.

rapport à ce que nous venons de mettre en œuvre et à la volonté d'aller vite pour faire face à l'urgence » de « prévoir que l'ensemble de ce qui vient d'être voté puisse faire l'objet de recours et de QPC », cela « reviendrait à organiser notre propre incapacité à mettre en œuvre dans l'urgence les mesures nécessaires »¹³. L'objectif n'est donc pas tant d'anticiper l'incapacité éventuelle des juridictions à respecter les délais d'examen des QPC que d'éviter, au moins pendant trois mois, la contestation par voie de QPC des mesures législatives prises pour faire face à l'épidémie¹⁴.

Or, si la loi sur l'état d'urgence sanitaire n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel pour ne pas faire courir le risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité, la loi organique de suspension des délais d'examen des QPC ne pouvait y échapper puisque toute loi organique fait obligatoirement l'objet d'un contrôle préalable de constitutionnalité. Et la loi organique avait été manifestement adoptée selon une procédure non conforme à la Constitution, le délai de 15 jours entre le dépôt du projet de loi et son examen par les chambres qu'exige l'article 46 de la Constitution n'ayant pas été respecté. Reconnaisant cette inconstitutionnalité procédurale, le Conseil considère pourtant 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 »¹⁵. Ainsi, au nom de « circonstances particulières », la Constitution est mise de côté et le Conseil renonce à exercer son contrôle du respect de la procédure législative. Si l'on peut comprendre que la rigueur du droit puisse connaître quelques assouplissements, particulièrement en temps de crise, ce qui est moins compréhensible c'est la motivation sommaire retenue par le Conseil. Ce laconisme est sans doute autant responsable de la virulence des critiques dont la décision a pu faire l'objet que la solution elle-même. Car en se contentant d'invoquer les « circonstances particulières », sans autre précision, le Conseil offre l'image d'une juridiction démissionnaire. Plutôt que de motiver sa décision, d'argumenter pour justifier, et donc légitimer, sa décision de ne pas censurer une inconstitutionnalité manifeste, le Conseil s'en est tenu à une forme d'évidence sans expliciter ni la nécessité d'adopter la loi organique en violation des règles constitutionnelles (était-il impossible de procéder autrement ?), ni la nécessité de suspendre au plus vite les délais d'examen de la QPC (la mesure était-elle nécessaire ? était-elle adaptée aux circonstances ?)¹⁶.

¹³ « Compte rendu de la 3^e séance publique du 21 mars 2020 », *Assemblée-nationale.fr* [en ligne], mars 2020. [Consulté le 2 novembre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.assemblee-nationale.fr/15/cr/2019-2020/20200187.asp#P2066598>>.

¹⁴ Sur le lien entre la loi organique et la loi ordinaire d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de COVID-19, cf. M. VERPEAUX, « Loi organique d'urgence sanitaire et question prioritaire de constitutionnalité », *AJDA*, 2020, p. 839, spéc. p. 842.

¹⁵ Cons. Cons. n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19*.

¹⁶ Sur ce point, cf. J. JEANNENEY, « La non-théorie des “circonstances particulières” », *AJDA*, 2020, p. 843 et A. ROBLOT-TROIZIER, « “Circonstances particulières” et réserve d'interprétation implicite : les paradoxes de l'évaluation des risques par le Conseil constitutionnel », *Chronique de jurisprudence Droit administratif et Droit constitutionnel, RFDA*, 2020, p. 508.

Paradoxalement, et c'est toute l'ambiguïté de la décision du 26 mars 2020, alors qu'il semble démissionner sur le terrain de la « constitutionnalité externe », tenant au contrôle de la procédure législative, le Conseil tente, au titre de la « constitutionnalité interne », de neutraliser les effets inconstitutionnels de la loi : alors que la référence aux « *circonstances particulières* » entache de manière criante son contrôle, une réserve d'interprétation implicite vient (trop) discrètement en rappeler l'effectivité¹⁷. Il juge que l'article unique de la loi organique « *ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période* ». Bien que le Conseil rappelle ainsi ce qui devrait être une évidence, les débats parlementaires précédemment rappelés autorisaient une autre interprétation de la loi organique. Ainsi, le Conseil neutralise les effets potentiellement inconstitutionnels de la suspension des délais d'examen des QPC. Sur ce point également, le Conseil aurait gagné à mieux motiver sa décision – en précisant notamment qu'il appartient aux juridictions saisies de QPC de mettre tout en œuvre pour statuer dans un délai raisonnable en tenant compte des « *circonstances particulières de l'espèce* » afin de préserver l'effet utile de la QPC.

b. La question de la compétence juridictionnelle de contrôle de constitutionnalité des actes pris dans le cadre de l'état d'urgence

Le contrôle de constitutionnalité « à la française » repose sur une répartition des compétences entre le Conseil constitutionnel, qui contrôle la constitutionnalité des lois – *a priori* ou *a posteriori* par voie de QPC – et le juge administratif, qui contrôle la constitutionnalité des actes administratifs dès lors que ce contrôle ne le conduit pas à porter une appréciation sur une loi.

Pour répondre aux situations d'urgence, nombre de mesures sont prises par voie d'ordonnance. Considérées comme des actes administratifs dès leur adoption, les ordonnances peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le juge administratif et ce d'autant plus que la loi d'habilitation – précisément parce qu'elle est une simple loi d'habilitation – ne fait pas écran entre l'ordonnance et les normes de valeur constitutionnelle. L'adoption de nombreuses ordonnances pour faire face à l'épidémie de COVID-19 a donc pour effet d'augmenter le rôle du Conseil d'État en tant que juge de la constitutionnalité des ordonnances non ratifiées et de dessaisir le Conseil constitutionnel d'une part non négligeable de son contrôle.

Afin de « garder la main » et de conserver son rôle de gardien des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel a considéré, dans un revirement de jurisprudence aussi inattendu que contestable, que des ordonnances, même non ratifiées, doivent être considérées comme des dispositions législatives dont seul le Conseil constitutionnel peut apprécier la constitutionnalité. Dans sa décision du

¹⁷ Sur ce point, cf. A. ROBLOT-TROIZIER, *op.cit.*

28 mai 2020, le Conseil juge pour la première fois que les dispositions non ratifiées d'une ordonnance doivent, à l'expiration du délai de l'habilitation donnée au Gouvernement pour prendre des ordonnances, « être regardées comme des dispositions législatives »¹⁸. Pour justifier cette affirmation, il constate que, passé ce délai, « les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ». Son raisonnement repose ainsi sur une conception plus matérielle de la loi – comme l'acte relevant d'une matière législative – qu'organique – comme l'acte voté par le Parlement. Il fait alors fi de ce que l'article 38 de la Constitution précise que les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ».

Bien que l'ordonnance en cause dans cette affaire n'ait aucun lien avec l'état d'urgence sanitaire, il est évident que cette évolution jurisprudentielle est marquée par le contexte d'un recours accru, voire systématique, aux ordonnances pour adapter le droit à la situation sanitaire.

Le Conseil a ensuite affiné sa nouvelle jurisprudence avec sa décision du 3 juillet 2020¹⁹ portant sur une ordonnance prise dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Il juge que « Si les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution » ; il ajoute que « leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité ». Dans sa précédente décision, les dispositions des ordonnances non ratifiées devaient être regardées comme des « dispositions législatives » ; avec la seconde, elles ne le sont qu'« au sens de l'article 61-1 de la Constitution », soit uniquement pour ce qui est de la question de leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit, ce que le Conseil semble distinguer de la « valeur législative », qu'une ordonnance n'acquiert que par sa ratification expresse par le législateur. En outre, si la décision du 28 mai autorisait à reconnaître le caractère législatif de l'ensemble des dispositions d'une ordonnance non ratifiée à l'expiration du délai d'habilitation, celle du 3 juillet limite cette reconnaissance aux seules dispositions qui « sont du domaine législatif ». Or la détermination du domaine législatif est ambiguë : il s'agit certes des matières dont la liste est fixée à l'article 34 de la Constitution, mais également de celles qui, en vertu d'autres dispositions constitutionnelles et de la jurisprudence, relèvent de la compétence du législateur ; reste à savoir s'il s'agit également de toutes les modifications de dispositions ne relevant pas du domaine législatif mais qui, du fait de l'intervention du législateur en dehors de son domaine de compétence, ne peuvent plus être modifiées que par la loi, sauf à ce que le Gouvernement en demande au préalable la « délégalisation » selon la procédure de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. Il faudra

¹⁸ Cons. const. n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*.

¹⁹ Cons. const. n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *Sofiane A.*

donc attendre d'autres décisions pour préciser la portée exacte et les implications du nouveau régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

Ainsi, semblant prendre conscience de la portée de sa décision du 28 mai, le Conseil constitutionnel la circonscrit dans sa décision du 3 juillet, tout en assumant plus explicitement la finalité de cette évolution jurisprudentielle : éviter que le contrôle de constitutionnalité des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence échappe au Conseil constitutionnel.

L'état d'urgence sécuritaire décidé à partir de fin 2015 avait conduit à une « guerre des juges suprêmes », particulièrement marquée entre le Conseil d'État et la Cour de cassation, chacun revendiquant son rôle de gardien des droits fondamentaux. Avec une revendication identique, l'état d'urgence sanitaire semble produire quant à lui une « guerre des juges constitutionnels » opposant le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel.

3. La constitutionnalisation de l'état d'urgence

Peut enfin être abordée la question de l'intégration dans la Constitution de dispositions relatives à l'état d'urgence. S'agissant de l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955, cette intégration a été envisagée à l'article 36 de la Constitution, par le Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé par le Doyen Vedel en 1993²⁰.

Ce projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence n'a pas abouti, mais il a été repris en 2015. Le projet de loi constitutionnelle « de protection de la Nation », portant sur l'état d'urgence et sur la déchéance de la nationalité, est présenté en décembre 2015 par le Président de la République à l'Assemblée nationale. Bien qu'adopté par cette dernière comme par le Sénat, l'absence d'une majorité suffisamment forte, particulièrement sur la question de la déchéance de nationalité, n'a pas permis d'envisager la soumission du texte au Congrès. La procédure de révision de la Constitution a donc été interrompue.

La question se pose à nouveau aujourd'hui avec l'état d'urgence sanitaire. Les constitutionnalistes s'opposent sur la question de l'utilité d'introduire dans la Constitution des dispositions générales sur l'état d'urgence répondant aux risques sanitaires comme sécuritaires, à côté, voire à la place de l'article 16 de la Constitution, eu égard à la radicalité et à l'obsolescence de celui-ci.

Une telle intégration présenterait plusieurs avantages : offrir une assise juridique plus élevée, puisque constitutionnelle, à l'état d'urgence ; définir les conditions matérielles et procédurales du recours à l'état d'urgence et notamment identifier l'autorité qui décide de l'état d'urgence et celles qui contrôlent son exécution – contrôles

²⁰ L'article 36 constitue lui-même une constitutionnalisation de la législation sur l'état de siège issue de la loi du 9 août 1849 modifiée ensuite par plusieurs lois.

parlementaire et juridictionnel ; déterminer les modalités de la sortie de l'état d'urgence dans le but d'éviter des prolongations non nécessaires.

Reste que les conditions d'entrée ou de sortie de l'état d'urgence auront beau être fixées par la Constitution, l'urgence d'une circonstance exceptionnelle suffira à justifier le contournement des règles en vigueur, qu'elles aient ou non valeur constitutionnelle. Comme la force majeure, les caractéristiques des crises sont souvent imprévisibles ; dès lors, quand bien même elles seraient prévues par la Constitution, les hypothèses dans lesquelles il pourrait être fait appel à l'état d'urgence pourraient très vite être dépassées et les conditions de sa mise en œuvre inadaptées aux circonstances. En outre, les situations d'urgence nécessitent une souplesse et une réactivité qu'un carcan constitutionnel n'est pas nécessairement en mesure d'offrir, de sorte que l'urgence pourrait justifier le contournement des règles constitutionnelles. Dans ces conditions, à quoi bon réviser la Constitution ?

Les législations d'exception sont toujours adoptées, en urgence, dans un contexte de crise, sous le coup de l'émotion et de l'inquiétude qu'elle suscite. Or, en pratique, elles restent en vigueur au-delà de la crise : il s'agit de législations « dormantes » susceptibles d'être « réveillées » en fonction des circonstances²¹. Ainsi en est-il de la loi du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie. Si son article 4, dans sa rédaction initiale, prévoyait l'abrogation de plein droit de la loi en cas de dissolution de l'Assemblée nationale, le fait est que, malgré la dissolution, l'adoption d'une nouvelle Constitution et la fin de la crise algérienne, la loi de 1955 est demeurée en vigueur et a été mise en application à plusieurs reprises²².

La loi d'urgence de 2020 assume quant à elle sa portée générale. Si son intitulé fait référence à l'épidémie de COVID-19, sa codification dans le code de la santé publique et son objet qui est de créer un « *état d'urgence sanitaire* » témoignent de sa vocation à s'appliquer à toute crise sanitaire.

Ainsi, les lois d'urgence sont certes des lois de circonstances mais elles modifient et impactent durablement l'ordonnement juridique. À cet égard, le véritable enjeu n'est pas tant le niveau hiérarchique de la législation d'exception, constitutionnel ou législatif, et donc la question de son intégration à la Constitution, que la nécessité d'un débat démocratique apaisé : au regard du degré d'atteinte aux libertés fondamentales qu'implique la législation d'exception, il importe de prendre le temps de débattre et de discuter des aménagements des libertés et des contrôles qui en constituent les contrepoids indispensables.

²¹ Sur ce point, cf. J.-F. DE MONTGOLFIER, « L'urgence et le Conseil constitutionnel », *NCCC*, n° 53, janv. 2017.

²² La loi du 3 avril 1955 a été appliquée à plusieurs reprises en Algérie et en métropole en rapport avec les événements algériens en 1958 et 1960-1961, puis en Nouvelle-Calédonie en 1985, Wallis et Futuna en 1986 et Polynésie française en 1987. Il a été fait application de la loi en métropole en 2005 pour faire face aux violences urbaines et en 2015-2017 à la suite des attentats du 13 novembre 2015.

Pourtant, la crise et l'urgence passées, les législations d'exception sont mises sous le boisseau, prêtes à ressurgir avec toujours les mêmes interrogations fondamentales sur le respect de l'État de droit, des exigences démocratiques et de la séparation des pouvoirs.

Le parlementarisme français à l'épreuve de l'urgence sanitaire¹

Jean-Baptiste JACOB

Docteur en droit public de l'École de Droit de la Sorbonne

Assistant Ingénieur d'études (post-doctorant) à l'École de Droit de la Sorbonne

Sur le plan institutionnel, la crise de la COVID-19 met à jour, sous une lumière particulièrement crue, les défauts du fonctionnement du parlementarisme de la V^e République. Pour nombre d'observateurs avisés² ces défauts ne tiennent pas tant aux moyens d'intervention dont dispose le Parlement qu'aux représentations mêmes de la fonction parlementaire, en particulier à « la propension des parlementaires à se satisfaire de leur condition »³. La crise sanitaire met, en effet, en lumière le *self-restraint* des députés de la majorité vis-à-vis de l'exécutif⁴. Ce comportement n'est pas une nouveauté. Il semblerait, bien au contraire, qu'il ait toujours caractérisé, au fond, la situation du parlementarisme français⁵. La crise sanitaire confirme alors l'idée selon laquelle le parlementarisme français est essentiellement « négatif »⁶.

L'expression de « parlementarisme négatif » est employée pour désigner un régime politique dans lequel le Parlement est réduit à mener une politique « négative » de *réaction* aux initiatives de l'exécutif. À l'origine, cette expression entendait qualifier les régimes parlementaires naissant toujours dans le contexte juridico-culturel de la monarchie libérale, essentiellement tournés, dans le premier temps de leur existence, vers la recherche d'un droit de concours du Parlement à la conduite de la politique du pays⁷. La logique négative du parlementarisme ne constituait, en réalité, pour la plupart des régimes parlementaires, qu'une première phase historique amenée à décliner à mesure que progressait le décroisement institutionnel de l'exercice du pouvoir. En France, cette logique a été amorcée tardivement, et même à contre-courant⁸ par la Constitution de 1958, sous le couvert du parlementarisme rationalisé. Alors que les révisions de 1995 et 2008, à rebours de cette logique, préfiguraient un véritable *aggiornamento* de la V^e République, l'analyse des récents événements confirme, au

¹ Je tiens à remercier tout particulièrement Jean-Pierre CAMBY, pour les échanges et la relecture intéressée et attentive.

² Selon la formule lapidaire de G. CARCASSONNE : « Ce qui manque le plus à l'Assemblée nationale, ce ne sont pas des pouvoirs nouveaux, ce sont des députés », cit. par R. DOSIÈRE, « le contrôle ordinaire », *Pouvoirs*, 2010, n° 3, p. 46 ; v. égal. P. AVRIL, « Enchantement et désenchantement constitutionnels sous la V^e République », *Pouvoirs*, 2008, n° 3, p. 5-16 ; v. égal. Rapport du Comité de Réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, *Une V^e République plus démocratique*, remis le 29 oct. 2007, p. 51 ; v. encore R. MUZELLEC, « de "l'argent caché à l'Élysée" à l'argent déniché de l'Élysée », *LPA*, 2007, n° 198, p. 7 et s.

³ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *Juspoliticum*, n° 6, 2011.

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ *Id.* ; v. égal. P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *Pouvoirs*, n° 46, 2013, p. 9 et s.

⁷ A. LE DIVELLEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *loc. cit.*

⁸ P. AVRIL, *loc. cit.*, p. 12.

contraire, que celui-ci n'a pas vraiment eu lieu et que, en matière de parlementarisme, les mauvaises habitudes ont la vie dure.

En marge de la procédure ordinaire, la gestion de la crise sanitaire en période d'urgence a finalement confirmé, au plan des institutions, ce dont on ne doutait plus depuis longtemps : la prédominance de l'autorité gouvernementale, détentrice de l'essentiel de la capacité d'action politique et la relégation de l'autorité parlementaire, détentrice subsidiaire d'une simple capacité de réaction politique. Dans la gestion de la crise, l'éloignement du Parlement du processus de l'action politique a consacré incidemment, mais durablement, une nouvelle conception de son rôle supposé se déployer en aval de l'action gouvernementale. Ce bouleversement ne s'est pas effectué *contra legem* ou aux marges du droit, bien au contraire, et il serait malvenu d'affirmer que la crise a directement modifié les compétences dévolues au Parlement. En effet, on sait que le Parlement agit toujours dans les limites que l'article 24 de la Constitution, révisé en 2008, lui fixe, c'est à dire qu'il « vote la loi [...], contrôle l'action du Gouvernement, [...] évalue les politiques publiques ».

Toutefois, si la crise sanitaire n'a pas directement agi sur les compétences dévolues au Parlement, elle a n'en a pas moins agi sur les représentations intellectuelles de celles-ci et, par-là, radicalement transformé les conditions de leur exercice. En effet, la crise sanitaire a eu pour effet d'opérer le resserrement de la fonction parlementaire autour du contrôle de l'action gouvernementale (I). Ce faisant, on pourrait penser qu'elle conforte l'idée, assez juste au demeurant, selon laquelle « la fonction du contrôle est la fonction parlementaire par excellence »⁹. Pourtant, la réalisation effective du contrôle parlementaire laisse perplexe. Sa mise en œuvre, en période d'urgence, est rendue plus difficile du fait des contraintes que le fonctionnement particulier de la V^e République lui impose. De telle sorte que la portée du contrôle parlementaire se trouve largement réduite (II).

I. La crise sanitaire et l'avènement d'un parlementarisme de contrôle

La crise sanitaire constitue un bon révélateur de la spécificité du fonctionnement des institutions françaises tout autant que de la nouvelle division du travail sur laquelle elles se fondent. En accélérant le mouvement de redistribution des rôles et de redéfinition des fonctions institutionnelles, entamé par la Constitution de 1958, elle a, en quelque sorte, mis « fin aux apparences »¹⁰ et permis de clarifier, en période d'urgence, les responsabilités effectivement dévolues au Parlement. Le déroulé de la crise a entériné l'idée que le Parlement pouvait espérer trouver la justification de son action dans sa seule capacité de contrôle de l'action du Gouvernement.

⁹ P. LAUVAUX, « Le contrôle source du régime parlementaire : priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 35 et s.

¹⁰ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », *La Revue des Droits de l'Homme*, 12 avril 2020.

Dans le sillage de la législation de la dernière décennie¹¹, la loi n° 2020-290 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 fait le choix de mentionner expressément le contrôle parlementaire afin d'en signifier toute l'importance. Elle introduit dans le code de la santé publique un article L. 3131-13 qui énonce en son deuxième alinéa :

« L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures. »

La mention *expresse* d'une compétence aussi évidente, pourtant censée relever de l'essence même de la fonction parlementaire, étonne. Elle est révélatrice d'un besoin qui apparaît, dès lors, fragile en son principe. Elle illustre ainsi *paradoxalement* les limites des représentations qui voient dans la fonction de contrôle la fonction par excellence du Parlement. En effet, dans le champ propre à la V^e République, l'association entre fonction parlementaire et fonction de contrôle fait en réalité le jeu d'une autre représentation, partagée notamment par la majorité au pouvoir. Cette représentation n'est autre que celle de la « démocratie exécutive »¹² dont le modèle se fonde sur la prévalence institutionnelle de l'autorité gouvernementale et suppose à la fois neutralisation de l'adresse parlementaire et sanctification d'une véritable sphère d'action réservée à l'exécutif. C'était d'ailleurs le projet assumé de la V^e République qui cherchait, selon Michel Debré, à :

« Supprimer cet arbitraire parlementaire qui sous prétexte de souveraineté non de la nation (qui est juste) mais des Assemblées (qui est fallacieuse), mettait en cause, sans limites, la valeur de la Constitution, celle de la loi et l'autorité des gouvernements »¹³.

Sous cette stricte acception, la pensée dominante associe bien volontiers fonction parlementaire et fonction de contrôle. Le revirement tardif, et partiellement contraint, du Gouvernement qui a fait droit aux demandes de la commission des lois du Sénat, exigeant que la loi n° 2020-290 mentionne expressément le contrôle parlementaire renforcé, l'illustre tout particulièrement. À l'origine, l'avis obligatoire rendu le 18 mars 2020 par le Conseil d'État sur le projet de loi proposait de supprimer toute mention de ce contrôle renforcé au motif qu'elle constituait « une injonction du Parlement au

¹¹ Loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions ; Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité et la lutte contre le terrorisme ; Loi n° 2019-30 du 19 janvier 2019 habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

¹² N. ROUSSELLIER, *La force de gouverner : le pouvoir exécutif en France, XIX^e-XXI^e siècles*, Paris, Gallimard, 2015, coll. « NRF Essais », p. 539, p. 567 et s.

¹³ M. DEBRÉ, « Allocution de M. Michel Debré, garde des sceaux, ministre de la justice » réimp. in *Documents pour servir à l'histoire de la Constitution du 4 octobre 1958*, t. III, *Du Conseil d'État au référendum, 20 août-28 septembre 1958*, Paris, Éd. La documentation française, 1991, p. 260.

gouvernement »¹⁴, étrangère, en tant que telle, au domaine de la loi. Fort logiquement, et conformément à l'avis du Conseil d'État, qui confondait au passage, comme le note Manon Altwegg-Boussac, objet du contrôle parlementaire et domaine de compétence du Parlement¹⁵, le texte déposé par le Premier Ministre, en première lecture devant le Sénat¹⁶, ne prévoyait aucune mention d'un quelconque contrôle. Ce n'est que dans un deuxième temps que celui-ci a accepté le principe d'une mention expresse de ce contrôle dans le projet de loi.

La mise en avant d'un parlementarisme de contrôle, à l'occasion de la crise sanitaire, s'est indubitablement produite au détriment d'un parlementarisme de législation. Sans exagérer la portée de cette distinction, faussement claire¹⁷, il importe de prendre la mesure, tout de même, de la révolution opérée par la crise sanitaire dans les représentations mêmes de la fonction parlementaire. Tout d'abord, la crise sanitaire a entériné l'idée selon laquelle l'exercice de la fonction législative n'est pas – ou n'est plus – l'apanage du Parlement. Cette idée n'a rien d'étonnant sous l'empire particulier de la Constitution de 1958 où force est d'admettre, parfois avec plus ou moins de facilités¹⁸, que la fonction législative est partagée avec le Gouvernement. Toutefois, en dépit de cette caractéristique, propre d'ailleurs au parlementarisme moderne, on constate que la crise sanitaire signe bien « l'abandon de la fonction législative au Gouvernement »¹⁹, au moins en période d'urgence. La multiplication des conseils de Défense ou des habilitations législatives faites au Gouvernement entretiennent conjointement l'idée que le Parlement, et par extension l'Assemblée nationale, n'a pas à prendre part directement à la détermination de l'action politique.

Certes, les périodes de crise ont toujours donné lieu à la production d'un droit de l'urgence. Elles ont, en effet, toujours entraîné le développement de mécanismes exceptionnels d'exercice du pouvoir politique offrant aux pouvoirs publics la possibilité de déroger aux procédures ordinaires – on songe, par exemple, au développement des décrets-lois, en marge des textes, sous les III^e et IV^e Républiques. Toutefois, s'agissant de la crise sanitaire provoquée par l'épidémie de la COVID-19, c'est davantage « l'étendue de l'habilitation consentie par la loi du 23 mars 2020 [qui] interpelle » puisqu'« il n'est pas certain que la V^e République ait connu, sur une période aussi courte,

¹⁴ C. E., avis, 18 mars 2020, n° 399873, sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, § 18, p. 4.

¹⁵ M. ALTWEGG-BOUSSAC, « "Un mal qui répand la terreur" : l'information du Parlement », *Blog Juspoliticum*, 18 mai 2020.

¹⁶ Texte n° 376 (2019-2020) de M. Édouard Philippe, Premier ministre, déposé au Sénat le 18 mars 2020.

¹⁷ A. FOURMONT, B. RIDARD, « Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire », *Question d'Europe*, 2020, n° 558.

¹⁸ Pour une illustration des réticences de la doctrine juridique et des acteurs politiques à admettre ce constat qui relève de l'évidence, v. A. LE DIVELLEC, « Le Parlement, organe politique et de contrôle du gouvernement », *Revue de droit allemand*, juil. 2018.

¹⁹ É. LEMAIRE, « Le Parlement face à la crise du COVID-19 », *Blog Juspoliticum*, 13 avril 2020.

pareil dessaisissement (à la fois quantitatif et qualitatif) du Parlement »²⁰. En effet, pas moins de soixante-deux ordonnances ont été prises pour faire face à l'épidémie²¹.

Ce chiffre vertigineux permet alors de comprendre en quoi le resserrement de la fonction parlementaire sur la fonction de contrôle s'est vite présenté comme une nécessité. Cette nécessité était d'autant plus forte que, sur le papier, le pouvoir de contrôle parlementaire est « presque sans entraves »²² et sonne comme une véritable « invitation à l'action »²³. Outre les questions écrites ou orales aux membres du Gouvernement, dont le format rend cependant difficile un exercice satisfaisant de la fonction de contrôle – qui suppose le temps long²⁴ – les Assemblées disposent d'outils pérennes et particulièrement appropriés au suivi de *l'action* du Gouvernement. À ce titre, les Chambres peuvent emprunter la voie des commissions permanentes ou des commissions d'enquête.

Sommairement mentionnées par la Constitution de 1958, les commissions permanentes possèdent, pour l'essentiel, des pouvoirs d'audition et d'information générale des Chambres auxquelles elles appartiennent. Pour autant, en vertu de l'article 5 ter de l'ordonnance 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, elles « peuvent demander à l'assemblée à laquelle elles appartiennent, pour une mission déterminée et une durée n'excédant pas six mois, de leur conférer [...] les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête » sous réserve que l'action du Gouvernement qu'il s'agit de contrôler « dépasse le domaine de compétence d'une seule commission permanente ». Comme le note Jean-Pierre Camby, « la crise concerne le champ de compétences de toutes les commissions permanentes [...] ce qui exclut que, pour apprécier la totalité de la crise, l'une d'entre elle seule se dote de pouvoirs d'enquête »²⁵.

Toutefois, pour disposer de plus larges prérogatives, et conformément à leur fonction d'information des Chambres, les commissions permanentes peuvent créer, en leur sein, des missions d'information²⁶. L'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que l'initiative de la création d'une mission d'information appartient aux commissions permanentes, à la conférence des présidents sur proposition du président de l'Assemblée, ou encore aux groupes d'oppositions ou minoritaires, par le biais de leur président et sous certaines conditions. Les articles 20 et 21 du règlement du Sénat prévoient également cette possibilité pour les commissions permanentes ainsi que

²⁰ *Id.*

²¹ D'après les données officielles publiées par le Gouvernement [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.vie-publique.fr/dossier/273985-les-ordonnances-covid-19-mars-juin-2020-dossier>>.

²² E. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *loc. cit.*

²³ *Id.*

²⁴ A. DELCAMP, « La perception du contrôle parlementaire. Comment le rendre plus attractif ? », *Pouvoirs*, 2010, n° 3, p. 109-122, notamment p. 114.

²⁵ J.-P. CAMBY, « Contrôle parlementaire et coronavirus », *Le club des juristes*, 31 mars 2020.

²⁶ Règl. Sénat, art. 20 et 21 ; règl. AN, art. 145 à 145-6.

pour la conférence des présidents. Leurs modalités de fonctionnement ne sont pas tout à fait identiques selon les Chambres concernées. L'article 21 du Sénat prévoit d'office, en son alinéa 4, que les missions d'information communes à plusieurs commissions permanentes « disposent des mêmes pouvoirs d'information, de contrôle et d'évaluation que les commissions permanentes ». En revanche, l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale limite les prérogatives de ces missions d'information qui ne peuvent porter que « sur les conditions d'application d'une législation » et sont alors particulièrement adaptées pour assurer le suivi spécifique d'une législation particulière et apprécier sa mise en œuvre. L'attribution des pouvoirs d'enquête est ensuite conditionnée, par l'article 145-1 du règlement de l'Assemblée nationale, au dépôt d'une demande spécifiquement adressée au Président de l'Assemblée nationale.

Les Chambres peuvent aussi exercer leur fonction de contrôle de l'action gouvernementale par le biais des commissions d'enquête. En vertu de l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, « les commissions d'enquête sont formées pour recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales, en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a créées ». L'ordonnance rappelle le caractère temporaire de cet outil. Leur mission « prend fin par le dépôt de leur rapport, et au plus tard, à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la date de l'adoption de la résolution qui les a créées ». Pendant ce laps de temps, les membres de la commission, notamment ses rapporteurs, disposent de larges pouvoirs. Les rapporteurs qui « exercent leur mission sur pièces et sur place » peuvent recevoir « tous les renseignements de nature à faciliter » celle-ci et sont notamment habilités « à se faire communiquer tous documents de service » nécessaires à leur enquête. En outre, à l'issue de ses travaux, la commission d'enquête peut bénéficier, comme la mission d'information, de l'appui d'une mission de suivi permettant de faire le bilan de l'application de la loi. Si cette formule rencontre un certain succès auprès des parlementaires, elle présente tout de même quelques limites, en termes de durée notamment. En effet, comme l'indique Jean-Pierre Camby, « les travaux d'une commission d'enquête durent six mois au maximum, ce qui justifie aussi qu'ils ne débutent pas trop tôt »²⁷.

Au Sénat, la commission des lois s'est chargée de la mise en œuvre de cette fonction de contrôle. Cette dernière a organisé, dès le 25 mars, une mission de suivi pluraliste, présidée par M. Philippe Bas (LR), actuel président de la commission des lois. Celle-ci se compose de onze membres issus de l'ensemble des groupes politiques de la Chambre Haute dont trois membres du parti *Les Républicains*. On notera que si la commission des lois est à la manœuvre, la mission de suivi s'inscrit dans une démarche coordonnée de l'ensemble des commissions permanentes. Elle s'est saisie de divers sujets tels que :

²⁷ J.-P. CAMBY, « Contrôle parlementaire et coronavirus », *loc. cit.*

« La proportionnalité et la pertinence des mesures d'exception prises pour assurer la continuité de l'action des administrations et des juridictions pendant la crise sanitaire, la gestion des agents publics, le déploiement opérationnel des forces de la sécurité civile, les modalités d'organisation des forces de sécurité intérieure pour assurer le contrôle des mesures prescrites par le Gouvernement, la situation des lieux privatifs de liberté, ou encore l'usage éventuel des données personnelles pour lutter contre l'épidémie »²⁸.

Cette organisation n'est pas sans rappeler celle qu'avait mise en œuvre la Chambre haute afin d'évaluer la mise en œuvre des lois relatives à l'état d'urgence et de la loi pour la Sécurité intérieure et de lutte contre le terrorisme (SILT) de 2017²⁹.

L'Assemblée nationale, pour sa part, n'a pas confié ce contrôle à la commission des lois. Réunie le 17 mars 2020, la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale a fait le choix de créer une mission d'information sur la gestion et les conséquences, dans toutes ses dimensions, de l'épidémie de COVID-19. Si cette mission se voulait transversale, et à durée indéterminée, il était cependant prévu qu'elle ne constitue qu'une première étape dans l'exercice du contrôle parlementaire renforcé. Il s'agissait alors d'assurer le suivi renforcé de la gestion de la crise sanitaire et des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. La deuxième étape a été déclenchée à l'issue de la réunion de la mission d'information, le 3 juin 2020. À cette occasion, il a été fait le choix de doter la mission d'information des prérogatives d'une commission d'enquête sur le fondement – discutable comme on le verra – du mécanisme précédemment rappelé. Cette adjonction s'est accompagnée d'un élargissement de ses missions à l'évaluation de la gestion de la crise et à l'appréciation de ses conséquences en matière économique, budgétaire, sociale et internationale.

Le resserrement de la fonction parlementaire sur la fonction de contrôle interroge. La principale interrogation tient, faute d'une pratique suffisamment établie, à la délimitation précise des modalités concrètes de son exercice tout autant que des finalités visées. Les débats parlementaires portant sur l'opportunité de mentionner le contrôle renforcé sont, au final, assez pauvres et d'un intérêt relatif pour la délimitation de ses contours. Ils laissent largement irrésolu le problème inhérent à la pensée du contrôle parlementaire « qui exige simultanément le respect des prérogatives de l'exécutif, et l'autorité du jugement porté sur son action »³⁰. Surtout, dans la pratique institutionnelle, tout fonctionne comme si la réduction de la fonction parlementaire à la fonction de contrôle passait d'abord par une redéfinition même de cette fonction de contrôle ; celle-ci devant être « platonique » pour prétendre s'exercer.

²⁸ Mission de suivi du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, Rapp. du 2 avril 2020, *10 premiers jours d'état d'urgence sanitaire : premiers constats*, p. 10.

²⁹ À ce propos, v. A. FOURMONT, « Le contrôle parlementaire renforcé en matière de lutte contre le terrorisme », in *Les autorités de contrôle face à la lutte contre le terrorisme en France, en Allemagne et au Royaume-Uni*, Colloque organisé à la Faculté de droit de Strasbourg les 14 et 15 novembre 2019, Centre des études internationales et européenne.

³⁰ P. AVRIL, « L'introuvable contrôle parlementaire (suite) », *Juspoliticum*, 2009, n° 3.

II. La crise sanitaire et la réduction de la portée du contrôle parlementaire

Comme en attestent les débats parlementaires relatifs à la mention expresse d'un contrôle renforcé dans la loi du 23 mars 2020, la revalorisation de la fonction de contrôle parlementaire, dans le sillage de la « démocratie exécutive », s'est faite au prix d'une réduction de sa portée. Cette réduction de la portée du contrôle parlementaire n'est pas nouvelle, sous la V^e République, loin s'en faut. Elle est d'autant plus problématique en période d'urgence où l'impression demeure, qu'à l'occasion de leur contrôle de l'action gouvernementale, les Chambres agissent davantage comme des « observatoires des pratiques gouvernementales »³¹ que comme parties à l'instance.

Cette réduction de la portée du contrôle caractérise, avant tout, le triomphe de trois grandes représentations spécifiques des missions du Parlement. Celles-ci convergent toutes vers l'idée que, pour prétendre exister sous la V^e République, le contrôle parlementaire *doit essentiellement s'exercer a posteriori, et en dehors de toute intrusion manifeste dans le champ de l'action politique laissé, par souci d'efficacité, à la discrétion du Gouvernement soutenu par la majorité politique au sein des Chambres.*

Une première réduction de la portée du contrôle fait suite à l'affaiblissement progressif, sous la V^e République, de l'idée selon laquelle le Parlement avait pour mission essentielle de sanctionner le Gouvernement (A). Dans le creux de celle-ci, une seconde réduction de la portée de la fonction de contrôle parlementaire s'est opérée, à travers l'affermissement de l'idée selon laquelle les Chambres ont pour seule mission de produire et chercher la meilleure information possible à propos de l'action gouvernementale qu'elles contrôlent (B). Une troisième réduction réside enfin dans la redécouverte, par le Parlement, sous la pression du fait majoritaire, de l'exercice d'une nouvelle fonction, la fonction élective, qui subvertit alors la fonction traditionnelle du contrôle (C).

A. L'affaiblissement progressif de la mission de sanction du Parlement

En réaction aux abus passés, le parlementarisme rationalisé de la V^e République entendait, avant tout, assurer la stabilité du Gouvernement. Y parvenir supposait, pour les constituants de l'époque, qu'ils limitent fortement les possibilités d'action unilatérale des parlementaires sur le Gouvernement et notamment les possibilités de contestation de celui-ci. En parallèle, la procédure de la « question de confiance » était grandement facilitée et ne souffrait pas, à l'origine, d'un strict encadrement procédural. L'histoire est bien connue. Pourtant, s'il est vrai que, dans son fonctionnement, la V^e République est parvenue à limiter l'exercice du contrôle-sanction³² par le Parlement, le changement

³¹ J.-J. URVOAS, « Le Droit peut-il être désactivé par l'état d'urgence ? Un début de contrôle parlementaire mal orienté », *Le village de la justice*, mai 2020.

³² Pour rappel, sous la V^e République, il n'y a eu qu'un seul gouvernement renversé, celui de Georges Pompidou, en 1962.

espéré dans les représentations dominantes n'a pas vraiment eu lieu. Au contraire le fonctionnement de la V^e République a *paradoxalement* entretenu l'idée même contre laquelle elle entendait lutter, à savoir que le contrôle parlementaire s'entendait justement du risque de renversement qu'il faisait planer sur le Gouvernement.

On trouve une survivance de cette représentation dans les décisions du Conseil constitutionnel. Celui-ci veille attentivement, par une jurisprudence constante³³, à sanctionner toutes dispositions susceptibles de constituer de véritables injonctions d'agir du Parlement envers le Gouvernement. Par-là, le juge entend chasser le fantôme des interpellations, courantes sous les Républiques antérieures. Cette jurisprudence trouve un écho favorable dans le texte même de la Constitution de 1958 qui, depuis la révision de 2008, énonce, en son article 34-1, que :

« Sont irrecevables et ne peuvent être inscrites à l'ordre du jour les propositions de résolution dont le Gouvernement estime que leur adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard ».

De la sorte, les décisions du juge constitutionnel entretiennent bien l'idée qu'il est de l'essence même de la fonction de contrôle parlementaire de s'accompagner d'une sanction. Le commentaire officiel de la décision 2009-581 DC le reconnaît ouvertement qui énonce que « le contrôle a pour corollaire la mise en cause de la responsabilité de l'autorité contrôlée »³⁴. Les décisions du juge constitutionnel entretiennent surtout l'idée qu'il lui appartient de censurer tout usage de cette prérogative qui s'effectuerait à la marge des articles 49 et 50 de la Constitution.

Si cette jurisprudence revêtait un intérêt direct, il y a près de soixante ans, elle apparaît désormais largement datée. L'hypothèse d'un exercice de la mission de sanction du Gouvernement par le Parlement est aujourd'hui assez improbable³⁵. Surtout, comme le note Pierre Avril, elle est anachronique³⁶, puisque « ce sont désormais les électeurs qui votent – ou refusent – la confiance tous les cinq ans »³⁷. Comme l'écrit l'illustre auteur :

³³ Cons. Const., décision n° 66-7 FNR du 21 déc. 1966, *Proposition de loi de M. Baudis, député, telle qu'elle résulte du rapport de la commission spéciale, concernant l'indemnisation des dommages subis par les français rapatriés d'outre-mer*, cons. 6 ; Cons. Const., décision n° 59-2 du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale* ; Cons. Const., décision n° 90-275 DC du 6 juin 1990, *Résolution modifiant l'article 145 du règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 2 ; Cons. const., décision n° 96-381 DC du 14 octobre 1996, *Résolution modifiant le règlement du Sénat*, cons. 7 ; Cons. Const., décision n° 2003-470 DC du 9 avril 2003, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 22 ; Cons. Const., décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 3 ; Cons. Const., décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 55.

³⁴ Comm. Cons. Const., décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale*, p. 30.

³⁵ B. FRANÇOIS, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, La Découverte, 2011, « Repères », p. 52.

³⁶ P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 17.

³⁷ P. AVRIL, « Le contrôle. Exemple du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », *Juspoliticum*, 2011, n° 6.

« Cette prérogative n'appartient plus aux députés qu'à titre symbolique. Elle demeure l'apanage de l'opposition, mais l'existence de la majorité réduit le vote de la censure à une contestation solennelle de la politique générale, un geste affirmant que l'opposition... s'oppose, mais dont on sait bien qu'il est sans portée effective »³⁸.

Dans ces conditions, « déclarer que le contrôle est destiné à permettre au Parlement de mettre en jeu une responsabilité qui lui échappe revient à lui assigner un fondement illusoire »³⁹. S'il faut alors « concevoir le contrôle en dehors de tout lien avec la mise en cause de la politique générale du gouvernement »⁴⁰, c'est dans l'exercice d'une autre fonction parlementaire, la fonction de délibération, que celui-ci est réputé le mieux s'exprimer.

B. L'affermissement conditionné de la mission d'information du Parlement

Les représentations contemporaines s'accordent aujourd'hui sur l'idée que l'essentiel de la fonction parlementaire est ordonné à l'exercice de la fonction délibérative⁴¹. Cette conception n'est pas nouvelle et l'on en trouve trace notamment dans la doctrine anglo-saxonne, chez John Stuart Mill, par exemple, pour qui :

« Le véritable office d'une assemblée représentative n'est pas de gouverner, elle y est radicalement impropre ; mais bien de surveiller et de contrôler le gouvernement, de mettre en lumière tous ses actes, d'en exiger l'exposé et la justification quand ces actes paraissent contestables »⁴².

Cette représentation porte ainsi l'idée que le Parlement *parle, délibère, échange*, mais qu'il *n'agit* pas politiquement. Il n'exprime l'essentiel de sa fonction que dans sa capacité à pouvoir être, à la fois pour la Nation, « un comité des griefs et un congrès des opinions »⁴³. De la sorte, le Parlement n'est plus :

« Qu'une arène où non seulement l'opinion générale de la Nation, mais encore l'opinion des diverses parties de la Nation, et autant que possible celle de tous les individus éminents que renferme le pays, peut se produire au grand jour et provoquer la discussion »⁴⁴.

³⁸ P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 17.

³⁹ P. AVRIL, « L'introuvable contrôle parlementaire (suite) », *loc. cit.*, p. 2.

⁴⁰ P. AVRIL, « Renforcer le Parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 17.

⁴¹ Cette conception a profondément marqué la doctrine française. V. par ex., M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, 2^e éd., p. 469 ; v. aujourd'hui, P. AVRIL, J. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Paris, Montchrestien, 2010, 4^e éd., « Domat Droit public », p. 157.

⁴² J. S. MILL, *Considerations on representative government* [1861], tr. fr. C. DUPONT-WHITE, *Le Gouvernement représentatif*, Paris, Guillaumin, 1877, 3^e éd., p. 135.

⁴³ J. S. MILL, *op. cit.*, p. 136

⁴⁴ *Ibid.*, p. 137.

Cette représentation trouve un relais, aujourd'hui, dans la valorisation des missions d'évaluation confiées au Parlement et qui semblent constituer, désormais, l'essentiel de ses missions. L'exercice de la fonction de contrôle est alors censé s'exprimer à travers la possibilité laissée au Parlement d'évaluer les politiques publiques mises en œuvre par le Gouvernement. C'est ce que laisse entendre l'article 24 de la Constitution révisé en 2008. Ce faisant, l'exercice de la fonction de contrôle se range sous l'empire de la fonction de délibération. Dans cette acception spécifique, l'exercice du contrôle parlementaire ne peut s'entendre que du simple exercice d'une mission d'information des Chambres⁴⁵, sous réserve que la réalisation de cette mission ne soit jamais susceptible de produire une quelconque contrainte dans l'action gouvernementale, ce qui relève effectivement de la gageure, si ce n'est de la fiction.

On trouve trace de cette représentation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. À l'occasion de l'examen de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire, le juge constitutionnel a notamment admis, dans sa décision 2020-800 DC :

« Qu'il est loisible au législateur de prévoir des dispositions assurant l'information du Parlement afin de lui permettre, conformément à l'article 24 de la Constitution, de contrôler l'action du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques »⁴⁶.

Toutefois :

« En prévoyant une transmission immédiate à l'Assemblée nationale et au Sénat d'une copie de chacun des actes pris en application de l'article 11 de la loi déferée, le législateur, compte tenu du nombre d'actes en cause et de la nature des données en jeu, a méconnu le principe de séparation des pouvoirs et les articles 20 et 21 de la Constitution ».

Autrement dit, le juge censure un dispositif de la loi prévoyant un dispositif d'information contraignant pour le Gouvernement et le déploiement de son action. L'argumentaire mobilisé par le juge constitutionnel n'étonne guère puisqu'il se nourrit de l'idée, précédemment rappelée, que l'exercice du contrôle par le Parlement risque fort, s'il n'est pas encadré, d'aboutir au retour des interpellations du siècle dernier. Le commentaire officiel de la décision 2020-800 DC est particulièrement révélateur de cet état d'esprit qui justifie la censure par le fait que :

« En l'espèce, les dispositions contestées allaient bien au-delà d'un contrôle *ex post* de l'action gouvernementale. Elles permettaient une immixtion des assemblées parlementaires dans le processus même d'exécution de la loi, dès lors qu'une copie de chaque acte, y compris individuel, pris dans le cadre de la mise en œuvre des systèmes d'information visés

⁴⁵ V. sur ce sujet, M. ALTWEGG-BOUSSAC, « 'Un mal qui répand la terreur' : l'information du Parlement », *loc. cit.*

⁴⁶ Cons. Const., déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire*, § 82.

par l'article 11, devait leur être immédiatement fournie (« sans délai » précisait la loi, ce qui signifiait, comme l'a relevé la décision, une transmission « immédiate »)⁴⁷.

En somme, il semblerait bien que la réduction de la portée du contrôle parlementaire ne réside pas tant dans la réorientation de celui-ci autour de la fonction délibérative, mais bien plutôt dans « l'infantilisation » du Parlement, pour reprendre un terme employé aussi bien par M. Raphaël Schellenberger⁴⁸ (LR) que Mme Éliane Assassi⁴⁹ (CRCE), qui accompagne cette réorientation.

Cette représentation n'est pas nouvelle. Elle apparaît même assez classique puisqu'on en trouve trace dans de nombreuses autres décisions.

Dans une décision 2019-785 DC, le juge constitutionnel avait censuré, sur le fondement d'une méconnaissance de la séparation des pouvoirs, une disposition du règlement de l'Assemblée nationale permettant à une commission permanente examinant une pétition d'imposer à un ministre une audition devant elle⁵⁰. La solution est subtile puisque le commentaire officiel de la décision prend la peine de préciser que :

« Cette décision ne prive évidemment pas les commissions, y compris lorsqu'elles examinent une pétition, du pouvoir de demander l'audition d'un ministre sur le fondement des dispositions réglementaires déjà en vigueur, non modifiées par la résolution – le deuxième alinéa de l'article 45 du règlement disposant : “Le bureau de chaque commission peut demander l'audition d'un membre du Gouvernement” »⁵¹.

Autrement dit, le juge constitutionnel veille bien à ce que la participation des membres du Gouvernement aux travaux des commissions parlementaires reste une *possibilité* et ne s'entende jamais d'une *obligation*. La décision 2009-582 DC confirmait ainsi cette hypothèse. Le juge était saisi d'une disposition relative à la participation des membres du Gouvernement aux travaux des commissions parlementaires. L'article 10 de la résolution, modifiant l'article 18 du Règlement du Sénat, énonçait que « les membres du Gouvernement peuvent assister aux votes destinés à arrêter le texte des projets et propositions de loi sur lequel portera la discussion en séance ». Saisi de cet article, le juge constitutionnel prend la peine de formuler une réserve d'interprétation aux termes de laquelle :

⁴⁷ Comm. Cons. Const., décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, p. 28.

⁴⁸ Assemblée nationale, XV^e législature, Session ordinaire 2019-2020, Compte-rendu intégral, Séance du 17 juin 2020.

⁴⁹ Sénat, 84^e séance de la session ordinaire 2019-2020, Compte rendu analytique officiel, Séance du 26 mai 2020.

⁵⁰ Cons. Const., décision n° 2019-785 DC du 4 juillet 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, § 46 et 47.

⁵¹ Comm. Cons. Const., décision n° 2019-785 DC du 4 juillet 2019, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, p. 16.

« Ces dispositions constitutionnelles impliquent que le Gouvernement puisse participer, quand il le souhaite, aux travaux des commissions consacrés à l'examen des projets et propositions de loi ainsi que des amendements dont ceux-ci font l'objet et assister à l'ensemble des votes destinés à arrêter le texte sur lequel portera la discussion en séance »⁵².

La solution consacrée par le juge constitutionnel, dans cette décision, est très proche de celle rendue le même jour à propos de la décision 2009-581 DC. À cette occasion, le juge constitutionnel a censuré certaines dispositions relatives aux compétences du « comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques ». Aux termes de celles-ci, il était prévu que les rapports effectués par le comité d'évaluation soient présentés dans le cadre d'un débat contradictoire en présence des responsables administratifs de la politique publique concernée. Le juge constitutionnel censure l'obligation de présence et précise que le comité ne saurait jamais exercer qu'un « simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques, dans les conditions prévues par la Constitution »⁵³. Partant, la présence des membres du Gouvernement et de l'administration ne saurait s'accompagner d'aucun débat contradictoire. Le raisonnement est identique dans une décision 2004-493 DC à propos, cette fois, de la nature des missions de suivi de la mise en œuvre des conclusions d'une commission d'enquête confiées à un député. Le juge constitutionnel précise ainsi que :

« Les missions de suivi ainsi définies revêtent un caractère temporaire et se limitent à un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution ; qu'en particulier, s'agissant des commissions d'enquête, dont les conclusions sont dépourvues de tout caractère obligatoire, le rapport présenté ne saurait en aucun cas adresser une injonction au Gouvernement »⁵⁴.

De façon générale, ces exemples montrent l'attachement du juge constitutionnel à une définition particulière du contrôle parlementaire susceptible de revêtir une double acception. Le contrôle parlementaire renvoie alors tantôt au contrôle *général* de la politique du Gouvernement exercé à l'échelle collective de la Chambre, tantôt à l'information *particulière* du Parlement sur une ou plusieurs actions gouvernementales exercée à l'échelle individuelle par un ou plusieurs organes de la Chambre – comité d'évaluation, commissions parlementaires, missions d'information ou de suivi, par exemple. La jurisprudence du juge constitutionnel consacre ainsi une représentation *holiste* du contrôle parlementaire. Cette représentation *holiste* alimente le mythe de

⁵² Cons. Const., décision n° 2009-582 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat pour mettre en œuvre la révision constitutionnelle, conforter le pluralisme sénatorial et rénover les méthodes de travail du Sénat*, cons. 10.

⁵³ Cons. Const., décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 58.

⁵⁴ Cons. Const., décision n° 2004-493 DC du 26 février 2004, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 3.

l'homogénéité des Assemblées parlementaires positionnées face à des institutions (Gouvernement, Président de la République) nettement séparées d'elles et neutralise, là encore, les potentialités offertes par l'exercice de la fonction de contrôle. Surtout, le mythe de l'homogénéité des Assemblées est contraint de céder sous la pression du fait majoritaire qui transforme le clivage Assemblée/Gouvernement en un nouveau clivage Majorité (Assemblée + Gouvernement) /Opposition. Cette transformation qui assigne au Parlement et, plus précisément, à la majorité qui le domine, une nouvelle mission, subvertit alors largement l'exercice même du contrôle parlementaire.

C. Le redéploiement malvenu de la mission de légitimation du Parlement

Le fait majoritaire amplifie les réticences de l'Assemblée nationale à exercer pleinement sa fonction de contrôle qui s'inscrit, par ailleurs, dans le cadre du clivage entre la majorité et l'opposition, où la loi s'apparente à un véritable « procédé de gouvernement »⁵⁵. De la sorte, l'exercice de cette fonction peine à s'extirper des considérations politiques qui accompagnent, toujours, cette opposition. On sait pourtant que le succès de l'exercice de la fonction de contrôle dépend :

« De la capacité pour les assemblées de résister à l'exécutif, tout en préservant l'esprit de la V^e République qui rejette l'idée d'un harcèlement parlementaire conduisant à l'instabilité ministérielle »⁵⁶.

La prédominance du fait majoritaire dilue assez fortement la capacité de résistance de l'Assemblée nationale vis-à-vis du Gouvernement. Elle subvertit, en quelque sorte, l'exercice de son contrôle parlementaire qui se rapproche d'une autre fonction propre du Parlement : la fonction élective.

L'hypothèse de la fonction élective du Parlement constitue, dans la plupart des régimes parlementaires, le terreau intellectuel de l'idée de contrôle-sanction⁵⁷. Son exercice réside dans la capacité pour une Chambre de « choisir le cabinet qui a pour mission de gérer les affaires du pays »⁵⁸, autrement dit, de nommer le Gouvernement. Elle trouve son fondement dans l'idée, qui constitue « le sens global des systèmes parlementaires parvenus à maturité complète », selon laquelle il importe de « remettre dans les mains du Parlement (généralement la seule Chambre élue au suffrage universel direct) la création même du Gouvernement »⁵⁹. Le caractère ponctuel de l'exercice de cette fonction, qui ne « s'accomplit qu'une fois [au moment de la nomination d'un

⁵⁵ P. AVRIL, « Le Parlement législateur », *loc. cit.*, p. 15.

⁵⁶ É. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entrave », *Pouvoirs*, 2011, n° 134, p. 72.

⁵⁷ À ce sujet, v. P. LAUVAUX, « Le contrôle source du régime parlementaire : priorité du régime présidentiel », *loc. cit.*, p. 27.

⁵⁸ A. LE DIVELLEC, « Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle », *Juspoliticum*, 2012, n° 7.

⁵⁹ A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *loc. cit.*, p. 128-129.

nouveau Gouvernement] et n'est pas renouvelé pendant un long intervalle », participe assez largement du « travail invisible du Parlement »⁶⁰, pour reprendre l'expression consacrée par Bagehot, et popularisée par le Professeur Le Divellec⁶¹. Originellement pensée comme fonction propre du Parlement britannique, elle ne revêt pas, en toute logique, la même valeur en France où elle présente une certaine originalité.

En effet, la pression du fait majoritaire, dans le cadre du système de gouvernement « à captation présidentielle »⁶² de la V^e République, a logiquement invité le Parlement à redécouvrir l'exercice de sa fonction élective. L'expression de « captation présidentielle » vise à qualifier le procédé qui « oriente l'exercice concret des pouvoirs juridiques du Gouvernement et du Parlement au bénéfice du président de la République »⁶³. La V^e République se caractérise ainsi par le fait que l'Assemblée nationale s'est vu retirer la souveraineté sur la naissance des Gouvernements. Les vicissitudes de l'investiture parlementaire attestent de ce que la V^e République a laissé s'installer l'idée selon laquelle « le Gouvernement tient d'abord sa légitimité, hors cohabitation, de la confiance du Président de la République »⁶⁴. La démission de Jacques Chaban Delmas, en 1972, sur la demande présidentielle, deux mois seulement après avoir obtenu, à une forte majorité, la confiance des députés, l'illustre bien. En France, sous la V^e République, la majorité parlementaire à l'Assemblée nationale se définit essentiellement par rapport au Président⁶⁵ et a pour « vocation [...] de soutenir le Gouvernement qui “procède” de lui »⁶⁶. Dans ces conditions on comprend en quoi la fonction élective du Parlement s'y exprime de façon originale.

L'exercice de la fonction élective du Parlement est d'autant plus original aujourd'hui qu'elle ne trouve plus à s'exprimer ponctuellement, à l'occasion de la nomination d'un nouveau Gouvernement, auquel il s'agit d'accorder – ou non – la confiance. On a évoqué précédemment la disparition progressive des missions de sanction du Parlement. L'exercice de la fonction élective s'exprime, bien au contraire, de façon plus perlée, dans la mise en œuvre quotidienne des missions du Parlement et, plus précisément, dans l'exercice de sa fonction de contrôle censé constituer l'essentiel de ses missions. Dans cet entrelacs, la fonction élective du Parlement peut alors prétendre jouer le rôle de « fonction-fin », là où la fonction de contrôle peut être qualifiée de « fonction-objet ». Cette dernière, la « fonction-objet », renvoie à l'activité concrète d'un organe là où la

⁶⁰ W. BAGEHOT, “The Unseen Work of the Parliament”, *The Economist*, 9 fév. 1861, n° XIX, tr. fr. D. KYRANOUDI et C. ROYNIER, *Juspoliticum*, 2012, n° 7.

⁶¹ A. LE DIVELLEC, « Bagehot et les fonctions du Parlement (britannique). Sur la genèse d'une découverte de la pensée constitutionnelle », *Juspoliticum*, 2012, n° 7.

⁶² A. LE DIVELLEC, « Parlementarisme négatif et captation présidentielle. La démocratie française dans la “cage d'acier” du présidentielisme », in Cercle des constitutionnalistes, *Les soixante ans de la Constitution. 1958-2018*, Dalloz, 2018, p. 73-87, notamment p. 79 et s.

⁶³ *Ibid.*, p. 80.

⁶⁴ B. FRANÇOIS, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, La Découverte, 2011, « Repères », p. 53.

⁶⁵ P. AVRIL, « Renforcer le parlement : qu'est-ce à dire ? », *loc. cit.*, p. 12.

⁶⁶ *Id.*

« fonction-fin » constitue le but qui sous-tend l'activité de cet organe⁶⁷. Autrement dit, dans ce schéma, l'exercice de la « fonction-fin » conditionne l'exercice de la « fonction-objet ». Appliqué à la fonction parlementaire sous la V^e République, on comprend que l'exercice de la fonction élective (fonction-fin) détermine, en quelque sorte, l'exercice de la fonction de contrôle (fonction-objet). Entendue de la sorte, la fonction de contrôle parlementaire devient ainsi :

« Une fonction de légitimation d'un sens nouveau : soutenir l'action de ceux que l'on a portés au pouvoir jusqu'à ce que, éventuellement, cesse l'accord politique initial, éventuellement sous l'arbitrage du corps électoral. Il ne s'agit pas d'un « contre-rôle » mais d'une maîtrise du destin du cabinet comme incarnation d'une ligne politique déterminée »⁶⁸.

L'apparition d'un nouveau clivage majorité/opposition est à l'origine d'une nouvelle division du travail parlementaire entendu comme un exercice différencié des fonctions parlementaires. En effet :

« Le parlement n'apparaît plus véritablement comme une institution homogène et indépendante de l'exécutif (en principe, la majorité exerce en priorité une fonction de soutien – et le contrôle qu'elle peut vouloir exercer s'inscrit ordinairement dans le respect de ce soutien –, tandis que l'opposition exerce surtout une fonction de critique publique – l'un des aspects du contrôle, précisément –, mais qui ne peut qu'exceptionnellement aboutir à des sanctions, puisqu'elle est en principe minoritaire) »⁶⁹.

Cet aspect trouble alors l'exercice serein et efficace du contrôle parlementaire souvent accusé d'osciller entre manque d'ambition complaisant⁷⁰ ou confirmatif⁷¹ du

⁶⁷ À ce propos, v. notamment, C. EISENMANN, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par C. LEBEN, Paris, LGDJ-Panthéon-Assas, 2002, « Droit public » ; G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Thèse, LGDJ, 1963.

⁶⁸ A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *loc. cit.*, p. 124.

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ V. sur ce risque, A. LE DIVELLEC, « Des effets du contrôle parlementaire », *loc. cit.*, p. 131 ; v. P. LAUVAUX, « Le contrôle source du régime parlementaire : priorité du régime présidentiel », *loc. cit.*, p. 32. ; v. égal. C. SANTISO, « Pour le meilleur ou pour le pire ? », *Revue française d'administration publique*, 2006, n° 1, p. 149-185, notamment, p. 151 ; E. VALLET, « Les commissions d'enquête parlementaires sous la Cinquième République », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, n° 2, p. 248-278, notamment p. 260-263.

⁷¹ Le terme est emprunté à X. MAGNON, « Rapport de synthèse », in *Quel renouveau de la fonction de contrôle du Parlement sur l'action du gouvernement ? Premier bilan après la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008*, Journée d'études du 13 décembre 2010, Centre d'études et de recherches sur les transformations de l'action publique, Université de Perpignan, p. 8-9. [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet :

<http://publications.ut-capitole.fr/13848/1/Quel_renouveau_de_la_fonction_de_contr%C3%B4le_du_Parlement_sur_l%27action_du_gouvernement_.pdf>.

côté de la majorité et fenêtres d'actions tribunicienes⁷² et procéduriers du côté de l'opposition.

La crise sanitaire et les zones d'ombres qui entourent l'exercice du contrôle parlementaire donnent pleine valeur à ce constat.

Outre les réticences précédemment rappelées quant à l'idée de mentionner directement le contrôle parlementaire dans le projet de loi du 23 mars 2020, c'est bien, dans un premier temps, la domination de la majorité présidentielle sur la composition de la *mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de COVID-19*, qui interroge. En effet, au 3 juin 2020, la mission comportait trente membres dont seize membres de LREM, cinq membres de LR, deux membres de MODEM, deux membres de SOC, deux membres de UDI-Agir, un membre de LT, un membre de FI ainsi qu'un membre non-inscrit auxquels il faut ajouter l'association – sans droit de vote – des neuf représentants de groupes, ainsi que la présidence de la mission, attribuée à M. Richard Ferrand (LREM). Dans ces conditions, la majorité présidentielle (LREM + MODEM) pouvait alors se prévaloir *a minima* de dix-huit membres sur les trente que compte la mission, sans compter l'attitude « constructive » de M. Oliver Becht (Agir), celle, plus ambivalente de Mme Sophie Auconie (UDI) et, bien évidemment, la figure tutélaire de son président, M. Richard Ferrand (LREM).

Par ailleurs, l'exercice cumulé des fonctions de président de la mission et de rapporteur par M. Richard Ferrand ne va pas sans poser problème. La composition des missions d'information est régie par l'article 145 alinéa 4 du Règlement de l'Assemblée nationale qui énonce que :

« Des missions d'information peuvent également être créées par la Conférence des présidents sur proposition du Président de l'Assemblée. Le bureau de ces missions est constitué dans les conditions prévues à l'article 143, alinéas 1 et 4. *La fonction de président ou de rapporteur revient de droit à un député appartenant à un groupe d'opposition, si ces fonctions ne sont pas exercées par la même personne. Ces missions d'information comprennent un député n'appartenant à aucun groupe* ».

L'obscurité des formules employées n'est pas d'une grande aide pour la bonne compréhension de cet article. Toutefois, l'article formule *a minima* un principe et une exception. Le principe réside dans l'attribution « paritaire » (majorité/opposition) des fonctions de président et de rapporteur de la mission d'information. L'exception réside dans le cumul de ces deux fonctions. Cela s'entend d'autant plus facilement que l'article 145 alinéa 4-RAN renvoie expressément à un autre article, 143-RAN, qui énonce, à son tour, en son alinéa 2, que la « fonction de président ou de rapporteur revient de droit à un député appartenant à un groupe d'opposition ». On pourra cependant reprocher à l'article 145 alinéa 4-RAN de renvoyer seulement aux alinéas 1 et 4 de

⁷² R. DOSIÈRE, « Le contrôle ordinaire », *loc. cit.*, p. 37.

l'article 143-RAN qui ne font pas mention de cette répartition mais se contentent d'effectuer un renvoi supplémentaire à l'article 39-RAN. Celui-ci prévoit, *a minima*, que la composition de leur bureau « s'efforce de reproduire la configuration politique de l'Assemblée ».

Ces reproches ne sauraient toutefois résister à l'examen plus précis des travaux préparatoires relatifs à l'article 145 al. 4-RAN, introduit par la résolution n° 1546 du 27 mai 2009 en son article 114. Le propos du rapporteur, M. Jean-Luc Warsmann (UMP), est limpide et confirme la lecture précédente :

« La fonction de président ou de rapporteur d'une mission d'information créée par la Conférence des présidents reviendra de droit à un député appartenant à un groupe d'opposition, à l'instar de la règle introduite pour les commissions d'enquête. Votre commission vous propose toutefois de prévoir une exception à cette règle, lorsque les fonctions de président et de rapporteur sont confiées à la même personne »⁷³.

Au regard de ces précisions, on comprend que l'exercice cumulé par M. Richard Ferrand des fonctions de président et de rapporteur de la mission d'information sur l'épidémie de COVID-19 répond avant tout de l'exception prévue par l'article 145 al. 4-RAN. Le choix de recourir à la procédure exceptionnelle étonne d'autant plus que les précédents, en la matière, sont peu nombreux. Ainsi, au 30 avril 2009, on en dénombreait seulement trois. Ainsi, M. Bernard Accoyer (UMP) avait pu exercer les fonctions de président et de rapporteur de la mission d'information sur les questions mémorielles créée par la Conférence des Présidents le 25 mars 2008. De la même façon, M. Jean-Louis Debré (UMP) avait, sous la précédente législature, procédé de la sorte s'agissant de la mission d'information sur la question des signes religieux à l'école mais également de la mission d'information sur la problématique de l'assurance maladie. On constate surtout, à travers ces exemples, la forte dimension politique et symbolique des thématiques visées. On comprend en effet la volonté de l'UMP, à l'époque, de s'approprier les thématiques des lois mémorielles ou des signes religieux qui relevaient, en quelque sorte, de son « ADN » politique. On comprend moins, aujourd'hui, la logique qui pousse LREM à se saisir absolument de la thématique de la crise sanitaire, sauf à réintroduire du politique là où l'urgence aurait mérité une certaine neutralité.

En outre, un autre point d'interrogation demeure quant au choix qui a été fait, dès le 4 juin, d'attribuer à la mission d'information des pouvoirs d'enquête sur le fondement

⁷³ J.-L. WARSMANN, *Rapport n° 1630 fait au nom de la Commission des lois sur la proposition de résolution (n° 1546) de M. Bernard Accoyer tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, enregistré le 30 avril 2009, p. 255.

de l'article 5 ter de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958⁷⁴. Ce fondement apparaît bien incertain⁷⁵. En effet, l'article dispose que :

« I. - Les commissions permanentes ou spéciales et les instances permanentes créées au sein de l'une des deux assemblées parlementaires pour contrôler l'action du Gouvernement ou évaluer des politiques publiques dont le champ dépasse le domaine de compétence d'une seule commission permanente peuvent demander à l'assemblée à laquelle elles appartiennent, pour une mission déterminée et une durée n'excédant pas six mois, de leur conférer, dans les conditions et limites prévues par cet article, les prérogatives attribuées aux commissions d'enquête par l'article 6 ci-dessous.

II. - Lorsque les instances permanentes créées au sein de l'une des deux assemblées parlementaires pour contrôler l'action du Gouvernement ou évaluer des politiques publiques dont le champ dépasse le domaine de compétence d'une seule commission permanente disposent, dans les conditions définies au I, des prérogatives mentionnées à l'article 6, les rapporteurs qu'elles désignent exercent leur mission conjointement ».

La lecture du premier paragraphe de l'article montre bien que celui-ci ne pouvait constituer le fondement d'une telle demande. Le paragraphe premier fait mention de cette possibilité d'attribution des pouvoirs d'enquête au seul profit des « commissions permanentes ou spéciales » ou des « instances permanentes créées au sein de l'une des deux assemblées parlementaires pour contrôler l'action du Gouvernement ». La mission d'information créée par la Conférence des présidents ne saurait non plus s'insérer dans la catégorie des « instances permanentes » puisqu'elle est spécifiquement qualifiée, par l'article 145-RAN, de « mission temporaire ». En outre, les travaux préparatoires de l'article 145-RAN confirment encore cette impossibilité. Le rapport rendu par M. Pascal Clément (UMP) précise en effet que :

« Sans modifier leur processus de création, il semble souhaitable de rattacher ces nouvelles missions [NDA : créées par la Conférence des Présidents] au chapitre du Règlement qui traite des missions d'information des commissions. Cela permettrait d'éviter les doublons avec celles-ci et assurerait les conditions de leur fonctionnement. La proposition de résolution n° 288 du 18 mai 1990 a complété l'article 145 de notre Règlement afin de permettre aux commissions permanentes de créer des missions d'information temporaires. Dans sa décision n° 90-275 DC du 6 juin 1990 portant sur la résolution modifiant l'article 145, le Conseil constitutionnel a estimé que l'instauration de cette possibilité n'était pas contraire à un principe constitutionnel « dès lors que l'intervention d'une mission d'information revêt un caractère temporaire et se limite à un simple rôle d'information

⁷⁴ À ce propos, v. la demande d'attribution adressée par M. É. Ciotti (LR) à M. Richard Ferrand. Assemblée nationale [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/15/Lettre_CE_Covid.pdf>.

⁷⁵ Sur ce sujet, qu'il soit permis de renvoyer à l'un de nos travaux, v. J.-B. JACOB, « À propos d'un inédit familial : le contrôle parlementaire de l'état d'urgence sanitaire », *Les petites affiches*, 28 avril 2020, n° 85, p. 6 et s.

contribuant à permettre à l'Assemblée d'exercer pendant les sessions ordinaires et extraordinaires, son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution »⁷⁶.

Jurisprudence du Conseil constitutionnel à l'appui⁷⁷, il semblerait bien qu'il soit de « l'essence » des missions d'information d'être « temporaires » ; peu important alors le fait qu'elles soient créées à l'initiative d'une commission ou de la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale. Autrement dit, la mission d'information sur l'épidémie de COVID-19 ne peut se prévaloir du statut d'organe permanent pour obtenir les attributions des commissions d'enquête.

On pourrait reprocher à la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'être datée et de ne pas englober véritablement les missions d'information créées à l'initiative de la Conférence des présidents qui ne sont apparues qu'à la suite d'une révision du règlement de l'Assemblée nationale, en 2003. C'est sans compter le contrôle du juge rendu sur cette révision, à l'occasion duquel il a précisément insisté sur ce point, pour le cas précis des missions d'information créées à l'initiative de la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale :

- « 21. Considérant que le I de l'article 10 de la résolution insère dans l'article 145 du règlement un troisième alinéa permettant à la Conférence des Présidents de créer des missions d'information sur proposition du Président de l'Assemblée nationale ;
22. Considérant que cette disposition n'est contraire à aucun principe non plus qu'à aucune règle de valeur constitutionnelle dès lors que l'intervention d'une « mission d'information » revêt un caractère temporaire et se limite à un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement dans les conditions prévues par la Constitution »⁷⁸.

N'étant ni une mission d'information créée par une commission, ni une instance permanente de l'Assemblée nationale, on voit mal comment la mission d'information pouvait se voir attribuer les pouvoirs d'une commission d'enquête sur le fondement de l'article 5 ter de l'ordonnance 58-1100 précitée sauf à se contenter d'un maigre fondement, celui du précédent de la mission d'information sur les moyens de Daech

⁷⁶ P. CLÉMENT, *Rapport n° 698 fait au nom de la Commission des lois sur la proposition de résolution (n° 613) de MM. Jean-Louis Debré, Jacques Barrot, Jean-Marc Ayrault, Hervé Morin et Alain Bocquet, tendant à compléter le Règlement de l'Assemblée nationale*, enregistré le 18 mars 2003, p. 32.

⁷⁷ Cons. Const., décision n° 90-275 DC du 6 juin 1990, *Résolution modifiant l'article 145 du Règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 2.

⁷⁸ Cons. Const., décision n° 2003-470 DC du 9 avril 2003, *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 21-22.

créée en 2015 par la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale et dotée, à l'époque, des pouvoirs d'une commission d'enquête⁷⁹.

On notera également que le choix d'attribuer à la mission d'information les pouvoirs d'une commission d'enquête a permis d'écarter la proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête visant à identifier les dysfonctionnements dans la gestion sanitaire de la crise de la COVID-19. Cette résolution avait été déposée par M. André Chassaigne (GDR) qui entendait faire jouer son « droit de tirage » tel que lui permet de le faire l'article 141 al. 2-RAN. En vertu de ce « droit de tirage », et suivant l'article 140-RAN, la proposition d'organisation d'une commission d'enquête est renvoyée à la commission permanente compétente qui ne peut se prononcer sur son opportunité mais doit simplement se contenter de vérifier « si les conditions requises pour la création de la commission d'enquête sont réunies ».

Le rapport de M. Pierre Dharréville (GDR), rendu au nom de la commission des affaires sociales, concluait ainsi à la recevabilité de la proposition de résolution instaurant la commission d'enquête⁸⁰. Pour autant, le 3 juin 2020, à l'occasion de l'examen de la proposition de résolution, la commission des affaires sociales estimait que les conditions n'étaient pas réunies au motif que la mission d'information avait demandé, la veille, à bénéficier des pouvoirs d'enquête. Pourtant, la proposition de résolution avait été déposée le 8 avril 2020, soit près de deux mois avant que la mission d'information ne soit dotée des pouvoirs d'enquête, le 3 juin 2020, et près de six semaines avant la demande expresse d'attribution par une lettre du 26 mai 2020. On touche là aux limites du droit et de la politique et on perçoit alors la porosité de la frontière qui sépare les fonctions de contrôle et les fonctions d'élection du Parlement. Cette porosité est accentuée du côté de l'Assemblée nationale où la pression du fait majoritaire et la « captation présidentielle » sont plus fortes encore en période d'urgence. Leurs pressions conjuguées redessinent, au gré des rapports de force, la pratique parlementaire du moment. Ce phénomène ne doit pas étonner. Il permet au contraire d'entrevoir, par-delà les formes et les discours, la véritable consistance des démiurges du « nouveau monde ».

⁷⁹ É. LEMAIRE, « Contrôle parlementaire de la crise sanitaire : interrogations autour de l'attribution des pouvoirs d'enquête à la mission d'information sur l'épidémie de Coronavirus à l'Assemblée nationale », *Blog Juspoliticum*, 18 juin 2020.

⁸⁰ P. DARRHÉVILLE, *Rapport n° 3044 fait au nom de la Commission des affaires sociales sur la proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête visant à identifier les dysfonctionnements dans la gestion sanitaire de la crise du COVID-19*, enregistré le 3 juin 2020, p. 13.

Droits fondamentaux et urgence à l'ère du numérique et des gouvernements ouverts

William GILLES

*Maître de conférences (HDR) à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Directeur du master 2 Droit des données, des administrations numériques
et des gouvernements ouverts, membre de l'IRJS*

Les nombreux débats soulevés par la crise sanitaire de 2020 posent la question de savoir si les mesures prises dans ce cadre étaient ou non attentatoires aux libertés fondamentales. L'urgence sanitaire a amené les gouvernements du monde entier, qu'ils soient ou non dans des régimes considérés comme des démocraties modernes, à prendre des mesures privatives de libertés. Et le spectre de contrôler les déplacements des populations au moyen des nouvelles technologies a souvent été perçu comme un risque d'amplification de cette privation de libertés. Nombreux sont ceux qui, *a posteriori*, ont critiqué telle ou telle mesure prise dans l'urgence, affirmant qu'ils auraient mieux fait s'ils avaient été en responsabilité de décider, quand bien même aucun gouvernement n'a su trouver le juste milieu en ce qui concerne l'articulation entre privation de libertés pour sauver des vies humaines et maintien des libertés dans leur intégralité pour satisfaire nos libertés individuelles.

Gouverner c'est prévoir, mais prévoir en temps de crise et surtout en temps d'urgence est une mission difficile.

Pour autant, les situations de crise sont aussi celles dont il est possible de sortir renforcé dès lors qu'on cherche à innover, et surtout dès lors qu'on cherche à innover en y associant le plus grand nombre.

Car la difficulté dans une période d'urgence n'est pas tant de devoir recourir à des mesures privatives de libertés que de prendre de telles mesures sans associer le plus grand nombre, autrement dit, sans assurer et maintenir le débat parlementaire, mais aussi l'intégration de la société civile, car dans des périodes de crise, il est toujours préférable de réfléchir et de débattre (certes de manière organisée) avec le plus grand nombre, plutôt qu'avec un nombre restreint d'experts. C'est en ce sens que les principes d'ouverture des gouvernements¹ peuvent favoriser une meilleure acceptabilité des décisions qui sont prises afin d'en permettre un meilleur respect.

Le Professeur Jeuland a souligné que les séances du séminaire 2020 de l'IRJS, dont la thématique porte sur le droit d'urgence, se sont interrogées sur le fait de savoir si le droit de l'urgence était un droit de la suspension ou un droit de l'action. Mon

¹ I. BOUHADANA, W. GILLES, « De l'esprit des gouvernements ouverts », *Revue Internationale des Gouvernements Ouverts*, n° 4 [en ligne], 2017, pp. 1-22. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://ojs.imodev.org/index.php/RIGO/article/view/187/308>>.

intervention traitera de ces deux axes, mais visera aussi à montrer que le droit de l'urgence peut aussi être un droit de l'innovation.

La réflexion développée sur les droits fondamentaux et l'urgence à l'ère des gouvernements ouverts portera sur un diptyque invitant à évoquer d'une part les insuffisances juridiques constatées de l'urgence et, d'autre part, les innovations juridiques nées de l'urgence.

Certains pourront trouver le propos sévère, mais on est souvent sévère avec son propre pays pour le rendre meilleur.

1. Les insuffisances juridiques constatées de l'urgence

A. Les lacunes juridiques de l'Ancien monde en situation d'urgence

La situation d'urgence sanitaire a permis de montrer que l'État français n'a pas encore achevé sa transition numérique, alors que le processus est davantage abouti depuis longtemps dans le secteur privé, au moins s'agissant des grands groupes.

La conséquence est que cet inachèvement a ralenti le fonctionnement de l'État sans que l'on sache si la sortie de crise sanitaire se traduira par une effectivité de la mise en place d'un passage réel à un État des données, fonctionnant avec des processus entièrement dématérialisés, étant précisé que les algorithmes ne doivent pas se substituer à l'humain qui doit rester au cœur du processus de décision.

Autrement dit, nous avons pu constater un décalage entre les réformes de modernisation numérique annoncées depuis plusieurs années² et allant jusqu'à affirmer que la France est en marche vers un État plateforme (qui est évoqué depuis au moins novembre 2014³) et la réalité de la modernisation numérique.

² Pour une évolution de ces différentes réformes, cf. notamment I. BOUHADANA, W. GILLES, « Appuyer la mise en place du gouvernement électronique (« E-Gouvernement ») et l'émergence de la participation citoyenne », in *Rapport 2018 sur l'état de la francophonie numérique*, IREST-Organisation internationale de la Francophonie, 2018, pp. 79-97 ; I. BOUHADANA, W. GILLES et R. WEAVER (dir.), *Transparency in the Open Government Era*, Paris, éd. IMODEV, 2015 ; I. BOUHADANA et W. GILLES (dir.), *Droit & gouvernance des données publiques et privées à l'ère du numérique*, Paris, éd. IMODEV, 2015 ; I. BOUHADANA et W. GILLES (dir.), *Droit & gouvernance des administrations publiques à l'ère du numérique*, Paris, éd. IMODEV, 2014 ; W. GILLES, « L'Open government : quelles avancées démocratiques, quels enjeux ? », in J.-J. LAVENUE (dir.), *e-Révolutions et Révolutions*, Villeneuve-d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2016, pp. 283-301 ; W. GILLES, « L'impact de la révolution numérique sur les modèles de l'administration locale en Europe », in S. GUERARD et A. ASTRAUSKAS, *L'autonomie locale en Europe*, Paris, Fondation Varenne, 2016, pp. 551-570 ; W. GILLES, « L'administration ouverte et l'Open Data. Propos introductifs », *Cahiers de la Fonction publique et de l'Administration*, n° 357, Suppl., 1^{er} juillet 2015, pp. 4-9 ; W. GILLES, « Le droit au gouvernement ouvert : enjeux d'un nouveau droit à l'ère du numérique au regard de l'expérience Française », *International Journal of open Government (RIGO)*, n° 1, 2014, pp. 11-24 ; W. GILLES, « Le modèle français de l'administration numérique : réalités et enjeux », *Revue de l'Institut du Monde et du Développement (RIMD)*, 2013, n° 4, pp. 45-65.

³ DISIC, « L'État plateforme & Identité numérique ou comment concevoir les services publics numériques autrement », *Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), Services du Premier ministre [en ligne]*, 12 novembre 2014. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://references.modernisation.gouv.fr/sites/default/files/Pr%C3%A9sentation%20G%C3%A9n%C3%A9rale%20Strat%C3%A9gie%20Plateform.pdf>> ; J. MARZIN, directeur interministériel des systèmes

Une étude Accenture de 2019 soulignait que l'indice de maturité de l'État plateforme en France était de 66 points, derrière Singapour (72,2), le Royaume-Uni (70), les États-Unis (69,6), l'Australie (67,3) mais devant la Norvège (66,7), les Émirats Arabes Unis (65,7), le Japon (62,4), l'Allemagne (62) et l'Arabie Saoudite (57,4)⁴. Cet indice est destiné à mesurer « la progression des pays sur la voie du développement économique et de l'innovation dans la fonction publique. Plus un pays et son État ont pris conscience de l'ampleur des changements nécessaires et fait des progrès pour se préparer à l'État plateforme, plus l'indice est élevé »⁵. Accenture déduit de cet indice les enseignements suivants : i) « Même les trois pays ayant obtenu les meilleurs scores [groupe ne comprenant pas la France puisque celle-ci arrive en 5^e position dans cet indice] ont encore beaucoup de marge de manœuvre pour améliorer leur degré de préparation à l'État plateforme » ; ii) « Les pays empruntent des voies différentes vers l'État plateforme, mobilisant les forces et l'écosystème propres à leur pays » ; iii) « De nombreux pays sont conscients de la révolution numérique et ont donné la priorité à la progression vers l'État plateforme, mais le développement des meilleures pratiques demeure un défi » ; iv) « Promouvoir les compétences et la confiance dans le numérique, adapter la réglementation à la société numérique et stimuler l'esprit d'innovation sont des facteurs clés pour la réussite. » ; v) « Même les pays du classement les plus avancés ont du mal à effectuer ce changement de paradigme et à abandonner leur rôle traditionnel de prestataire de service ».

L'État plateforme proposé par Tim O'Reilly⁶ et popularisé en France en 2012 par Nicolas Colin et Henri Verdier⁷ est donc encore loin. Cette notion d'État plateforme⁸ caractérise un processus consistant à dépasser la réforme de la dématérialisation de l'administration afin d'enclencher une nouvelle étape où l'État serait au service de la société civile et du secteur privé en mettant à leur disposition ses ressources et infrastructures technologiques. Cette association favoriserait ainsi la coproduction de services par les secteurs publics et privés. Cette évolution pourrait ainsi conduire l'État

*d'information et de communication, au sein du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique (SGMAP), « L'État plateforme donnera naissance à de nouveaux services publics numériques » [en ligne], 17 septembre 2015. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.modernisation.gouv.fr/home/etat-plateforme-tribune-marzin>> ; C. PETILLON, « Macron et le numérique : vers "l'État plateforme" », *France Culture* [en ligne], 20 mai 2017. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.franceculture.fr/emissions/le-numerique-et-nous/macron-et-le-numerique-vers-letat-plateforme>>.*

⁴ B. LE MASSON, « L'État plateforme. Indice 2018 de maturité État-plateforme », Accenture, 2019.

⁵ *Ibid.*

⁶ T. O'REILLY, « Government as a Platform », *Innovations: Technology, Governance, Globalization*, vol. 6, n° 1, 2011, pp. 13-40.

⁷ N. COLIN et H. VERDIER, *L'Âge de la multitude, entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Paris, Armand Colin, 2012.

⁸ Sur l'État plateforme, cf. notamment J. CHEVALLIER, « Vers l'État-plateforme ? », *Revue française d'administration publique*, vol. 167, n° 3, 2018, pp. 627-637 ; P. MAZET, « Vers l'État plateforme. La dématérialisation de la relation administrative », *La vie des idées* [en ligne], 2 avril 2019. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://laviedesidees.fr/Vers-l-Etat-plateforme.html>>.

à agir en stratège pour produire des outils équivalents à ceux des géants de l'internet mais respectueux des valeurs républicaines.

Mise en œuvre, une telle réforme pourrait conduire à un cercle vertueux. Non seulement elle nécessiterait de s'appuyer les principes d'ouverture des gouvernements que sont la transparence, la participation et la collaboration des acteurs⁹, mais en outre, elle nourrirait ces principes. Par exemple, la transparence serait à la fois un moyen et une fin. Un moyen en constituant une nécessité pour favoriser la participation et la collaboration ; une finalité en étant le fruit en bout de chaîne des nouveaux services développés par la participation et la co-construction citoyenne.

Pourtant, force est de constater que la crise sanitaire que nous venons de vivre a montré que des progrès importants restent à faire pour parvenir à ce cercle vertueux, en particulier parce qu'il ne sert à rien d'avoir pour objectif de dépasser la réforme de la dématérialisation quand l'objectif de dématérialisation complète n'est pas lui-même atteint.

La période des deux mois de confinement a montré que l'État n'était pas encore opérationnel pour la « *full démat* », selon le jargon administratif consacré, c'est-à-dire pour fonctionner de manière complètement dématérialisée, ce qui tranche avec l'effort qu'ont dû réaliser les entreprises de service pour continuer, lorsqu'elles le pouvaient, à fonctionner à distance.

Ainsi, alors que le secteur privé a mis les moyens pour s'adapter à la révolution numérique, la machine étatique a eu plus de difficultés à faire bouger l'ensemble de ses rouages et leviers.

Seuls les services essentiels ont semblé opérationnels alors que le numérique aurait permis une meilleure utilisation, et donc gestion, des services publics, à commencer par les agents publics qui ont souvent tenté de continuer à assurer leur mission de service public comme ils le pouvaient, avec leurs propres moyens. Parmi les exemples permettant d'illustrer cette insuffisance, il est possible de citer la difficulté des enseignants du primaire et du secondaire, sans parler de ceux de l'enseignement supérieur, à accéder à des outils technologiques performants et des plateformes publiques sans dysfonctionnement, les obligeant chacun de manière isolée à recourir à leurs propres outils privés, souvent plus performants, pour assurer leurs cours.

⁹ Sur cette notion, cf. notamment I. BOUHADANA, W. GILLES, « L'effectivité du droit des données et des gouvernements ouverts », *Revue internationale de droit des données et du numérique* (RIDDN) – *International Journal of Digital and Data Law*, n° 6, 2020, pp. 1-20 ; I. BOUHADANA, W. GILLES, « L'État des données : le passage à l'État post-gouvernement ouvert sous l'impulsion de la société des données », *Revue internationale de droit des données et du numérique* (RIDDN) – *International Journal of Digital and Data Law*, n° 4, 2018, pp. 1-16 ; I. BOUHADANA, W. GILLES, « De l'esprit des gouvernements ouverts », *International Journal of open Government – Revue internationale des gouvernements ouverts* (RIGO), n° 4, 2017, pp. 1-22 ; W. GILLES, « Le processus des gouvernements ouverts en France : genèse d'un mouvement récent porté par des fondements plus anciens », *International Journal of open Government* (RIGO), n° 5, 2017, pp. 71-90 ; W. GILLES, « Le droit au gouvernement ouvert : enjeux d'un nouveau droit à l'ère du numérique au regard de l'expérience française », *International Journal of open Government* (RIGO), n° 1, 2014, pp. 11-24 ; I. BOUHADANA, W. GILLES, « L'*open government*, transfiguration de notions anciennes ou émergence d'un nouveau concept juridique ? », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 1^{er} juin 2014, n° 105, pp. 100-104.

S'agissant de l'État dans ses relations avec les usagers, l'arrêt presque complet de la Justice¹⁰ témoigne aussi d'un dysfonctionnement qui aurait pu être davantage tempéré par l'utilisation des nouvelles technologies. Pourtant, le bon fonctionnement de la justice est au cœur d'un gouvernement ouvert et d'un État de droit, valeurs qui sont chères à la France et aux pays de pluralisme démocratique.

Dans ce prolongement, le printemps 2020 a aussi montré les insuffisances de l'État en matière démocratique : le numérique aurait dû permettre une meilleure gestion de la crise sanitaire, une plus grande transparence à l'ère des gouvernements ouverts, outre le fait qu'il aurait pu permettre de mieux gérer à la fois le processus électoral pour le premier tour des municipales et celui de la vie parlementaire.

B. Les risques juridiques du Nouveau monde en situation d'urgence

La crise sanitaire a montré l'impréparation de l'État face à la survenance de grands événements limitant les déplacements physiques.

Toute la question est de savoir si le Nouveau monde saura apporter une réponse juridique aux risques nés de l'urgence en termes de droits fondamentaux et de démocratie.

En premier lieu, le Nouveau monde est confronté à la nécessité de renouveler la vie démocratique.

Le défi existait déjà dans l'Ancien monde, la situation d'urgence n'a fait qu'illustrer l'inadaptation des méthodes exclusivement traditionnelles aux besoins de la société contemporaine, au risque que ne se creuse encore davantage le fossé entre élus et électeurs, entre élites et citoyens ordinaires, et même entre Paris et Régions.

Par exemple, l'organisation des élections municipales de 2020 a permis de constater l'insuffisance de réflexion autour du vote électronique et des campagnes électorales numériques.

Ainsi le débat sur l'organisation des élections municipales portait moins sur la mise en place d'un cadre juridique permettant un vote électronique et les modalités d'une campagne par internet que sur la possibilité de revenir à des campagnes électorales physiques et le retour du vieux vote par correspondance¹¹ pourtant supprimé par le

¹⁰ J.-B. JACQUIN, « Coronavirus : la crise sanitaire met la justice à l'arrêt », *Le Monde* [en ligne], 14 avril 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2020/04/14/coronavirus-la-justice-est-a-l-arret-en-raison-de-la-crise-sanitaire_6036489_1653578.html>.

¹¹ I. CARO, « Solution miracle ou fausse bonne idée ? Sept questions sur le vote par correspondance, qui fait débat avant le second tour des municipales », *FranceTvInfo* [en ligne], 26 mai 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/solution-miracle-ou-fausse-bonne-idee-sept-questions-sur-le-vote-par-correspondance-qui-fait-debat-avant-le-second-tour-des-municipales_3980013.html> ; V. MICHELON, « Le vote par correspondance, une piste pour le second tour des élections municipales ? », *LCI* [en ligne], 27 mai 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.lci.fr/politique/elections-municipales-2020-le-vote-par-correspondance-une-piste-pour-le-second-tour-2154908.html>> ; Y. DUVERT, « Municipales : le vote par correspondance en

législateur en 1975¹² pour les risques de fraude de cette modalité de vote. Une proposition de loi a même été déposée pour rétablir le vote par correspondance, adoptée par le Sénat en première lecture¹³. De son côté, le Ministre de l'Intérieur a souligné le droit de chacun, même les plus fragiles, à exprimer sa voix lors du scrutin¹⁴. À cette fin, « il a soutenu le dispositif introduit par la majorité présidentielle à l'Assemblée nationale pour permettre à un mandataire de porter non pas une mais deux procurations lors du scrutin du 28 juin »¹⁵. L'organisation de la campagne a été plus largement modifiée en profondeur, aboutissant à l'adoption d'un paquet législatif destiné à fixer ces nouvelles modalités¹⁶.

Pourtant une étude des campagnes électorales récentes montre notamment aux États-Unis l'impact de nouvelles technologies sur la victoire finale des candidats. La France ne disposait sans doute pas de suffisamment de temps pour mettre en place un tel dispositif et il est évident qu'une anticipation aurait permis d'éviter cette volonté de certains de vouloir retourner à des solutions datant de plusieurs décennies alors qu'un nouveau monde est évoqué.

L'avènement de ce dernier doit donc déjà réfléchir à une nouvelle manière d'assurer la vie démocratique à l'ère du numérique en utilisant les nouvelles technologies telles que la blockchain. Autrement dit, l'objectif est de nourrir la réflexion sur la façon de procéder aux élections dans le monde d'après, c'est-à-dire sur la manière de recourir en toute sécurité et en toute transparence à des dispositifs permettant de faire campagne mais aussi de voter à distance. Ce défi est l'occasion de réfléchir à de nouvelles modalités

quatre questions », *Les Échos* [en ligne], mis en ligne le 28 mai 2020, mis à jour le 16 juillet 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet :

<<https://www.lesechos.fr/elections/municipales/municipales-le-vote-par-correspondance-en-quatre-questions-1206450>>.

¹² Loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975 modifiant certaines dispositions du Code électoral.

¹³ Proposition de loi visant à généraliser la possibilité de voter par correspondance lors des élections, présentée par J. Corneloup, Assemblée nationale, n° 2811, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 avril 2020.

¹⁴ Cf. Ministère de l'Intérieur, « Communiqué de presse, Second tour des élections municipales et communautaires », Site du ministère de l'Intérieur [en ligne], 17 juin 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.interieur.gouv.fr/Actualites/Communiqués/Second-tour-des-elections-municipales-et-communautaires>>.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Cf. la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 (objectif de « sécuriser l'organisation du second tour des élections municipales et communautaires de juin 2020 » et de « reporter les élections consulaires ») ; l'ordonnance n° 2020-390 du 1^{er} avril 2020 relative au report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers de la métropole de Lyon de 2020 et à l'établissement de l'aide publique pour 2021 ; décret n° 2020-643 du 27 mai 2020 relatif au report du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers métropolitains de Lyon de 2020 et à l'adaptation du décret du 9 juillet 1990 à l'état d'urgence sanitaire (« dispositions spécifiques en vue du second tour du renouvellement général des conseillers municipaux et communautaires, des conseillers de Paris et des conseillers métropolitains de Lyon prévu le 28 juin 2020 » et prescription de « mesures sanitaires exceptionnelles nécessaires pour l'organisation des élections organisées le 28 juin 2020 »). Voir le communiqué de Presse précité du Ministre de l'Intérieur.

de vote¹⁷ afin de renforcer l'intérêt des citoyens dans le processus électoral et ainsi de contribuer au renouvellement démocratique.

De même, alors que les particuliers et les entreprises ont compris l'intérêt pour les nouvelles technologies et y ont recouru massivement pour communiquer, la période de confinement a permis de constater un décalage avec les institutions comme le Parlement. Le respect des règles de distanciation sociale imposait certes de réduire la présence physique des parlementaires. Mais ces dernières n'obligeaient pas la France à réduire très fortement son activité parlementaire comme elle l'a fait. Le choix a été fait de privilégier le débat parlementaire à l'ancienne, c'est-à-dire en présentiel, conduisant *de facto* à limiter la vie parlementaire puisque le nombre de personnes présentes physiquement était réduit.

La conséquence est que l'Assemblée nationale a fonctionné en « mode dégradé »¹⁸ en limitant le nombre d'orateurs lors des débats et questions d'actualité au gouvernement, ou encore en recourant au vote par délégation qui présente l'inconvénient de limiter la diversité des opinions qui peuvent exister y compris au sein d'un même groupe parlementaire.

Cette crise était l'occasion d'une approche disruptive dans le débat parlementaire, en innovant grâce aux nouvelles technologies pour débattre autrement et permettre un renouvellement des interactions en temps réel. Autrement dit, il s'agissait d'associer tous les parlementaires avec des dispositifs de vidéoconférence et de vote électronique sécurisés, mais la France n'en n'avait pas.

Cette lacune technologique illustre un débat vieux de plusieurs décennies sur la nécessité de retrouver une souveraineté numérique française mais aussi européenne. Là encore, l'État plateforme tant souhaité nous paraît bien lointain.

En second lieu, le Nouveau monde a rappelé le danger constant qui menace nos libertés face au développement technologique. L'enjeu est de réussir à concilier progrès technique, sécurité dans un monde de plus en plus incertain et respects des droits fondamentaux.

L'application *StopCovid* illustre ce dilemme entre ces trois objectifs qui sont parfois difficiles à concilier.

Cette application a été présentée comme un instrument censé faciliter la gestion de la crise sanitaire. Mais en l'absence d'un véritable débat démocratique informant le citoyen sur son mode de fonctionnement, les travaux parlementaires étant limités, cet outil a rapidement été perçu comme étant attentatoire au respect de la vie privée et des

¹⁷ Vote par point par exemple, cf. les propositions sur le renouvellement du processus électoral dans le cadre d'un gouvernement ouvert.

¹⁸ AFP & Ouest France, « Crise du coronavirus. Des députés d'opposition dénoncent un Parlement "sous cloche" », *Ouest France* [en ligne], 14 mai 2020. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ouest-france.fr/sante/virus/coronavirus/crise-du-coronavirus-des-deputes-d-opposition-denoncent-un-parlement-sous-cloche-6835147>> ; L. EQUY, « À l'Assemblée : "On a été plus que confinés, on a été confits !" » *Libération* [en ligne], 8 mai 2020. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.liberation.fr/france/2020/05/08/a-l-assemblee-on-a-ete-plus-que-confines-on-a-ete-confits_1787787>.

droits fondamentaux tels que la liberté d'aller et venir, le droit au respect de ses données de santé, voire du secret médical. Au final, l'application *StopCovid* est analysée comme un échec, avec seulement 2,6 millions de téléchargements et de nombreux problèmes techniques, le Premier ministre reconnaissant le 24 septembre 2020 dans une interview télévisée¹⁹ ne pas l'avoir téléchargée avant d'annoncer une nouvelle version pour le 22 octobre 2020²⁰.

La pauvreté de la vie parlementaire, et plus largement démocratique, pendant cette période de confinement a été illustrée par l'errance dans le débat sur l'application *StopCovid*. Cet épisode illustre aussi une autre occasion manquée : celle de mieux associer la société civile pour la construction d'un projet d'intérêt général, puisqu'il s'agissait de réfléchir à la mise en place d'une application dont l'objectif était de limiter la propagation du virus, et donc de sauver des vies.

La mise en place du processus des gouvernements ouverts aurait pourtant permis d'améliorer la gestion du déploiement de cet outil en associant pleinement la société civile.

Le contexte s'y prêtait pourtant. L'état de guerre évoqué par le Président de la République lors de sa première allocution impliquait de rechercher l'association de l'ensemble des acteurs au service de la Nation. La crise sanitaire offrait donc l'occasion de mettre en œuvre les principes de transparence, de participation et de co-construction citoyenne, y compris pour favoriser le débat et rechercher une solution consensuelle afin de concilier à la fois la gestion de l'épidémie pour mieux l'endiguer et le respect des droits fondamentaux.

Certes, face aux critiques en particulier dans la gestion du matériel médical dans les premières semaines de la crise sanitaire, le gouvernement a fini par prendre conscience de l'importance de la transparence pour assurer la confiance de la population dans un contexte d'incertitude inhérente à toute crise.

Cependant, réussir la mise en œuvre du principe de co-construction était sans doute le défi le plus important au regard de l'ampleur des enjeux et surtout de leur complexité puisqu'il s'agissait de trouver dans des délais très brefs une solution technique permettant à la fois de garantir la santé des Français et le respect des droits fondamentaux.

Enfin, il convient de *se demander si les plus grands dangers du Nouveau monde ne sont pas de faire du neuf avec du vieux, d'affirmer de beaux principes mais de repousser à demain leur mise en œuvre face aux difficultés qui apparaissent*. La conséquence en

¹⁹ L. SALAMÉ, T. SOTTO, « Interview de Jean Castex », *Vous avez la parole*, France 2 [télévision], 24 septembre 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible en rediffusion sur internet : <<https://www.france.tv/france-2/vous-avez-la-parole/1952579-emission-du-jeudi-24-septembre-2020.html>>.

²⁰ « Application StopCovid : Jean Castex annonce une nouvelle version pour le 22 octobre », *FranceTvInfo* [en ligne], 12 octobre 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/video-application-stop-covid-le-gouvernement-a-demande-une-nouvelle-version-qui-sera-lancee-le-22-octobre-annonce-jean-castex_4138439.html>.

serait que le Nouveau monde ne saurait pas faire mieux que l'Ancien monde en cas de résurgence d'une telle situation d'urgence. Autrement dit, la démocratie, l'État de droit et le respect des droits fondamentaux n'en seraient pas mieux garantis.

2. Les innovations juridiques nées de d'urgence

A. La réactivation dans l'urgence des innovations juridiques de l'Ancien monde

L'urgence a permis de réactiver, de développer et d'amplifier des pratiques de l'Ancien monde qui étaient sous-développées jusque-là. Cependant reste à savoir si les évolutions des pratiques constatées perdureront en temps de crise.

Le premier exemple est celui du télétravail dont le cadre juridique remonte à 2012²¹, ou plutôt du travail à distance. En effet, le télétravail suppose d'être prévu dans un contrat de travail ou dans un avenant et tout laisse à penser que peu de salariés ayant travaillé à distance avaient un contrat de travail prévoyant le recours au télétravail.

Le confinement aura été l'occasion de mesurer les avantages et les inconvénients de la généralisation du travail à distance, permettant aux employeurs et aux salariés de mesurer l'utilité de ce mode de travail et aux juristes de réfléchir aux modalités d'adaptation de cette législation pour développer cette pratique qui, avant le confinement, restait limitée à la fois dans le secteur privé et public.

Le deuxième exemple est celui de la télémedecine dont le cadre juridique remonte à 2009²² et qui elle aussi était restée embryonnaire, au moins s'agissant de la téléconsultation qui est l'un des 5 actes de télémedecine avec la téléexpertise, téléassistance, télésurveillance et régulation²³. Il aura donc fallu une décennie et une pandémie mondiale pour changer les pratiques des médecins et des patients.

Le troisième exemple est celui de l'Open Data qui a été utilisé dans le cadre de la pandémie pour assurer une plus grande transparence des données de contamination après qu'une polémique est apparue à ce sujet. Remontant au début des années 1990, le mouvement Open Data s'est développé au cours de la dernière décennie avec cependant des inégalités de mise en œuvre entre l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale.

Pour montrer qu'il ne cachait aucune information, le gouvernement a décidé de s'inscrire dans ce processus d'ouverture en mettant les données relatives au coronavirus en Open Data afin d'en faciliter l'accès et la réutilisation.

²¹ Cf. la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ainsi que la loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

²² Cf. l'article 78 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite « HPST » (hôpital, patients, santé et territoires) qui définit la notion de télémedecine pour la première fois.

²³ Cf. le décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010.

Ainsi, le 27 mars 2020, le Directeur général de la santé annonçait vouloir y recourir afin de renforcer la confiance des citoyens dans l'information gouvernementale relative aux données sur le coronavirus. En ce sens, il a souligné que : « Le libre accès aux informations liées à l'épidémie, "l'Open Data", assure la confiance des citoyens dans les éléments communiqués, favorise les actions de prévention et facilite la prise de décisions éclairées en matière sanitaire. Cela est rendu possible grâce à une collaboration étroite entre plusieurs administrations, agences de santé et la société civile. Un tableau de bord en ligne sera publié dans les toutes prochaines heures sur le site du gouvernement avec 5 indicateurs clés régionaux et départementaux : nombre de cas confirmés, de patients hospitalisés, de patients en réa ou soins intensifs, de décès à l'hôpital et de personnes sorties guéries²⁴. »

Tout n'est certes pas parfait dans la mise en œuvre du mouvement Open Data en France dans la mesure où ce processus est essentiellement porté par l'État et des collectivités territoriales militantes, laissant de côté d'autres territoires pourtant obligés par le législateur à ouvrir leurs données depuis 2016.

Mais l'Open Data est néanmoins un contre-exemple des difficultés susmentionnées de la France à se réformer en matière numérique.

Non seulement la France s'est dotée au cours de la dernière décennie, et en particulier dans le cadre de la loi pour une République numérique de 2016, d'un cadre juridique avant-gardiste en la matière, mais l'Open Data est aussi une illustration de la possibilité de mettre en place les bases d'un État plateforme à destination de la société civile et du secteur privé lorsque la volonté politique et administrative existe.

Par exemple, la plateforme data.gouv.fr a été utilisée par plusieurs acteurs de la société civile qui y ont téléchargé des jeux de données relatifs à la pandémie. Par exemple, Politologue.com a partagé sur cette plateforme les données du coronavirus par pays avec une mise à jour quotidienne²⁵ ; J. Hugueny y a téléchargé un tableau de bord pour suivre la diffusion de la pandémie à différents niveaux territoriaux (dans le monde, en Europe, au niveau départemental)²⁶.

De son côté, le gouvernement français a respecté ses engagements, Santé public France publiant en Open Data 9 jeux de données relatifs à la COVID-19²⁷ mis à jour régulièrement : les données hospitalières relatives à l'épidémie de la COVID-19 ; les données des urgences hospitalières et de SOS médecins relatives à l'épidémie de COVID-19 ; les données relatives aux tests de dépistage de COVID-19 réalisés en

²⁴ J. SALOMON, Directeur général de la Santé, *Point de situation du Vendredi 27 mars 2020*, retranscrit par le député de la majorité présidentielle V. THIÉBAUT [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://vincentthiebaut.fr/point-de-situation-du-pr-jerome-salomon-directeur-general-de-la-sante-27-mars-2020/>>.

²⁵ POLITOLOGUE.COM, « CoronaVirus (COVID-19) - Évolution par pays et dans le monde (maj quotidienne) » [en ligne], mis en ligne le 3 mars 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible en ligne : <<https://www.data.gouv.fr/fr/datasets/coronavirus-covid19-evolution-par-pays-et-dans-le-monde-maj-quotidienne/>>.

²⁶ J. HUGUENY, « Suivi du coronavirus » [en ligne], mis en ligne le 28 mars 2020. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible en ligne : <<https://www.data.gouv.fr/fr/reuses/suivi-du-coronavirus/>>.

²⁷ SANTÉ PUBLIQUE FRANCE, site officiel du gouvernement [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.data.gouv.fr/fr/organizations/sante-publique-france/>>.

laboratoire de ville ; les niveaux d'excès de mortalité standardisés durant l'épidémie de COVID-19 ; les données relatives aux résultats des tests virologiques COVID-19 (SI-DEP) ; les taux d'incidence de l'épidémie de COVID-19 (SI-DEP) ; les données de certification électronique des décès associés à la COVID-19 (CEPIDC) ; les données d'enquête relatives à l'évolution des comportements et de la santé mentale pendant le confinement (COVIPREV) ; la capacité analytique des tests virologiques dans le cadre de l'épidémie COVID-19 (SI-DEP).

Concernant les améliorations, la mise à disposition du code de l'application *StopCovid* dès le début des débats aurait permis de mieux associer les experts volontaires, leur travail et leur expertise n'étant pas de trop pour relever le challenge de la mise en place d'une application à la fois performante dans la gestion de la crise sanitaire et respectueuse des droits fondamentaux.

B. L'activation dans l'urgence de créations juridiques du Nouveau monde

Enfin, s'agissant des innovations, il m'importe d'évoquer le travail du barreau de Paris auquel j'ai pu participer en tant que médiateur professionnel et qui visait à répondre à des situations d'urgence alors que le fonctionnement de la Justice était très fortement ralenti.

Plus précisément, il faut noter que le confinement a créé des situations particulièrement difficiles au sein des familles générant des conflits, et parfois des situations de violence. Ces conflits pouvaient s'expliquer, par exemple, par éloignement des parents ayant une garde partagée, l'un des parents refusant de confier la garde à l'autre parent pour des motifs divers, ou encore, par l'inadéquation entre la surface du logement et le nombre d'occupants.

Des conflits ont aussi pu exister au niveau des entreprises, soit inter-entreprises, par exemple en raison d'impayés entre un fournisseur et son client, soit intra-entreprise, notamment du fait des nouvelles modalités d'organisation de travail résultant de la crise sanitaire.

Le traitement de ces conflits se heurtait à la fermeture des tribunaux, sauf pour les situations d'extrême urgence, auxquelles ne répondaient pas l'ensemble des différends susmentionnés.

Pour y répondre, le barreau de Paris a décidé de créer deux groupes, l'un sur la médiation dans un contexte d'urgence familiale, l'autre sur la médiation à destination des entreprises, autour de médiateurs-avocats du barreau de Paris agréés par le centre national de médiation des avocats de Paris qui étaient volontaires.

Les médiateurs-avocats se sont engagés à fournir des médiations en respectant une charte qui prévoyait notamment un tarif horaire maximum pour tenir compte de cette situation exceptionnelle, mais aussi l'obligation d'effectuer la médiation à distance, c'est-à-dire en utilisant les systèmes de visioconférences.

Ce dispositif soutenu par le ministère de la Justice et le Tribunal judiciaire permettait aux justiciables qui trouvaient un accord de le faire homologuer dans de meilleurs délais.

Ce dispositif est destiné à perdurer, l'objectif du barreau de Paris et du ministère de la Justice étant d'encourager le recours à la médiation et son appropriation par les avocats et leurs clients.

Il est un exemple concret des mesures innovantes qui peuvent naître de situations d'urgence, l'objectif étant bien au final non de subir la crise, mais de s'y adapter pour en sortir meilleur, renforcé et plus innovant.

Le droit de l'urgence et le solutionnisme technologique

Liane HUTTNER

ATER et doctorante en droit privé, École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS-DReDIS

Les technologies et la réponse à la COVID-19. Si les réponses apportées par les États à la crise de la COVID-19 ne sont pas homogènes, il en est une qu'on retrouve à peu près partout : l'application de traçage. La plus téléchargée est sans conteste *Aarogya Setu*, mise en place le 2 avril 2020 par le gouvernement indien, qui a très vite atteint plus de 50 millions d'utilisateurs¹. En Allemagne, la *Corona-Warn-App* a été lancée à la demande du gouvernement fédéral². Fonctionnant grâce à la technologie Bluetooth, elle mesure la distance et la durée des contacts entre les utilisateurs de l'application pour alerter en cas de contact avec une personne testée positive³. En Italie, le ministère de la santé a créé *Immuni*, qui fonctionne de manière similaire. Les téléphones portables enregistrent les téléphones avec qui ils ont été en contact pendant un certain temps pour mesurer la probabilité d'infection⁴. L'application japonaise, nommée *COCOA-Covid-19*, a été téléchargée plus de 7,7 millions de fois selon le *New York Times*⁵. Au Pérou, l'application *Perú en tus manos* permet aussi de visualiser les zones dans lesquelles la circulation du virus est particulièrement élevée⁶. Même l'Organisation des Nations Unies (ONU) a appelé à l'innovation technologique pour freiner la COVID-19⁷.

La notion de solutionnisme technologique. On pourrait multiplier les exemples puisqu'il semble exister plus de quatre-vingts applications de traçage utilisées dans vingt-huit États à travers le monde. Et la France ne fait pas exception, avec la bruyante adoption de l'application *StopCovid* par un décret du 29 mai 2020⁸. Comment expliquer cette ruée vers la technologie pour apporter une réponse à la crise sanitaire ? Pour

¹ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.mygov.in/aarogya-setu-app/>>.

² Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.coronawarn.app/en/>>.

³ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.bundesregierung.de/breg-fr/dossier/corona-warn-app-faq-1761438>>.

⁴ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.immuni.italia.it/>>.

⁵ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 22 juillet 2020] : <<https://www.nytimes.com/reuters/2020/07/21/technology/21reuters-health-coronavirus-japan-apps.html>>.

⁶ Disponible sur internet [en ligne] [Consulté le 12 octobre 2020] : <<https://www.gob.pe/institucion/pcm/noticias/150943-gobierno-lanza-nueva-version-de-app-peru-en-tus-manos-para-advertir-a-los-ciudadanos-sobre-las-zonas-con-mayor-probabilidad-de-contagio>>.

⁷ L'ONU mise sur l'innovation technologique pour freiner la COVID-19. Site officiel de l'ONU [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.un.org/fr/%C3%A9quipe-de-communication-de-la-riposte-de-l%E2%80%99onu-au-covid-19/lonu-mise-sur-linnovation-technologique>>.

⁸ Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « StopCovid ».

Evgeny Morozov, chercheur américain, l'adoption d'applications de traçage reflète ce qu'il appelle le solutionnisme technologique. En 2013, son ouvrage *Pour tout résoudre, cliquez ici !* analyse un discours dominant dans la *Silicon Valley*, selon lequel « les technologies peuvent sauver le monde »⁹. Il explique que cette idéologie du solutionnisme permet de refondre des situations sociales complexes en un problème nettement défini, avec une solution informatique claire et transparente, pouvant facilement être optimisée¹⁰. Le solutionnisme technologique est une manière de poser un problème, puis une manière d'y répondre, en privilégiant l'efficacité et la rapidité sans tenir compte de certains effets négatifs et déshumanisants. La solution est d'ailleurs souvent efficace, mais à trop privilégier une action simple et rapide, elle ne permet souvent pas de prendre en considération toutes ses conséquences humaines et sociales. Cette absence de proportionnalité des solutions, tendues vers l'espérance d'une solution rapide, efficace et technologique peut faire perdre de vue d'autres objectifs.

Selon le chercheur, le concept de solutionnisme technologique ne s'est pas arrêté aux frontières de la baie de San Francisco. Il s'est étendu à la politique et parfois même au droit. Et c'est particulièrement dans des contextes de crise, qui privilégient justement une réponse rapide et efficace que le concept est très utile. Dans une tribune au journal anglais *The Guardian*, M. Morozov alerte ainsi sur l'essor du solutionnisme technologique en pleine pandémie. Selon lui, la pandémie de COVID-19 n'a fait que renforcer la tentation du solutionnisme et les multiples applications supposées la stopper n'en sont que l'illustration¹¹. On comprend bien que sa démonstration vise à alerter sur la politique solutionniste – mais qu'en est-il du droit français adopté pendant l'épidémie de la COVID-19 ? Le droit de l'urgence a-t-il aussi cédé à l'épidémie de solutionnisme technologique ?

Le solutionnisme technologique dans le droit. De manière générale, le solutionnisme technologique n'est pas une idéologie qu'on peut facilement retracer en droit français. Ce serait même le contraire : sous plusieurs aspects, le droit français est précautionneux à l'égard des nouvelles technologies, parfois même méfiant. Les exemples sont nombreux : le droit des données à caractère personnel, qui vise à établir un cadre de protection de la vie privée des citoyens et à remettre l'informatique au service des hommes¹², les exigences de transparence et d'information en matière d'algorithmes administratifs et de consommation¹³, l'interdiction de la reconnaissance faciale ou encore les questionnements sur la 5G. Mais cette observation générale pourrait ne pas s'appliquer au droit de l'urgence, droit qui vise l'efficacité et la rapidité des solutions. En cela, le droit de l'urgence est même le réceptacle tout désigné au

⁹ E. MOROZOV, *Pour tout résoudre cliquez ici ! L'aberration du solutionnisme technologique*, M.-C. BRAUD (trad.), Limoges, FYP éditions, 2014.

¹⁰ *Ibid*, p. 5.

¹¹ E. MOROZOV, "The tech 'solutions' for coronavirus take the surveillance state to the next level", *The Guardian*, 15 avril 2020.

¹² La loi informatique et libertés s'ouvre ainsi sur le principe selon lequel « l'informatique est au service ».

¹³ Art. L.311-3-1 du Code des relations entre le public et l'information et art. L. 111-7 du Code de la consommation.

solutionnisme technologique. Et le moins qu'on puisse dire, c'est que les technologies ont bel et bien été conçues comme de vraies solutions aux problèmes posés par la pandémie. Les applications de traçage en sont une première illustration, mais d'autres exemples sont encore plus explicites. C'est le cas surtout de l'extension de l'utilisation de la vidéoconférence et des moyens dématérialisés de communication.

L'ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 permet ainsi d'adapter les procédures d'examen et de concours, en facilitant l'utilisation de moyens dématérialisés. Son article 2 dispose que les autorités compétentes pour la détermination des modalités d'examen peuvent adapter les procédures et notamment « s'agissant des épreuves des examens ou concours, ces adaptations peuvent porter, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, sur leur nature, leur nombre, leur contenu, leur coefficient ou leurs conditions d'organisation, qui peut notamment s'effectuer de manière dématérialisée »¹⁴. Pour le recrutement d'agents publics, le décret n° 2020-437 du 16 avril 2020 ouvre largement l'usage de la vidéoconférence et ne pose que quelques principes d'organisation. Ces modalités d'évaluation ne remplacent pas de réels entretiens et examens et posent de vrais enjeux relatifs à l'égalité de traitement des candidats, notamment par rapport à l'accès à internet. La question se pose avec encore plus d'acuité pour la procédure pénale, qui a été adaptée avec urgence à la situation actuelle. Adoptée en sept jours, l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 vise à permettre la continuité de l'activité des juridictions pénales, tant que l'état d'urgence sanitaire restera en vigueur¹⁵. L'ordonnance élargit le champ d'application de l'article 706-71 du Code de procédure pénale, en permettant la visioconférence en toute matière, sans accord de la personne concernée, même en cas de prolongation de détention ou de comparution. La relation avec l'avocat est elle aussi dématérialisée : l'article 13 de l'ordonnance prévoit que l'entretien de la personne gardée à vue peut se dérouler par l'intermédiaire d'un moyen de communication électronique. Cette dématérialisation de l'audience est plus qu'un aménagement des principes directeurs de la procédure pénale : elle réduit certains droits au nom de la nécessité de distanciation sociale et pose la question de la proportionnalité de ces adaptations¹⁶.

Ces mesures sont peut-être efficaces, mais leur adoption en un temps record, parfois aux dépens de certains droits et principes fondamentaux signifie que le droit de l'urgence peut céder au solutionnisme technologique. Dans de telles situations, les réflexions vont moins se porter sur les conséquences humaines de mesures, que sur leur efficacité à court terme pour enrayer la crise sanitaire : là se trouve la marque du solutionnisme technologique. Mais parallèlement à l'adoption de ces mesures, le solutionnisme technologique a été pour la première fois mentionné dans des textes juridiques.

¹⁴ Art. 2, Ordonnance n° 2020-351 du 27 mars 2020 relative à l'organisation des examens et concours pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de COVID-19.

¹⁵ Art. 1, Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

¹⁶ M. TOUILLIER, « L'adaptation de la procédure pénale au malheur des temps », *AJ Pénal*, n° 4, 2020, p. 186.

Le droit contre le solutionnisme technologique. Pour la première fois, le terme de solutionnisme technologique est apparu dans un texte à valeur juridique puisque la CNIL alerte expressément sur les risques d'une telle approche dans sa délibération sur le traitement StopCovid. Lorsqu'elle étudie la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée par le dispositif, elle souligne qu'un tel dispositif ne peut être utilisé qu'à titre de mesure complémentaire dans le cadre d'une réponse sanitaire globale. En particulier, elle considère que « l'utilisation d'applications de suivi des contacts ne saurait être une mesure autonome et appelle, sur ce point, à une vigilance particulière contre la tentation du "solutionnisme technologique" »¹⁷. La CNIL mentionne depuis longtemps les risques liés au mythe de l'infaillibilité technologique, mais c'est la première fois qu'elle se prononce de façon aussi explicite sur les risques du solutionnisme¹⁸. Sa position est reprise dans l'avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), qui insiste sur l'importance d'une stratégie sanitaire d'envergure, ne s'appuyant pas seulement sur des solutions numériques¹⁹. Sous un autre angle, on peut retrouver cette précaution dans l'avis du Conseil National du Numérique (CNN), qui propose même de renommer l'application en « AlerteCOVID », pour ne pas lui faire porter de fausses promesses²⁰. Cette alerte contre les risques du solutionnisme, qui apparaît donc dans un texte à portée juridique, doit être soulignée. Elle procède d'abord d'une prise de conscience de ce risque mais elle pourrait surtout devenir un standard d'évaluation du droit de l'urgence.

Le solutionnisme technologique comme standard d'évaluation du droit de l'urgence ? Ces différents avis nous montrent que le solutionnisme juridique est un concept absorbé par le droit. Le premier risque, celui d'un aveuglement du droit de l'urgence, peut donc commencer à être écarté. Mais le concept de solutionnisme technologique pourrait aller encore plus loin. L'apparition de la notion dans un cadre d'urgence démontre l'importance de l'enjeu dans ces conditions où les solutions rapides, efficaces, urgentes sont de mise. Ne pourrait-on pas, dès lors, proposer le solutionnisme technologique comme un standard à l'aune duquel évaluer le droit de l'urgence ?

¹⁷ CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid », p. 8.

¹⁸ N. METALLINOS, « COVID-19 : l'état d'urgence sanitaire à l'épreuve du droit de la protection des données à caractère personnel », *CCE*, n° 5, 2020.

¹⁹ CNCDH, « Avis sur le suivi numérique des personnes », 28 avril 2020, p. 11.

²⁰ CNN, « Avis sur STOPCOVID », Recommandation n° 8, 2020, p. 6.

Urgence sanitaire et droit pénal¹

Anne SIMON

*Maître de conférences à l'EDS, IRJS
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

En filigrane des réflexions qui s'échangent dans le cadre de ces séminaires consacrés à l'urgence en temps de crise sanitaire, il y a la question de l'équilibre (fragile) de notre système juridique et en particulier des enjeux de préservation des droits fondamentaux. À titre liminaire, je pense qu'il est important de rappeler que dans le cadre de cette crise, la France n'a pas « activé » l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui lui aurait permis de déroger – dans un temps limité et de manière contrôlée – à certaines garanties dont doivent bénéficier tous les ressortissants des États membres du Conseil de l'Europe². Il semble donc que le gouvernement ait préféré une logique d'adaptation du droit à une logique d'exception en matière de droits fondamentaux, laissant l'observateur dubitatif face à la gravité des atteintes pourtant vécues. Ceci étant dit, le droit prévoit lui-même certains mécanismes d'adaptation aux circonstances particulières. C'est notamment le cas du contrôle de proportionnalité en matière de libertés et de droits fondamentaux. L'appréciation concrète des situations qu'il implique permet d'intégrer des circonstances exceptionnelles comme l'un des paramètres de l'équation. Plus la situation est grave, plus les atteintes qui sont portées aux droits pourraient être tolérées. Existence donc des mécanismes juridiques offrant au droit une capacité à s'adapter à l'urgence, à l'intégrer comme un élément de son application. Il est cependant légitime de s'interroger sur les limites de cette adaptation.

Pour en venir plus spécifiquement au droit pénal, la crise sanitaire a bousculé la matière. Cette dernière a subi les effets de vents contraires, qui soufflaient au moins dans trois directions différentes. Il fallut d'abord prendre acte de la paralysie de l'institution judiciaire, susceptible d'avoir des effets particuliers à l'égard des personnes privées de liberté (1). Dans le même temps, il semblait important de limiter le nombre des personnes incarcérées dans les établissements pénitentiaires qui risquaient de devenir de véritables « clusters »³ (2). Enfin, il fallait utiliser le droit pénal comme un outil dissuasif permettant de faire respecter les mesures de l'état d'urgence sanitaire mais aussi d'assurer la protection de la population (3).

¹ La présente communication est conservée dans sa forme orale.

² Sur ce débat, v. notamment F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *Leclubdesjuristes* [en ligne]. [Consulté le 2 juillet 2020] Disponible sur internet : <<http://www.leclubdesjuristes.com>>.

³ Le terme désigne, depuis le début de l'épidémie, les foyers de contamination regroupant plusieurs personnes malades.

1. Prendre acte de la paralysie judiciaire

L'article 11 de la loi d'habilitation du 23 mars 2020⁴ a autorisé le Gouvernement à modifier par ordonnances les règles relatives au « déroulement et à la durée des détentions provisoires » et ce « aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de COVID-19 parmi les personnes participant à ces procédures ». C'est sur ce fondement que l'une des ordonnances du 25 mars⁵ a prévu, dans son article 16, une prolongation « de plein droit » de deux ou trois mois, selon les cas, de la durée maximale des détentions provisoires ordonnées lors d'informations judiciaires ouvertes sur des délits. Le délai supplémentaire était de six mois pour les procédures criminelles. Une première question technique importante et controversée s'est posée : s'agissait-il de prolonger le titre de détention en cours d'exécution ou la durée maximale totale de la détention provisoire ? L'autre problématique juridique soulevée au moment de l'entrée en vigueur de cette ordonnance concernait l'expression « de plein droit » qui semblait indiquer que cette prolongation pouvait avoir lieu sans intervention du juge. Une circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces, diffusée le 26 mars 2020⁶, confirmait cette lecture en précisant qu'« il n'est pas nécessaire que des prolongations soient ordonnées par la juridiction compétente pour prolonger la détention en cours », laissant entendre par ailleurs qu'il s'agissait bien d'une prolongation du titre de détention en cours d'exécution. La suite pourrait être décrite comme une véritable cacophonie au sein des juridictions compétentes. Un magistrat du Tribunal judiciaire de Créteil affirmait notamment que « le juge judiciaire ne saurait, en aucune façon, élever une circulaire ministérielle au rang d'une norme ou d'une source du droit, surtout quand elle supprime une garantie fondamentale »⁷ et refusait donc de se passer d'un débat contradictoire. D'autres juridictions, au contraire, rejetaient toute demande de débat, se protégeant derrière l'automaticité alléguée de cette prolongation⁸. Ce qui soulevait pourtant des questions sérieuses sous l'angle du droit à la sûreté de l'article 5 de la Convention européenne mais aussi de l'article 66 de notre Constitution qui fait du juge judiciaire le garant des libertés individuelles.

Le 26 mai 2020, la chambre criminelle est venue clore le débat par deux arrêts⁹ qualifiés par Jean-Baptiste Perrier de « décisions parmi les plus importantes de ces dix dernières années »¹⁰. Deux arrêts de cassation interviennent contre des décisions qui

⁴ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

⁵ Ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

⁶ DACG, Cir. 26 mars 2020, NOR : JUSC2008571C.

⁷ F. NGUYEN (Premier vice-président au tribunal judiciaire de Créteil chargé des libertés et de la détention), « Le débat contradictoire de prolongation de détention devant le JLD et l'état d'urgence sanitaire », *Lexbase* N3055BYS, 22 avril 2020.

⁸ V. not. Nancy, ch. inst., 5 mai 2020, n° 308/2020, com. S. FUCINI, *Dalloz actualité*, 22 mai 2020.

⁹ Cass. crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971 et n° 20-81.910.

¹⁰ Citation reprise d'un article de N. SWEENEY, « Le pouvoir judiciaire à rude épreuve », *Politis* [en ligne], 27 mai 2020. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.politis.fr/articles/2020/05/le-pouvoir-judiciaire-a-rude-epreuve-41939/>>.

constataient la prolongation automatique des mesures de détention provisoire. La chambre criminelle décide en outre de transmettre deux questions prioritaires de constitutionnalité. Elle considère qu'eu égard à l'atteinte qui pourrait être portée à la liberté individuelle, l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 pourrait ne pas préciser suffisamment les modalités de l'intervention du juge judiciaire lors de l'allongement des délais de détention. Elle en déduit que les questions prioritaires de constitutionnalité posaient une difficulté sérieuse, justifiant la saisine du Conseil constitutionnel¹¹. Elle contrôle également, dans ses arrêts, la conventionnalité de l'article 16 au regard de l'article 5 de la Convention européenne. La chambre criminelle rappelle à cette occasion que la France n'a pas exercé son droit à déroger à la Convention européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 15 de ce texte. « Elle en déduit que l'article 16 de l'ordonnance n'est compatible avec l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme et la prolongation qu'il prévoit n'est régulière que si la juridiction qui aurait été compétente pour prolonger la détention rend, dans un délai rapproché courant à compter de la date d'expiration du titre ayant été prolongé de plein droit, une décision par laquelle elle se prononce sur le bien-fondé du maintien en détention ». Donc dans l'hypothèse d'une prolongation de plein droit, un juge devrait statuer, à bref délai, sur la légalité de cette détention. À défaut d'un tel contrôle organisé à bref délai, la personne incarcérée devra être libérée¹².

2. Vider les établissements pénitentiaires

Dès le début de l'état d'urgence sanitaire et même un peu avant, l'une des premières préoccupations du Ministère de la Justice a été celle des maisons d'arrêt surpeuplées qui se trouvaient, dans leurs organisations internes, aux antipodes des mesures de confinement préconisées. Au sein de ces établissements régnait une promiscuité ingérable alors que le message des autorités publiques était celui du maintien de distances physiques et de la systématisation de mesures d'hygiène pour éviter la transmission du virus. Il est à noter que cette contradiction totale entre les consignes gouvernementales, largement diffusées par des médias *aussi* accessibles depuis les établissements pénitentiaires, et l'impossibilité totale de les mettre en œuvre au sein de ces mêmes établissements, a suscité une forte tension pour une administration pénitentiaire accueillant parfois jusqu'à trois ou quatre détenus dans des cellules de 9m². Le site de l'OIP a d'ailleurs recueilli, pendant cette période, des témoignages de personnes incarcérées et de leurs proches inquiets de la situation¹³. La crainte suscitée par la crise et exacerbée au sein de la population pénale s'explique aussi par le fait que les personnes incarcérées ont une santé globalement plus fragile que la population

¹¹ Cons. const. 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC, *Dalloz actualité*, 9 juill. 2020, obs. M.-C. DE MONTECLER ; selon le Conseil constitutionnel la loi d'habilitation ne dispensait pas le Gouvernement du respect des exigences de l'article 66 de la Constitution.

¹² La solution a été confirmée par la suite, v. not. Crim. 1^{er} sept. 2020, F-P+B+I, n° 20-92.938.

¹³ Le site de l'OIP a également publié quotidiennement des points d'information sur la situation des établissements pénitentiaires face à la circulation du virus : Observatoire International des Prisons [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.oip.org>>.

générale. Cette réalité permettait d'ailleurs de craindre une propagation rapide et dévastatrice du virus au sein des prisons. Dans cette perspective, l'ordonnance du 25 mars 2020 précitée a également prévu des mesures pour réduire la surpopulation dans les établissements pénitentiaires. Elle prévoyait notamment la libération anticipée des personnes condamnées à moins de cinq ans d'emprisonnement dont il ne restait que moins de deux mois à purger. Elle prévoyait également la possibilité d'octroyer des réductions de peine supplémentaires allant jusqu'à deux mois pour les personnes ayant un bon comportement en détention¹⁴.

En dépit des prolongations automatiques des mesures de détention provisoires, ces procédures destinées à vider les établissements ont, semble-t-il, bien fonctionné, au point qu'au mois de mai, la direction de l'Administration pénitentiaire affirmait que le taux de « remplissage » de nos établissements pénitentiaires était de 97 %¹⁵. On constatait alors une chute sans précédent de la population pénale avec 13 500 détenus en moins par rapport aux 72 500 détenus d'avant la crise¹⁶. Même si cette chute drastique du nombre de personnes incarcérées était aussi à rechercher dans une baisse de la criminalité liée à la période¹⁷ et corrélativement à un ralentissement de la cadence des instances pénales, la respiration offerte aux établissements pénitentiaires était telle que l'ensemble des acteurs judiciaires et pénitentiaires ont manifesté leur volonté de pérenniser cette dynamique¹⁸. Depuis la fin du confinement pourtant, les chiffres repartent inexorablement à la hausse.

3. L'extension du filet pénal

La période a aussi été celle d'un durcissement des sanctions prises en cas de non-respect des mesures de confinement. Le droit pénal a été utilisé comme un outil de dissuasion face aux refus de certains de se soumettre aux mesures sanitaires préconisées au niveau gouvernemental¹⁹. Les contraventions en ce domaine se sont multipliées au

¹⁴ Art. 27 et 28 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

¹⁵ Il s'agit d'un taux d'occupation moyen, donc cela ne signifie pas que tous les établissements disposent dorénavant d'un nombre de lits suffisant.

¹⁶ En janvier 2020, le taux général d'occupation était de 116 % et de 138 % en maisons d'arrêt selon le site du gouvernement [en ligne]. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/les-chiffres-clefs-10041/>>.

¹⁷ V. en ce sens « Coronavirus : les crimes et délits en forte baisse au mois de mars avec le confinement », *Francetvinfo*, [en ligne] 6 avril 2020. [consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur Internet : <https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/coronavirus-les-crimes-et-delits-en-forte-baisse-au-mois-de-mars-avec-le-confinement_3902415.html>.

¹⁸ Le contrôleur général des lieux de privation de liberté et la Direction de l'administration pénitentiaire étaient d'ailleurs d'accord sur ce point et sur l'importance de profiter du caractère « inédit » de la situation.

¹⁹ Voir pour l'état du droit et son évolution J.-B. PERRIER, « Le droit pénal du danger », *D.* 2020, p. 937 s. L'auteur explique que « le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 est venu "interdire" certains déplacements, tandis que des arrêtés des 14 et 15 mars prévoyaient notamment la fermeture de certains lieux accueillant du public. Immédiatement, la question s'est posée de la sanction en cas de non-respect de ces différentes

point que certains ont évoqué l'hypothèse de l'émergence d'un véritable « droit pénal du danger »²⁰. Des contraventions qui, en état de récidive légale, devenaient des délits ont d'ailleurs abouti à des décisions d'incarcération²¹, et ce en dépit de la situation des établissements pénitentiaires précédemment évoquée. Par ailleurs, il y eut des débats animés au sein de la doctrine pénaliste et entre la doctrine et les professionnels du droit, sur la pertinence d'envisager une possible qualification de mise en danger délibérée de la personne d'autrui en cas de violation des obligations du confinement²². S'appuyant sur une note de la Direction des affaires criminelles et des grâces, rédigée en ce sens, il a finalement été acté que le risque de maladie demeurerait trop incertain en cas de violations des mesures sanitaires pour justifier l'application de l'article 223-1 du code pénal²³. L'invocation de ce fondement avait cependant l'avantage de justifier les mesures de garde à vue conditionnée par la nécessité d'encourir une peine d'emprisonnement²⁴.

Cette extension du champ de la répression pénale a également fait craindre aux décideurs publics que leur responsabilité puisse être recherchée en cas de défaillance dans la gestion de la crise²⁵. Bien que les dispositions pénales alors en vigueur permettaient d'ores et déjà de prendre en compte les ressources et les moyens à la disposition des élus comme limites de leurs responsabilité²⁶, ils ont souhaité que ce contexte de crise soit consacré explicitement comme cause limitative de responsabilité. Ainsi, la loi du 11 mai 2020²⁷ prolongeant l'état d'urgence a créé une disposition du code

mesures. Or, lors de la mise en place du confinement, la seule sanction applicable était celle prévue par l'article R. 610-5 du code pénal, cette contravention générale applicable en cas de violation des décrets et arrêtés, soit une amende de 38 €. Très vite, le décret n° 2020-264 du 17 mars 2020 a créé une infraction particulière pour non-respect du confinement, une contravention de la 4^e classe, tout en appliquant le dispositif de l'amende forfaitaire, soit une amende de 135 € ».

²⁰ J.-B. PERRIER, « Le droit pénal du danger », *D.* 2020, p. 937 s.

²¹ V. entre beaucoup d'autres, S. BORDIER, « Melun : deux premiers cas de prison ferme pour non-respect du confinement », *Leparisien.fr* [en ligne], 9 avril 2020. [Consulté le 12 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.leparisien.fr/seine-et-marne-77/melun-deux-premiers-cas-de-prison-ferme-pour-non-respect-du-confinement-09-04-2020-8297208.php>>.

²² V. not. J.-B. PERRIER, *loc. cit.* ; v. aussi P. ROUSSEAU, « Les infractions de violation des restrictions liées au virus COVID-19 », *AJ pénal* 2020, p. 198.

²³ DACG, Circ. 25 mars 2020, NOR : JUSD 2008353. Selon ce texte « La mise en œuvre de cette incrimination se heurte aux exigences des éléments constitutifs requis : si la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement apparaît constituée par le non-respect des mesures de confinement, l'exigence tenant à la caractérisation d'un risque immédiat de mort ou de blessures graves ne paraît pas remplie, au regard des données épidémiologiques connues. Du reste, demeurent autorisées des dérogations à ces mesures ».

²⁴ En application de l'art. 62-2 CPP, la garde à vue n'est possible que pour les infractions faisant encourir une peine d'emprisonnement, ce qui n'est jamais le cas des contraventions.

²⁵ Le 9 juin 2020, le procureur de Paris, ayant reçu 62 plaintes ou signalements, annonçait l'ouverture d'une enquête préliminaire sur la gestion de la crise de la COVID-19 en France, visant notamment les chefs d'« homicides involontaires » ou « mise en danger de la vie d'autrui ».

²⁶ V. en particulier art. 121-3 CP al. 3 selon lequel « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». Surbrillance ajoutée.

²⁷ Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

de la santé publique dans le sens de cette prise en compte. Cet article L. 3136-2 nouveau, bien qu'ayant certainement une valeur symbolique, ne modifie finalement en rien le droit positif. Il prévoit en effet que « l'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur ». Cette réécriture d'un texte préexistant ne lui confère pas pour autant d'effet normatif ; souhaitons dès lors qu'il ne soit pas dépourvu non plus de toute vertu d'apaisement.

La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ?

*La crise sanitaire et le droit de l'urgence en droit des personnes et de la famille,
brève communication orale du 26 juin 2020¹*

Sophie PRÉTOT

Maître de conférences à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

En parcourant les dispositions qui ont été prises depuis le début de la crise sanitaire en droit des personnes et de la famille, quelque chose nous a rapidement frappée : la finalité de protection de la santé publique l'emporte largement sur le respect des droits et libertés fondamentaux.

Nous ne faisons pas ici allusion aux seules dispositions de droit processuel, consacrant une période dite « juridiquement protégée », permettant de faire l'économie d'une audience ou favorisant le recours à des moyens de communication dématérialisés. Xavier Lagarde² nous proposera une analyse de toutes ces dispositions qui dépassent bien largement le droit des personnes et de la famille. Nous évoquerons ici le droit régissant les personnes et la famille de façon plus large.

L'étude de ce droit met tout de suite en évidence l'amenuisement des droits et libertés fondamentaux, et ceci, afin de vaincre la crise sanitaire, en évitant la propagation du virus et en déchargeant les services hospitaliers.

Ainsi, durant cette période de crise sanitaire, les interruptions volontaires de grossesse à domicile sont favorisées de sorte que les hôpitaux n'aient pas à gérer ces interventions, le cercueil du défunt est fermé le plus rapidement possible avec le minimum de soins apportés au corps de sorte que les risques de contamination soient limités, toutes les visites en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes sont suspendues et les mariages ne sont plus célébrés de sorte que les contacts susceptibles de propager le virus soient réduits, l'usage de médicaments en dehors de leur autorisation de mise sur le marché est permis afin de tenter de vaincre la COVID-19, un « service intégré de dépistage et de prévention », un fichier « Contact Covid » ainsi qu'une application « StopCovid » de nature à contrôler la propagation du virus sont mis en place.

En période de pandémie, une telle tendance est tout à fait prévisible, allez-vous nous faire remarquer. Mais, après réflexion, ce qui est en réalité frappant est que cette finalité paraît comme exclusive au point que l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux puisse, à certains égards, paraître excessive et que notre appréhension de la personne semble s'en trouver altérée, voire appauvrie. Ordinairement saisie dans toute sa complexité et sa richesse, pourvue d'une dignité propre, sujet de droits entre sa

¹ Le style oral de la communication a été largement conservé.

² V. *infra*, X. LAGARDE, « Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ? ».

naissance et son décès, être de relations, la personne qui ressort du droit de la COVID- 19 est avant tout un corps à soigner, à isoler ou à préserver du virus. C'est une conception finalement assez matérialiste de la personne qui semble primer. L'interdiction absolue des cultes³, remise en cause par le Conseil d'État⁴, est à cet égard symptomatique de la vision de l'homme qui a prévalu en ce temps de crise sanitaire. Loin de l'époque où les célébrations religieuses pouvaient être rendues obligatoires pour prier les Dieux d'épargner les hommes de la Peste, comme Claire Lovisi⁵ a pu l'évoquer il y a quinze jours, notre temps est davantage celui d'un homme appréhendé à l'aune de la COVID- 19 et, par là même, aux droits et libertés amoindris.

Pour illustrer cette impression, trois exemples, précédemment cités, pourront être développés : l'interruption volontaire de grossesse, le traitement du défunt et la célébration des mariages.

Commençons par l'interruption volontaire de grossesse.

Pour mémoire, le Code de la santé publique⁶ permet à la femme enceinte qui le souhaite d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse jusqu'à la fin de la douzième semaine de grossesse. Cette interruption volontaire de grossesse peut avoir lieu au sein d'un établissement de santé, au moyen d'une méthode chirurgicale⁷, ou, dans le cadre d'une convention réglementée avec un établissement de santé, par voie médicamenteuse⁸. Dans ce second cas, celui de l'interruption volontaire de grossesse par mode médicamenteux, l'interruption médicale ne peut être effectuée que jusqu'à la cinquième semaine de grossesse⁹ et, même si l'interruption volontaire de grossesse n'a pas lieu au sein de l'établissement de santé, celle-ci est rigoureusement règlementée. En particulier, le médecin, la sage-femme ou le centre de planification, d'éducation familiale ou de santé sont seuls en mesure d'obtenir le médicament¹⁰, seuls le médecin ou la sage-femme procèdent à la délivrance des médicaments à la femme¹¹ et la première prise des médicaments est effectuée en présence de ces derniers¹².

³ Article 8 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire : « Les établissements de culte, relevant de la catégorie V, sont autorisés à rester ouverts. Tout rassemblement ou réunion en leur sein est interdit à l'exception des cérémonies funéraires dans la limite de 20 personnes. »

⁴ CE, 18 mai 2020, n° 440366.

⁵ V. *supra*, C. LOVISI, « Les règlements de peste dans l'ancien droit français ».

⁶ CSP, art. L. 2212-1 : « La femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse. »

⁷ V. CSP, art. R. 2212-4 s.

⁸ V. CSP, art. R. 2212-9 s.

⁹ CSP, art. R. 2212-10.

¹⁰ CSP, art. R. 2212-16.

¹¹ CSP, art. R. 2212-17, al. 1^{er}.

¹² CSP, art. R. 2212-17, al. 2.

Toutefois, l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, modifié par les arrêtés du 14 avril et du 16 avril 2020, assouplit grandement ces règles¹³. D'abord, le délai est allongé : l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse peut être réalisée jusqu'à la fin de la septième semaine de grossesse. Ensuite, la délivrance des médicaments par la pharmacie peut être faite directement à la femme. Enfin, la première prise des médicaments peut être effectuée dans le cadre d'une téléconsultation avec le médecin ou la sage-femme.

Nous pourrions, dans un premier temps, penser que ces dispositions renforcent la liberté de la femme à disposer de son corps en temps de confinement et, plus largement, de crise sanitaire. Mais, ce serait, nous semble-t-il, se méprendre. Car, si tel était le cas, les revendications de certains professionnels de santé et associations, appelant, selon leurs termes, à un renforcement de la protection des droits des femmes et au maintien de l'accès aux avortements, auraient probablement été satisfaites. Ceux-ci préconisaient notamment l'allongement du délai légal de l'interruption volontaire de grossesse chirurgicale (de douze à quatorze semaines de grossesse)¹⁴. D'ailleurs, si nous y réfléchissons, il n'est pas certain que cet assouplissement de l'accès à l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse soit dans l'intérêt de la femme enceinte. Loin de protéger les droits de la femme enceinte, l'assouplissement de l'interruption volontaire de grossesse médicamenteuse semble en effet rogner sur son intérêt au profit de l'isolement nécessaire au combat contre la COVID-19. Certes, si la femme souhaite cacher l'interruption volontaire de grossesse, le recours à une interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse peut être préférable. Mais cela n'est pas certain en période de confinement. Surtout, ainsi assouplie dans son accès, l'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse est peu protectrice de la femme : quant à sa santé physique bien sûr, les risques de complication à sept semaines de grossesse étant plus importants qu'à cinq semaines, quant à sa santé psychologique aussi, la femme ne bénéficiant pas d'un accompagnement humain et médical sérieux alors même que l'interruption volontaire de grossesse est un acte particulièrement grave et potentiellement traumatisant.

Cet assouplissement des conditions d'accès à l'interruption volontaire de grossesse est, comme l'indique d'ailleurs le nom de l'arrêté, guidé par la seule nécessité d'alléger la charge hospitalière afin de permettre aux établissements de santé de se concentrer sur les soins liés à la COVID-19. Il permet d'assurer un maximum d'interruptions volontaires de grossesse sans mobiliser les établissements de santé. Ce faisant, le législateur assure

¹³ V. spéc. les articles 10-4 et 10-5 de l'arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, modifié par les arrêtés du 14 avril et du 16 avril 2020.

¹⁴ V. par ex. le manifeste intitulé « Il faut protéger les droits des femmes et maintenir l'accès à l'avortement », *Le Monde* [en ligne], 31 mars 2020. [consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/03/31/il-faut-protger-les-droits-des-femmes-et-maintenir-l-acces-a-l-avortement_6034997_3232.html>.

l'acte qu'est l'interruption volontaire de grossesse mais fait fi, nous semble-t-il, de la personne de la mère dans sa globalité, celle-ci n'étant pas simplement un ventre mais, aussi et surtout, une femme en situation de fragilité, requérant un accompagnement global, y compris humain et psychologique. Le droit à l'intégrité morale de la femme, composante du droit au respect de la vie privée, et, de ce fait, la dignité de celle-ci passent au second plan, derrière l'objectif de protection de la santé publique. Et nous sommes en droit de nous demander si l'atteinte aux droits de la femme n'est pas ici excessive. N'était-il pas concevable de maintenir la présence physique du personnel médical auprès de la femme, celui-ci n'étant pas, dans son intégralité, mobilisé dans la lutte contre la COVID-19 ?

Ce constat peut être renouvelé à l'occasion de l'étude des dispositions funéraires. Il s'agit là de notre deuxième illustration.

L'article 12-5 du décret du 23 mars 2020¹⁵, complété par un décret du 1^{er} avril 2020¹⁶, décrets qui ne sont plus aujourd'hui en vigueur, prévoit que, d'une part, les soins de conservation¹⁷ sont interdits sur le corps des personnes décédées, et, d'autre part, que les défunts atteints ou probablement atteints de la COVID-19 au moment de leur décès font l'objet d'une mise en bière immédiate et que la pratique de la toilette mortuaire est interdite pour ces défunts.

Ces dispositions limitant, voire interdisant, les soins habituellement faits aux personnes décédées ont pour objectif d'éviter une saturation des services funéraires¹⁸. Par ailleurs et surtout, ils s'inscrivent dans un objectif de santé publique. Il s'agit de protéger les personnels funéraires contre la COVID-19 et, plus largement, de lutter contre la propagation de la COVID-19.

Ce faisant, le respect dû aux morts est mis à mal. Nous nous souvenons que l'article 16-1-1 du Code civil¹⁹ dispose que « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort » et que « les restes des personnes décédées [...] doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

¹⁵ Décret n° 2020-293 cité *supra*.

¹⁶ Décret n° 2020-384 du 1^{er} avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Ce décret était en vigueur du 1^{er} avril au 30 avril 2020. Le décret n° 2020-497 du 30 avril 2020, en vigueur jusqu'au 11 mai 2020, a, ensuite, légèrement assoupli les interdits.

¹⁷ Les soins de conservation mentionnés au 3^o de l'article L. 2223-19, ou soins de thanatopraxie, ont pour finalité de retarder la thanatomorphose et la dégradation du corps, par drainage des liquides et des gaz qu'il contient et par injection d'un produit biocide.

¹⁸ En ce sens, v. aussi le décret n° 2020-352 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles funéraires en raison des circonstances exceptionnelles liées à l'épidémie de COVID-19. Ce décret prévoit une dérogation temporaire à diverses dispositions de droit funéraire afin de fluidifier les démarches administratives que doivent accomplir les opérateurs funéraires et d'éviter la saturation de leurs différents équipements.

¹⁹ Loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 relative à la législation funéraire.

Ici, la dignité de la personne humaine²⁰ est comme mise entre parenthèses. Le défunt ne peut pas bénéficier des derniers soins le rendant présentable à ses proches et pour ses obsèques. Les derniers adieux aux proches sont aussi éludés, la mise en bière du défunt devant être immédiate. Le droit au respect de la vie privée et familiale des proches n'est ainsi pas plus ménagé, alors même que ces derniers adieux peuvent être essentiels au processus du deuil.

Encore une fois, c'est la seule matérialité du défunt qui est considérée. Le défunt est perçu comme un simple corps susceptible de transmettre la COVID-19. La dignité et le droit au respect de la vie privée sont secondaires.

Là aussi, il nous semble que la question de la proportionnalité de l'atteinte aux droits et libertés fondamentaux peut être soulevée. Ne pouvions-nous pas protéger le personnel funéraire de sorte qu'un minimum de soins soit effectué sur les défunts de la COVID-19 et, surtout, ne pouvions-nous pas aménager un espace de derniers adieux pour les proches du défunt ? Cela était probablement envisageable, l'évolution des pratiques l'a montré.

Poursuivons avec un dernier exemple, celui de la célébration des mariages.

L'exemple est probablement moins éloquent mais particulièrement intéressant en ce qu'il touche une autre liberté fondamentale.

Dans le cadre de la réglementation décrétant le confinement, le respect des mesures barrières et la fermeture de certains lieux publics²¹, les mairies, sur les recommandations du ministère de la Justice, ont reporté les mariages, sauf urgence²² et après accord préalable du procureur de la République.

La liberté matrimoniale est ainsi neutralisée par les exigences sanitaires. Les fiancés sont ici perçus comme des corps susceptibles de propager la COVID-19 ou, à l'inverse, susceptibles d'en être victimes.

²⁰ Nous savons que la Cour de cassation fait parfois référence à la dignité du défunt. V. notamment, dans l'affaire de l'assassinat du Préfet Erignac, Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 2000, n° 98-13.875, publié : « Et attendu qu'ayant retenu que la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné, gisant sur la chaussée d'une rue d'Ajaccio, la cour d'appel a pu juger, dès lors que cette image était attentatoire à la dignité de la personne humaine, qu'une telle publication était illicite, sa décision se trouvant ainsi légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne que de l'article 16 du Code civil, indépendamment des motifs critiqués par la deuxième branche du moyen. »

²¹ V. le décret du 16 mars 2020 (n° 2020-260 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus COVID-19) interdisant le déplacement de toute personne hors de son domicile et les arrêtés du 14 et 15 mars 2020 instaurant le respect obligatoire des mesures dites « barrières » et ordonnant la fermeture d'un certain nombre d'établissements recevant du public. Ces mesures ont ensuite été prises sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

²² C'est le cas du mariage *in extremis* ou le départ du fiancé en opération militaire extérieure par exemple.

Et, là encore, l'équilibre entre l'impératif de santé publique et la liberté matrimoniale qui est une liberté fondamentale²³ paraît discutable. Certes, à l'inverse des exemples précédents, la célébration du mariage n'est que retardée mais il s'agit tout de même là d'une liberté fondamentale qui aurait pu être davantage ménagée. Si tel était le désir des fiancés, une cérémonie avec les seuls époux, témoins et officier d'état civil dans le respect des mesures barrières aurait probablement pu être envisagée.

Le temps presse et il nous faut encore échanger. Nous ne développerons pas davantage d'exemples mais cette analyse nous semble pouvoir être étendue à bien d'autres dispositions : à la suspension générale et sur une longue période des visites aux personnes demeurant en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, à l'usage dérogatoire qui a été fait des médicaments en cette période et, en particulier, au décret du 23 mars 2020²⁴ qui autorise le recours à l'hydroxychloroquine et l'association lopinavir/ritonavir en dehors de son autorisation de mise sur le marché, mais encore aux récents services intégrés de dépistage de prévention (« SI-DEP »), fichier « Contact Covid » et application « StopCovid »²⁵.

En conclusion, qu'est-ce que le droit de l'urgence sanitaire dans le domaine des personnes et de la famille ?

Il est bien sûr un droit pris dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Il est aussi un droit pris dans l'urgence et qui, de ce fait, n'a pas fait l'objet de débats de nature à mettre en exergue et à corriger certains déséquilibres. Il est un droit d'exception par ses effets attentatoires, voire excessivement attentatoires, aux droits et libertés fondamentaux. Il est, enfin, un droit comme obnubilé par la COVID-19 qui n'appréhende la personne qu'à travers ce prisme. Il en ressort une vision clairement appauvrie, relativement matérialiste, de la personne. La bonne santé physique des personnes est première et est préservée au détriment des autres droits et libertés fondamentaux. Une hiérarchie des valeurs au sommet de laquelle se trouve la santé physique semble se dessiner.

Pour finir, ces réflexions suscitent en nous deux questionnements. Cette hiérarchie des valeurs est-elle propre au droit de l'urgence ou existe-t-elle, en temps ordinaire, sans qu'elle n'apparaisse de façon aussi évidente ? Cette remise en cause des libertés et droits

²³ V. Cons. Const., 13 août 1993, n° 93-325 DC ; CESDH, art. 12 ; Charte des droits fondamentaux de l'UE, art. 16 ; PIDCP, art. 23.

²⁴ Article 12-2 du décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire modifié par le décret n° 2020-314 du 25 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

²⁵ V. spéc. l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; le décret n° 2020-551 du 12 mai 2020 relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions ; le décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « StopCovid ».

fondamentaux est-elle véritablement exceptionnelle ou allons-nous nous y habituer et ne plus nous en étonner ?

Le droit de l'urgence et les recherches impliquant la personne humaine¹

Rébecca DEMOULE

Doctorante en droit privé à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Les recherches impliquant la personne humaine ou « les recherches organisées et pratiquées sur l'être humain en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales » (article L. 1121-1, al. 1^{er}, du Code de la santé publique) englobent notamment les essais cliniques visant à développer un traitement ou un vaccin et à en tester l'efficacité sur les personnes humaines. La découverte d'un tel traitement ou vaccin contre la COVID-19 constituerait une avancée majeure vers la résolution de la crise sanitaire actuelle. Les essais cliniques pour trouver une solution médicale à la résolution de la pandémie mondiale se sont ainsi particulièrement développés depuis décembre 2019².

Mais ces essais cliniques font l'objet d'une réglementation stricte. Leur contrôle normatif a notamment pris son essor lors du procès des médecins, à Nuremberg (1946-1947), lors duquel furent jugés des médecins qui conduisirent des expériences sur des personnes, en particulier dans des camps de concentration. De ce procès, émerge le « Code de Nuremberg », un ensemble de règles aux fondements éthiques à appliquer dans les recherches impliquant la personne humaine, parmi lesquelles le consentement de la personne.

Ces principes ont par la suite été repris, développés et adaptés au niveau international, notamment par la déclaration Helsinki de l'Assemblée médicale mondiale en 1964 et la déclaration de Tokyo en 1975, et en droit européen, avec la convention d'Oviedo adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe en 1997 (ratifiée par la France en 2011).

En droit français, les recherches biomédicales sont encadrées par la loi, aux articles L. 1121-1 à L. 1126-7 du Code de la santé publique. Initiée par la loi Huriet de 1988³, cette réglementation a été modifiée par la loi Jardé de 2012⁴, puis par une ordonnance du 16 juin 2016⁵.

¹ Cette contribution a été formulée à l'été 2020 ; les avancées de la recherche sur un traitement ou un vaccin dans le cadre de l'épidémie de COVID-19 ont évolué depuis.

² 3 438 essais cliniques au 28 septembre 2020 dans le monde, selon le site internet *Clinical Trials*, de la *National Library of Medicine* [en ligne]. [Consulté le 28 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://clinicaltrials.gov/ct2/results?cond=COVID-19>>.

³ Loi n° 88-1138 du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

⁴ Loi n° 2012-300 du 5 mars 2012 relative aux recherches impliquant la personne humaine.

⁵ Ordonnance n° 2016-800 du 16 juin 2016 relative aux recherches impliquant la personne humaine.

Au cœur de ces normes figurent aujourd'hui des principes dirigés vers la protection de la personne humaine. En témoigne d'ailleurs la place de ces dispositions en droit français au deuxième titre du livre I consacré à la protection des personnes en matière de santé : consentement nécessaire de la personne sur laquelle la recherche est effectuée, qui peut être rétracté à tout moment, et information sur les risques de l'expérimentation, de manière à ce que ce consentement soit éclairé (articles L. 1122-1 s. du Code de la santé publique) ; mise en balance des bénéfices et des risques (article L. 1121-2, al. 3, du Code de la santé publique).

Comme l'écrit Emmanuel Hirsch, « [le procès des médecins de] Nuremberg nous a enseigné [...] le devoir de vigilance et la nécessité de préserver une constante circonspection, y compris lorsque le protocole soumis à décision aurait pour prétexte une avancée dont le bien-fondé ne se discuterait pas »⁶.

Ainsi, le contexte d'une crise sanitaire mondiale, aux conséquences plus larges et notamment économiques, pose un dilemme éthique et juridique⁷. Pour résoudre plus rapidement et plus efficacement la pandémie de COVID-19, la tentation est forte de s'affranchir de certaines règles afin d'accélérer la recherche d'un remède ou d'un vaccin. Peut-on apporter des dérogations aux principes encadrant la recherche impliquant la personne humaine dans une situation d'urgence ?

L'encadrement des recherches médicales impliquant la personne humaine anticipe les situations d'urgence et s'y adapte dans une certaine mesure. Mais une procédure particulière de recherche qui trouve application en cas d'urgence, le challenge infectieux, interroge toutefois quant à sa conformité au droit français dans un tel contexte et illustre la confrontation de la pertinence d'un tel dispositif de recherche en cas d'urgence avec les normes juridiques et éthiques susmentionnées.

L'urgence n'est pas inconnue du droit des recherches médicales. Elle est envisagée dans le cas d'un protocole à appliquer dans « des situations d'urgence qui ne permettent pas de recueillir le consentement préalable de la personne » (article L. 1122-1-3 du Code de la santé publique) : il s'agit ici des conditions d'admission d'un patient dans une étude alors qu'il ne peut par exemple pas exprimer son consentement du fait de son état.

Mais cette première appréhension de l'urgence est à distinguer des cas où la recherche médicale se déroule dans des contextes de crise, notamment pandémique, ce qui nous intéresse plus particulièrement.

⁶ E. HIRSCH, « Postface – Le renoncement moral équivaut à tolérer l'inacceptable », in B. HALIOUA (dir.), *Le procès des médecins de Nuremberg : L'irruption de l'éthique biomédicale*, Toulouse, ERES, 2017, Espace éthique – Poche, p. 211-218, §2.

⁷ Sur ce point, voir par ex. E. HIRSCH, « Pourquoi en recherche biomédicale, les règles s'imposent à tous ? », *The Conversation* [en ligne], 27 mars 2020, mis à jour le 9 septembre 2020. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://theconversation.com/pourquoi-en-recherche-biomedicale-les-regles-simposent-a-tous-134829>> ; F. HIRSCH, P. DE BOISSIEU, « Essais cliniques : on peut concilier éthique, qualité et urgence même en temps de crise sanitaire », *The Conversation* [en ligne], 2 avril 2020. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://theconversation.com/essais-cliniques-on-peut-concilier-ethique-qualite-et-urgence-meme-en-temps-de-crise-sanitaire-135461>>.

Ces hypothèses font l'objet de recommandations particulières par différentes instances⁸, témoignant de l'impact que peuvent avoir ce type de crises, particulièrement en raison de l'urgence, sur les recherches médicales. En France, le Comité Consultatif National d'Éthique déclarait ainsi dans sa contribution du 13 mars 2020 que « même en situation d'urgence, les pratiques de la recherche impliquant l'être humain doivent respecter le cadre éthique et déontologique, notamment à l'égard des patients qui sont inclus dans les protocoles de recherche clinique »⁹.

Dans le cas de l'épidémie de COVID-19, cela a conduit à appliquer différemment certaines règles.

Ainsi, ont pu être proposés des assouplissements dans les procédures, en particulier pour accélérer les processus d'autorisation des essais cliniques¹⁰. Toutefois, cette mesure ne constitue pas une dérogation aux règles existantes, mais simplement une adaptation dans le respect de la réglementation.

C'est surtout une procédure spécifique qui nous paraît illustrer particulièrement la problématique du devenir des normes juridiques et éthiques encadrant les essais cliniques dans des contextes d'urgence : le « challenge infectieux » (en anglais, *human challenge*).

Cette procédure consiste à modifier le déroulement de la phase 3 de recherche d'un vaccin. En principe, l'essai d'un vaccin sur des personnes humaines se déroule en trois phases ; en phase 3, on injecte à un groupe de personnes le vaccin, à un autre le placebo, et ces sujets vont poursuivre leurs habitudes de vie, afin d'analyser l'efficacité du vaccin dans le contexte d'une vie normale¹¹. Mais une telle procédure peut durer plusieurs mois

⁸ V. par ex. CONSEIL DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES DES SCIENCES MÉDICALES, *Lignes directrices internationales d'éthique pour la recherche en matière de santé impliquant des participants humains*, 4^e éd. [en ligne], Genève, 2016, p.55 s. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/09/CIOMS-EthicalGuideline-FR-2016-WEB.pdf>> ;

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks* [en ligne], 2016, p.30 s. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://apps.who.int/iris/handle/10665/250580>> ; COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, Avis n° 106, *Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale* [en ligne], 5 février 2009, p. 18 s. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ccne-ethique.fr/fr/publications/questions-ethiques-soulevees-par-une-possible-pandemie-grippale>>.

⁹ COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE, *COVID-19, Contribution du Comité consultatif national d'éthique : enjeux éthiques face à une pandémie* [en ligne], 13 mars 2020, p. 8. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/reponse_ccne_-_covid-19_def.pdf>.

¹⁰ AGENCE NATIONALE DE SÉCURITÉ DU MÉDICAMENT ET DES PRODUITS DE SANTÉ, « Essais cliniques : procédures accélérées pour l'évaluation des traitements du COVID-19 et recommandations aux promoteurs sur les essais en cours – Point d'information » [en ligne], 20 mars 2020. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.ansm.sante.fr/S-informer/Points-d-information-Points-d-information/Essais-cliniques-procedures-accelerees-pour-l-evaluation-des-traitements-du-COVID-19-et-recommandations-aux-promoteurs-sur-les-essais-en-cours-Point-d-information>>.

¹¹ INSTITUT NATIONAL DE LA SANTÉ ET DE LA RECHERCHE MÉDICALE, « Les essais cliniques (Recherches interventionnelles portant sur un produit de santé) » [en ligne]. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.inserm.fr/recherche-inserm/recherche-clinique/essais-cliniques-recherches-interventionnelles-portant-sur-produit-sante>>.

ou années. L'idée du challenge infectieux est de réduire considérablement la durée de la phase 3, puisque ces mêmes personnes vont, après avoir reçu le vaccin ou le placebo, se faire injecter le virus, ce qui permet de vérifier très rapidement l'efficacité du vaccin testé¹².

Dans le contexte de l'épidémie de COVID-19, la proposition de recourir au challenge infectieux a été formulée par plusieurs chercheurs américains, soutenant que l'urgence et la particularité de la situation justifient de recourir à des procédures peu utilisées habituellement¹³. Elle fait également l'objet d'un appel à volontaires dénommé « *One day sooner* »¹⁴.

En mai 2020, l'Organisation mondiale de la Santé développait huit critères dont le cumul permettrait de rendre éthiquement acceptables les études cliniques mettant en œuvre le challenge infectieux pour la COVID-19¹⁵, ce qui laisse penser que l'organisation ne formule pas d'opposition de principe à cette procédure, mais en souligne la complexité éthique. Elle indiquait ainsi que « les études fondées sur le challenge infectieux sont néanmoins sensibles sur le plan éthique et doivent être soigneusement conçues et menées afin de réduire au minimum les dommages causés aux personnes volontaires et de préserver la confiance du public dans la recherche »¹⁶.

Si l'Institut Pasteur, en France, ne semble pas envisager ce dispositif s'agissant d'un vaccin contre la COVID-19¹⁷ et que le Conseil scientifique COVID-19, le Comité analyse, recherche et expertise et le Comité Vaccin COVID-19 se sont eux aussi récemment déclarés opposés à cette procédure¹⁸, il demeure intéressant d'analyser l'applicabilité de cette procédure au regard du droit français. La question de la pertinence du challenge infectieux ne paraît en effet pas exclue du débat, notamment parce qu'elle est plus sérieusement envisagée à l'étranger et qu'il n'est pas exclu qu'un vaccin contre la

¹² N. HERZBERG, « Coronavirus : peut-on infecter volontairement des personnes saines pour accélérer le vaccin ? », *Le Monde* [en ligne], 24 juin 2020. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/06/24/covid-19-peut-on-infecter-volontairement-des-personnes-saines-pour-acceler-le-vaccin_6043953_3244.html>.

¹³ S. A. PLOTKIN, A. CAPLAN, « Extraordinary diseases require extraordinary solutions », *Vaccine* 2020, vol. 38,24, p. 3987-3988 (doi:10.1016/j.vaccine.2020.04.039) ; N. EYAL, M. LIPSITCH, P. G. SMITH, « Human Challenge Studies to Accelerate Coronavirus Vaccine Licensure », *The Journal of Infectious Diseases*, 2020, vol. 221,11, p. 1752-1756 (doi:10.1093/infdis/jiaa152).

¹⁴ *One day sooner* [en ligne]. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://1daysooner.org/>>.

¹⁵ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Key criteria for the ethical acceptability of COVID-19 human challenge studies* [en ligne], 6 mai 2020. [consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.who.int/ethics/publications/key-criteria-ethical-acceptability-of-covid-19-human-challenge/en/>>.

¹⁶ *Ibid.*, p. 2 : « Challenge studies are nonetheless ethically sensitive and must be carefully designed and conducted in order to minimize harm to volunteers and preserve public trust in research ».

¹⁷ N. HERZBERG, « Coronavirus : peut-on infecter volontairement des personnes saines pour accélérer le vaccin ? », *loc. cit.*

¹⁸ COMITÉ ANALYSE, RECHERCHE ET EXPERTISE, COMITÉ SCIENTIFIQUE COVID-19, COMITÉ VACCIN COVID-19, Avis, *Vaccins contre le SARS-CoV-2, Une stratégie de vaccination* [en ligne], 9 juillet 2020, p. 7. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/avis_vaccins_9_juillet_2020_-_care_-_conseil_scientifique_-_comite_vaccin.pdf>. Contribution postérieure à notre intervention.

COVID-19 puisse être développé dans d'autres États à la suite d'un essai clinique fondé sur ce dispositif.

Dans ces études fondées sur le challenge infectieux, plusieurs questions se posent au regard des principes éthiques exposés précédemment, et toutes interrogent l'intérêt et la protection de la personne dans une situation d'urgence. Nous proposons de nous attarder sur trois de ces problématiques.

D'abord, sur le consentement libre et éclairé du sujet des essais cliniques, premier principe cité par le Code de Nuremberg et aujourd'hui imposé aux articles L. 1122-1 et suivants du Code de la santé publique. Dans leur article, Stanley A. Plotkin et Arthur Caplan, respectivement médecin et consultant et professeur de bioéthique, soutiennent que ce consentement est possible. Selon eux, « il est normalement odieux de provoquer délibérément une maladie chez l'homme, mais demander à des volontaires de prendre des risques sans pression ni coercition n'est pas de l'exploitation, mais un acte d'altruisme »¹⁹. Mais le consentement est-il éclairé et intègre lorsqu'il s'agit de se faire injecter une maladie apparue il y a seulement quelques mois, pour laquelle il n'existe aucun traitement curatif avéré, et dont les effets à moyen et long termes ne sont pas connus ? Si le consentement est certes une condition de la participation à un essai clinique, peut-il réellement être donné dans le but d'introduire dans son organisme une maladie, d'autant plus lorsqu'elle est aussi nouvelle ?

Ensuite, sur le rapport bénéfice/risque. L'article L. 1121-2, alinéa 3, du Code de la santé publique dispose qu'« aucune recherche impliquant la personne humaine ne peut être effectuée [...] si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche ». Par ailleurs, l'Organisation mondiale de la Santé indique que, dans le cadre d'un essai clinique avec un challenge infectieux, le rapport bénéfice/risque doit être évalué particulièrement rigoureusement et devrait être plus largement recherché en prenant en compte trois groupes : la société, les participants et les tiers contacts des participants²⁰.

Si la COVID-19 est une maladie potentiellement létale, les soutiens du challenge infectieux avancent que seules des personnes appartenant à des groupes ne développant pas de formes graves de la maladie et à des catégories particulièrement exposées au virus par leur travail ou leur mode de vie seront intégrées à l'essai²¹. Mais il est à noter qu'à court terme, les personnes qui développeraient toutefois la maladie ne pourraient pas

¹⁹ S. A. PLOTKIN, A. CAPLAN, *loc. cit.* : « *Deliberately causing disease in humans is normally abhorrent, but asking volunteers to take risks without pressure or coercion is not exploitation but benefitting from altruism* ».

²⁰ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Key criteria for the ethical acceptability of COVID-19 human challenge studies* [en ligne], 6 mai 2020. [Consulté le 29 septembre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.who.int/ethics/publications/key-criteria-ethical-acceptability-of-covid-19-human-challenge/en/>>.

²¹ S. A. PLOTKIN, A. CAPLAN, *loc. cit.* ; N. EYAL, M. LIPSITCH, P. G. SMITH, *loc. cit.*

bénéficiaire d'un traitement curatif²². Le risque qu'encourent les participants est donc existant et non-négligeable, dans son rapport avec le bénéfice qui pourrait être tiré dans l'intérêt de la recherche. Ainsi, le risque est essentiellement porté par l'individu participant à l'essai clinique. En revanche, cette même personne ne tirerait aucun bénéfice direct du challenge infectieux ; l'essai clinique bénéficierait plutôt à la société – trouver un vaccin pour protéger la population. Cela interroge sur l'équilibre difficilement évaluable entre le risque encouru et le bénéfice escompté.

Enfin, et cela s'inscrit dans la continuité de la réflexion que nous venons de faire, l'article L. 1121-2, alinéa 6, du Code de la santé publique dispose que « L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche impliquant la personne humaine prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société ». Or, en considérant la mise en balance du bénéfice tiré par la société et du risque porté par l'individu, nous avons précisément vu que l'intérêt de la personne se trouvait affecté, notamment parce que les risques de contracter une forme sévère de la maladie ne sont pas nuls, et qu'aucun traitement curatif n'existe. Dans le cas du challenge infectieux, l'intérêt de la personne se trouve précisément atteint afin de servir les intérêts de la société : trouver un vaccin pour, *in fine*, mettre fin à une crise mondiale.

Il est intéressant d'observer que ce dernier point s'inscrit dans la recherche d'un équilibre que l'on retrouve plus largement en droit de l'urgence, entre intérêt de la collectivité d'une part, et intérêts personnels des individus de l'autre. Mais, en plaçant précisément la personne humaine au centre des intérêts à protéger, les règles encadrant les essais cliniques permettent de trouver un équilibre peut-être différent, en temps d'urgence, de celui qui cherche à concilier les intérêts des personnes privées et les impératifs publics.

²² Cet argument a par exemple été avancé dans l'avis précité du Comité analyse recherche et expertise, Comité scientifique COVID-19 et Comité Vaccin COVID-19.

Droit de l'urgence et droit des entreprises en difficulté

David LEMBERG

Doctorant en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS)

Enseignant-chercheur à CY Université de Cergy-Pontoise

L'objet de ce séminaire est de réfléchir aux conséquences que l'urgence peut produire sur le droit ordinaire. Les exemples historiques montrent en effet que des dispositions, pensées comme des réponses temporaires à une situation de crise, ont finalement intégré durablement l'ordre juridique. Par ailleurs, réfléchir au droit de l'urgence amène à se demander ce qui peut caractériser un tel droit. Parmi les hypothèses évoquées, le droit de l'urgence peut consister en une suspension des règles ordinaires durant une période déterminée, parfois appelée période protégée. Concrètement, des délais pour agir ou encore l'exécution de certaines obligations seront suspendus. D'une certaine manière, le droit cesse de s'appliquer pendant la période de l'urgence. Au contraire, le droit de l'urgence peut aussi engendrer l'application d'un droit dérogatoire correspondant aux besoins provoqués par la situation. Dans cette hypothèse, le droit est moins suspendu qu'adapté aux circonstances.

Le droit des entreprises en difficulté semble emprunter aux deux types d'effets possibles du droit de l'urgence. Les ordonnances du 27 mars 2020 et du 20 mai 2020 contiennent à la fois des dispositions qui suspendent les délais ou les obligations ordinaires mais aussi des règles dérogatoires au droit commun. Parmi ces règles dérogatoires il faut remarquer que certaines dispositions semblent également relever d'une forme d'expérimentation du droit qui peut interroger.

Au titre des délais modifiés, on peut citer l'allongement de la durée de la période d'observation¹ ou la possibilité pour le tribunal d'allonger la durée de l'exécution des plans de sauvegarde ou de redressement². Au titre de la suspension des obligations ordinaires, après l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire, l'obligation faite au débiteur de demander l'ouverture de redressement judiciaire en cas de cessation des paiements est suspendue³.

S'agissant cette fois des règles dérogatoires au droit commun, applicables durant la période d'urgence, on peut évoquer, en cas de conciliation judiciaire, la possibilité pour le débiteur de demander au président du tribunal d'appliquer les règles de la suspension

¹ Ord. n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale, art. 2, II, 1^o.

² Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de COVID-19, art. 5, I.

³ Ord. n° 2020-341 du 27 mars 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles à l'urgence sanitaire et modifiant certaines dispositions de procédure pénale, art. 1, I, 1^o.

des poursuites et des paiements à un créancier qui refuserait de suspendre l'exigibilité de sa créance pendant la procédure⁴.

Enfin, une disposition mérite particulièrement l'attention. L'ordonnance du 20 mai 2020 a prévu que « Les personnes qui consentent un nouvel apport de trésorerie au débiteur pendant la période d'observation définie par l'article L. 621-3 du même code en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité et celles qui s'engagent, pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement arrêté ou modifié par le tribunal conformément aux dispositions des titres II et III du livre VI du Code de commerce, à effectuer un tel apport bénéficient du privilège de sauvegarde ou de redressement dans la limite de cet apport. » Il s'agit en quelque sorte d'un privilège de *post money* comparable au privilège de *new money* qui existe en droit positif en cas d'apport en trésorerie consenti lors d'une conciliation. Il faut remarquer que cette disposition s'applique « aux procédures ouvertes entre la date de son entrée en vigueur et celle de l'entrée en vigueur de l'ordonnance prévue par l'article 196 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, et au plus tard jusqu'au 17 juillet 2021 inclus. »⁵ Autrement dit, il s'agit d'une disposition qui s'appliquera jusqu'à l'adoption d'une autre ordonnance que le gouvernement a été habilité à adopter afin de mettre en œuvre une réforme du droit des entreprises en difficulté. À cet égard, des dispositions adoptées sous l'empire des ordonnances de l'état d'urgence sanitaire sont l'occasion d'expérimenter des dispositions nouvelles. L'adoption ultérieure de l'ordonnance pour laquelle le gouvernement a été habilité sera alors l'occasion de confirmer ou de corriger ces dispositions. On constate ainsi qu'une disposition adoptée sous l'empire du droit de l'urgence a vocation à s'appliquer au-delà de la situation d'urgence.

En d'autres termes, le droit de l'urgence devient un droit de l'expérimentation. Cette expérimentation peut interroger s'agissant de la place laissée au législateur. Le gouvernement a déjà été habilité à modifier le droit des entreprises en difficulté. Avant même de rendre son ordonnance, le voilà ainsi habilité à expérimenter le droit nouveau. La méthode n'est pas forcément mauvaise mais à force il est possible de se demander si le gouvernement ne se substituerait pas excessivement au législateur. En toute hypothèse, cette situation confirme que le droit adopté afin de faire face à une situation d'urgence peut perdurer bien au-delà de cette situation.

⁴ Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de COVID-19, art. 2, II.

⁵ Ord. n° 2020-596 du 20 mai 2020 portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de COVID-19, art. 10, II.

COVID-19 : un tournant du droit du travail ou une réponse à l'urgence de la situation ?

Pascal LOKIEC

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Bien que la deuxième vague que nous subissons actuellement n'ait pas provoqué les réactions juridiques de la première vague et qu'il soit plus difficile de parler de droit de l'urgence après neuf mois de crise, la question est posée de la pertinence d'un droit « spécial » pour gérer les situations de crise. Il n'est pas rare que le droit prévoie des dérogations aux règles applicables, en cas de circonstances exceptionnelles. L'essentiel des dispositifs aujourd'hui mobilisés pour gérer la crise de la COVID-19 dans les entreprises accueillent ce type de dérogation : le temps de travail (art. 1^{er} de la directive de 2003/88/CE), le télétravail (art. L. 1222-11 C. trav.) ou encore l'activité partielle (art. R 5122-1 C. trav.). Il est plus rare de voir un corpus normatif aussi dense et dérogoire se dessiner en aussi peu de temps, avec de profonds changements par rapport au droit existant.

Qui n'aura pas remarqué, en ce sens, que l'inclinaison libérale qu'a prise le droit du travail depuis plus de dix ans a soudainement été stoppée par la crise de la COVID-19 ? L'État, dont l'interventionnisme avait été contré par un appel à la négociation d'entreprise dans les vingt dernières années, est soudainement revenu au centre du jeu, les enjeux sanitaires et sociaux étant devenus prioritaires par rapport aux questions économiques. Si on regarde de plus près, les équilibres ont été fortement perturbés. Les métiers les plus dévalorisés habituellement se sont avérés les plus essentiels, le domicile est devenu le lieu de travail normal, l'information-consultation a pu se faire *a posteriori*, des pays qui avaient libéralisé le licenciement il y a peu l'ont interdit, le fait qu'un employeur exige la prise de température de ses salariés est devenu presque acceptable... Derrière ces exemples, on peut repérer plusieurs phénomènes majeurs dont on peut se demander s'ils sont le signe d'un droit du travail de l'urgence, par définition éphémère, ou s'ils manifestent un changement de cap.

Premier phénomène majeur, le retour de l'État. On a vécu avant la crise de la COVID-19 l'avènement d'un État de type procédural, c'est-à-dire un État qui prétend de moins en moins définir le contenu des règles de droit et préfère renvoyer aux partenaires sociaux la charge de le définir, quitte à fixer un cadre général (définition des règles de conclusion des accords ; sélection des acteurs admis à négocier par le biais de critères de représentativité ; respect des droits fondamentaux et des principes fondamentaux du droit du travail, etc.). La crise du coronavirus réhabilite un État interventionniste qui lutte contre les licenciements en facilitant l'activité partielle, en interdisant dans certains pays les licenciements, en demandant aux entreprises bénéficiaires de l'activité partielle

de ne pas distribuer de dividendes ou en imposant le télétravail. Autrement dit, le droit du travail qui avait ces dernières années promu la loi supplétive, réhabilite l'ordre public au sens le plus fort du terme car, sur un certain nombre de sujets, les dispositions adoptées en urgence durant la crise de la COVID-19 ne souffrent aucune dérogation par accord collectif, que ce soit en faveur ou en défaveur des salariés. Aux mesures exceptionnelles adoptées lors du premier confinement, les partenaires sociaux ne pouvaient opposer un accord collectif en cours d'application : un accord de RTT, des jours de repos conventionnels attribués dans le cadre d'un dispositif d'aménagement du temps de travail au-delà de la semaine, un accord aménageant le nombre de réunions en visioconférences, un accord de méthode sur l'information-consultation...

Deuxième phénomène, directement lié au premier car le dispositif repose sur une indemnisation par des fonds publics, le recours massif à l'activité partielle, peu utilisée jusqu'à présent pour répondre aux crises économiques, à commencer par celle de 2008. Le choix a été, cette fois-ci, d'en faire l'instrument principal de protection de l'emploi des salariés, avec des sommes colossales investies dans le dispositif. L'idée est d'entrer dans une logique de licenciement ultime mesure en dissuadant les entreprises de se séparer définitivement de leurs salariés. L'activité partielle ne nous prémunira toutefois pas contre des suppressions d'emplois, dans les petites entreprises avec une définition des difficultés économiques qui permet désormais de licencier sur la base d'un ou deux trimestres de baisse de chiffre d'affaires ou de commandes dans les PME, dans les plus grandes entreprises sur la base d'un plan de sauvegarde de l'emploi ou d'une rupture conventionnelle collective (possible quelle que soit la taille de l'entreprise mais plus ciblée vers les entreprises d'une certaine taille). Malgré ces compressions d'effectifs dont on peut craindre qu'elles se multiplient dans les semaines et mois à venir, force est de constater que la France, comme ses pays voisins, a laissé de côté, sans doute provisoirement, la philosophie de la flexicurité vers laquelle elle était attirée depuis plusieurs années.

Troisième phénomène, toujours très lié au premier, la multiplication de régulations de type droit « mou » sous l'impulsion de l'État. La crise de la COVID-19 a conduit le gouvernement à multiplier les « questions-réponses » et autres protocoles sanitaires à l'attention des entreprises et salariés. L'État se fait donc interventionniste, allant parfois jusqu'à prendre des positions dans les questions-réponses dont on aurait pu s'attendre à ce qu'elles soient l'œuvre de la mission interprétative de la jurisprudence. Mais la norme se fait plus technique, et n'emprunte pas les instruments traditionnels du droit. L'obligation pour les entreprises de mettre leurs salariés en télétravail total, lorsque cela est compatible avec leur fonction, a ainsi pris pour support un simple protocole sanitaire. Avec des questions de normativité particulièrement complexes ! Assimilé à des « recommandations » par le Conseil d'État dans sa décision du 19 octobre 2020, le protocole sanitaire ne peut sans doute pas servir de fondement pour engager la responsabilité d'un employeur qui aurait mis son salarié en danger d'être contaminé par le virus en lui refusant le télétravail. Mais conçu par le Conseil d'État lui-même comme

une déclinaison de l'obligation de sécurité de l'employeur, son non-respect pourrait indirectement suffire à engager la responsabilité de ce dernier. Quelle marge d'appréciation pour le juge en cas de non-respect d'une simple recommandation, alors cependant que l'obligation de sécurité est sous-jacente ? Très rapide et simple dans son mode d'élaboration, ce type d'instrument, aux contours incertains, a-t-il vocation à constituer un modèle pour l'élaboration d'un droit de l'urgence ?

Quatrième phénomène, un renversement dans la hiérarchie des valeurs. On a eu tendance, ces dernières années, à délaissier la question du travail au profit de celle de l'emploi. La question des conditions de travail, qui était déjà revenue sur le devant de la scène avec les problèmes de santé mentale (voir dernièrement le débat sur le harcèlement institutionnel dans l'affaire des suicides chez France Télécom), est revenue en force avec l'épidémie de COVID-19. À travers d'une part les questions de santé et sécurité, d'autre part l'appréciation de la valeur travail. On a pris conscience de ce que les métiers de proximité se situent en bas de l'échelle des salaires : livreurs, conducteurs, postiers, caissiers, logisticiens, éboueurs, personnels de ménage, fonctionnaires de catégorie B et C... Leur revalorisation, sur le modèle du Ségur de la santé (dont le résultat est très contesté), constituera un enjeu essentiel des mois et années à venir.

Cinquième phénomène, l'explosion de la problématique de la surveillance, fortement encouragée par le recours massif au télétravail. Ce mode de travail n'est réalisable, dans la plupart des cas, que moyennant une connexion internet irréprochable. Malgré les énormes progrès accomplis dans ce domaine, la fracture numérique est une réalité qu'il faut continuer à résorber. À cela s'ajoutent les risques liés aux nouvelles technologies dont les potentialités sont telles aujourd'hui qu'elles peuvent aboutir à une surveillance disproportionnée : logiciels de *keylogging* (contrôle des mouvements de la souris et des frappes sur le clavier), captures d'écran à distance, mise en route de la webcam à distance... Le principe de proportionnalité, auquel le droit du travail s'est de plus en plus accoutumé au fil des années, prend tout son sens en contexte de crise sanitaire. Des restrictions qui seraient inacceptables en temps normal le deviennent lorsque la santé et la sécurité sont gravement menacées. La pandémie a mis au jour des pratiques nouvelles dans les entreprises, qui interpellent : prise de température corporelle des salariés et visiteurs, questionnaires médicaux, voire le cas de cet entrepreneur qui avait organisé dans son entreprise la prescription de chloroquine à ses salariés. Les certitudes sur les impossibilités de poser des questions liées à la vie privée sont aujourd'hui questionnées, tout comme les règles de traitement automatique des données personnelles, quasiment incompressibles lorsqu'elles concernent la santé. Les principes de transparence et de proportionnalité qui régissent, en France comme dans beaucoup de pays, ce type de pratiques, devraient servir de garde-fou et faire comprendre que ce qui se justifie dans des circonstances exceptionnelles ne se justifiera plus demain.

À travers les différents phénomènes juridiques qui se manifestent au cours de la crise de la COVID-19, on voit bien qu'il est difficile de trancher entre ce qui peut relever d'un droit de l'urgence et ce qui constitue une tendance de fond. Les vieux réflexes reviennent généralement une fois l'urgence passée. Il n'en reste pas moins vrai que des sujets comme la revalorisation des métiers de proximité, le télétravail ou les excès de la surveillance sont des enjeux qui dépassent largement la temporalité – dont on peut craindre qu'elle soit bien plus longue qu'initialement escompté – de la crise de la COVID-19.

Aperçu des premières adaptations du droit social face à la pandémie

Flora DUFFAUD

*Doctorante en droit privé à l'École de Droit de la Sorbonne (IRJS)
ATER à l'Institut des sciences sociales du travail,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

La mobilisation du droit social en urgence traduit une volonté d'absorber le choc économique de la COVID-19 en France comme ailleurs. Ainsi, au 22 juin dernier, près d'un million et demi de demandes d'activité partielle avaient été déposées.

Face à la pandémie, adapter certaines normes était nécessaire tant dans l'exercice du travail qu'en cas d'interruption ou d'arrêt définitif de l'activité. Par exemple, la non-reconduction de certains contrats et l'annulation de nombreuses embauches sont à l'origine de l'aménagement des règles de l'assurance chômage. En matière contentieuse, les premières décisions ont porté sur la prorogation des mandats des conseillers prud'hommes¹ et la suspension de délais procéduraux comme dans d'autres disciplines.

L'analyse des mesures prises depuis le mois de mars permet de dégager les niveaux de régulation et les moyens plébiscités pour soutenir l'activité professionnelle et gérer les cas de contamination au travail.

Niveaux de régulation

Le début de la crise a été marqué par une intervention étatique forte, notamment au sujet des protocoles sanitaires et de la réforme de l'activité partielle. Souvent, plusieurs nouveaux textes entraient en vigueur au cours d'une même semaine. Depuis, la négociation collective est revenue sur le devant de la scène avec un champ élargi. La nouvelle forme d'activité partielle « en cas de réduction d'activité durable »² repose sur la conclusion d'un accord collectif. Les accords d'établissement, de groupe ou d'entreprise ont de nouvelles prérogatives comme la fixation du nombre maximal de renouvellements d'un contrat à durée déterminée³.

¹ Ordonnance n° 2020-388 du 1^{er} avril 2020 relative au report du scrutin de mesure de l'audience syndicale auprès des salariés des entreprises de moins de onze salariés et à la prorogation des mandats des conseillers prud'hommes et membres des commissions paritaires régionales interprofessionnelles.

² Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, article 53 ; décret n° 2020-926 du 28 juillet 2020 relatif au dispositif spécifique d'activité partielle en cas de réduction d'activité durable.

³ Loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, article 41.

Pour faciliter la mise en place de certaines mesures d'urgence dans l'entreprise, des possibilités de consultation du comité social et économique (CSE) *a posteriori* ont été validées, notamment en matière d'organisation du temps de travail⁴.

Organisation de l'activité professionnelle

Les effets de la crise sanitaire entrent en résonance avec des problématiques travaillistes préexistantes. Le confinement a bouleversé la séparation entre vie professionnelle et vie personnelle pour de nombreux salariés devenus télétravailleurs du jour au lendemain. En effet, la « menace d'épidémie »⁵ permet d'organiser le télétravail sans dispositif antérieur ni accord des parties au contrat.

Ce bond en avant précipité amplifie les problèmes relatifs à la fracture numérique, au contrôle de l'employeur et au cloisonnement du temps consacré au travail. Pour tenter de les résoudre, les organisations syndicales impulsent la conclusion d'un nouvel accord national sur le télétravail dont le principe est en cours de discussion.

Certaines personnes ont également dû interrompre leur activité pour garder leurs enfants. Face à la nécessaire prise en charge immédiate de ces périodes d'arrêt et à l'absence de dispositif *ad hoc*, le régime de l'assurance maladie s'est appliqué avant de basculer sur celui de l'activité partielle dès le 1^{er} mai dernier (pour les salariés).

Contaminations au travail

De nombreux salariés ne pouvant pas télétravailler ont contracté le coronavirus en exerçant leurs fonctions. La possibilité de bénéficier du régime de la maladie professionnelle, permettant une meilleure indemnisation sur le plan des soins médicaux et des indemnités journalières, a rapidement été annoncée pour le personnel soignant. L'absence d'un tel dispositif pour les autres travailleurs « en première ligne » a posé question, d'autant plus qu'il s'agissait parfois de personnes aux revenus relativement modestes. En réaction, le Gouvernement s'est engagé à mettre en place une reconnaissance facilitée du caractère professionnel de la maladie pour ces derniers (par le biais d'une expertise devant un comité réduit) et automatique pour certains soignants gravement affectés. Un décret⁶ du 14 septembre dernier officialise la possibilité de reconnaître la COVID-19 en tant que maladie professionnelle.

Les nombreux *clusters* estivaux dans les secteurs de l'agriculture et du tourisme reflètent la particulière vulnérabilité de certains travailleurs, notamment saisonniers, face à ce nouveau risque. La protection sociale des travailleurs indépendants est également montrée du doigt depuis le début de la crise.

⁴ Ordonnance n° 2020-323 du 25 mars 2020 portant mesures d'urgence en matière de congés payés, de durée du travail et de jours de repos, articles 5 à 7.

⁵ Code du travail, article L. 1222-11.

⁶ Décret n° 2020-1131 du 14 septembre 2020 relatif à la reconnaissance en maladies professionnelles des pathologies liées à une infection au SARS-CoV2.

En conclusion, les techniciens du droit social ont adapté des mécanismes préexistants en urgence pour assurer à la fois la préservation de l'activité des entreprises et des ressources des travailleurs, fidèlement à l'esprit de la discipline, avant d'en faire émerger de nouveaux. Ces mesures ont précipité des questionnements sur certains sujets de fond comme le numérique ou la vulnérabilité.

La tension reste palpable dans les secteurs fortement sinistrés comme la culture ou l'aéronautique. Deux inconnues principales sont la durée de maintien des mesures dérogatoires et l'effectivité des nouvelles possibilités de négociation, alors même que la mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de onze salariés a été reportée à 2021⁷.

⁷ V. *supra*, note n° 1.

Le droit de l'urgence et les finances publiques

Matthieu CONAN

*Professeur agrégé de Droit public à l'École de Droit de la Sorbonne
Co-directeur de Sorbonne Fiscalité & Finances publiques (IRJS)
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

Le droit des finances publiques se veut par définition un droit de l'urgence dans la mesure où l'adoption de la loi de finances annuelle s'inscrit dans un processus temporellement contraint voulu par l'article 47 de la Constitution : le Parlement dans le cadre du texte du 4 octobre 1958 dispose de 70 jours pour se doter de son budget annuel¹, dispositif qui illustre le plus significativement le parlementarisme rationalisé du régime de la V^e République en rupture totale avec les pratiques budgétaires antérieures. La modernisation des procédures budgétaires opérée par la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) en date du 1^{er} août 2001 permet aujourd'hui à l'État de répondre efficacement à l'urgence consécutive à cette crise sanitaire du printemps 2020, signifiant en cela la parfaite adéquation de l'ordonnancement juridique en la matière. Il s'agit là, à n'en pas douter, du premier enseignement à retirer de l'analyse de la situation présente, sans qu'il faille cependant considérer que cette logique procède de la nouveauté : un tel état des lieux avait déjà pu être effectué au regard de la crise dite des *subprimes* d'octobre 2008 qui avait déjà pu très sérieusement ébranler nos finances publiques. Le droit budgétaire, étendu d'ailleurs au droit de la comptabilité publique, a parfaitement su apporter en temps et en heure, selon un processus gradué et adapté, les réponses efficaces et proportionnées qu'imposaient les nécessités de l'urgence, ce qu'il conviendra de mettre en avant dans un premier temps (I). Si nouveauté il y a au regard de l'urgence générée par la crise sanitaire, elle sera à rechercher à l'échelon du droit européen : elle se veut constituer dans la réactivité dont ont pu faire preuve les instances de l'Union européenne (UE) dans leur prise de décisions de nature à conditionner et à conforter les décisions arrêtées au niveau national, ce qu'il conviendra de présenter dans un second temps (II).

I. Un droit des finances publiques parfaitement bien adapté et rodé aux nécessités immédiates de l'urgence

La souplesse et l'adaptabilité du cadre budgétaire constituent des caractéristiques assez peu souvent mises en avant, mais pourtant bien réelles : la loi de finances initiale systématiquement adoptée et promulguée avant le 1^{er} janvier de l'année considérée, est susceptible de modification par l'adoption d'une loi de finances rectificative qui sait

¹ À défaut, les dispositions du projet de loi peuvent être mises en vigueur par ordonnance.

répondre aux nécessités de l'urgence immédiate en quelques jours. La « loi du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie » est restée dans les annales comme un modèle de réactivité de l'État français à cette crise financière venue d'outre-Atlantique et qui menaça à l'époque l'ensemble du système bancaire de la planète : déposé le lundi 13 octobre sur le bureau de l'Assemblée nationale, le projet de loi de finances (PLF) rectificative se voyait adopté en 1^{re} lecture le lendemain par les députés, puis le mercredi 15 octobre par les sénateurs, sans modification ; promulguée le jeudi, la loi était tout simplement publiée le vendredi au *Journal officiel*², soit au terme d'une période de cinq jours. La LOLF venait de faire la preuve de la justesse des choix qui avait été opérés quelques années avant et les lois de finances rectificatives se succédèrent les unes après les autres au cours de l'année 2009 pour répondre aux adaptations de la donne budgétaire annuelle en réponse à l'évolution de la crise³. Ce sont ces mêmes lois de finances rectificatives qui sont intervenues pour faire face à l'urgence de la crise sanitaire actuelle, puisque trois textes ont été adoptés entre mars et juillet 2020 suivant en cela des objectifs fondamentalement distincts mais parfaitement ciblés. Si, pour mémoire, les mesures de confinement intervenaient le 17 mars 2020, le dépôt du premier PLF rectificative sur le bureau de l'Assemblée nationale se faisait le lendemain, le 18 mars⁴, pour une promulgation, là encore quelques jours plus tard, le 23 mars 2020⁵. Celui du deuxième PLF rectificative intervenait le 15 avril 2020⁶, pour une promulgation le 25 avril 2020⁷. Quant au troisième PLF rectificative, il était déposé le 10 juin 2020⁸ et la loi promulguée le 30 juillet 2020⁹.

Le premier texte va traduire les mesures d'aide de l'État du « *quoiqu'il en coûte* » correspondant aux engagements du Président de la République dans son discours du 12 mars 2020 : ces dépenses supplémentaires sont inscrites, en termes de nomenclature budgétaire, dans une nouvelle mission « plan d'urgence face à la crise sanitaire » comprenant deux nouveaux programmes « prise en charge du dispositif exceptionnel de chômage partiel à la suite de la crise sanitaire » et « fonds de solidarité pour les entreprises à la suite de la crise sanitaire », dotés de 6,5 milliards d'euros d'autorisations budgétaires nouvelles. La création d'un fonds de solidarité pour les entrepreneurs, commerçants et artisans interviendra par ordonnance dès le 25 mars 2020¹⁰, dont les

² *JORF* du 17 octobre 2008.

³ Loi n° 2009-122 du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009, loi n° 2009-431 du 20 avril 2009 de finances rectificative pour 2009, loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009.

⁴ Assemblée nationale doc. n° 2758, 15^e législature.

⁵ Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020, *JORF* du 24 mars 2020.

⁶ Assemblée nationale doc. n° 2820, 15^e législature.

⁷ Loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020, *JORF* du 26 avril 2020.

⁸ Assemblée nationale doc. n° 3074, 15^e législature.

⁹ Loi n° 2020-935 du 30 juillet 2020 de finances rectificative pour 2020, *JORF* du 31 juillet 2020.

¹⁰ Ordonnance n° 2020-317 portant création d'un fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de COVID-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, *JORF* du 26 mars 2020.

conditions seront précisées immédiatement par décret en date du 30 mars 2020¹¹. La loi adoptée à l'unanimité entérine parallèlement les premières baisses de recettes (10,8 milliards d'euros) partiellement compensées par des amendes exceptionnelles (3,5 milliards d'euros)¹². Dans son article 6, le législateur vient préciser que la garantie de l'État peut être accordée aux prêts consentis par les établissements de crédits aux sociétés non financières immatriculées en France à compter du 16 mars et jusqu'au 31 décembre 2020 inclus, dans la limite assez prodigieuse d'un encours total de 300 milliards d'euros.

Le deuxième texte vient pour sa part mesurer à un niveau beaucoup plus justement chiffré les conséquences de la crise sanitaire en ajustant à la hausse les niveaux de l'aide nécessitée par les circonstances (le plan d'urgence se voit abonder d'autorisations budgétaires supplémentaires de 37,2 milliards d'euros, quand les recettes de l'État sont parallèlement amputées de 40,34 milliards d'euros). Les dispositifs antérieurs de recours au chômage partiel et au fonds de solidarité se veulent amplifiés¹³ ; un troisième programme « renforcement exceptionnel des participations financières de l'État dans le cadre de la crise sanitaire » doté de 20 milliards d'euros est créé au sein de la nouvelle mission.

Le troisième texte, de plus en plus élaboré, anticipe sur le plan de relance de l'économie en préparation dans le cadre du projet de loi de finances pour 2021 en intégrant en particulier plusieurs plans de soutien à différents secteurs économiques en difficulté comme l'automobile et l'aéronautique ; un certain nombre de mesures financières à destination des collectivités territoriales y figurent tout autant¹⁴. La mission « plan d'urgence à la crise sanitaire » est dotée de nouvelles dotations à hauteur de pratiquement 9 milliards d'euros dont 3,9 milliards au titre d'un nouveau programme intitulé « compensation à la sécurité sociale des allègements de prélèvements pour les entreprises les plus touchées par la crise sanitaire ». Parallèlement, sont entérinées de nouvelles baisses de recettes pour l'État d'un montant de 22,83 milliards d'euros dont plus de 8 milliards d'euros au titre de la TVA après des premières projections déjà dépréciées à hauteur de 3 milliards et de 12 milliards dans les deux premières lois de finances rectificatives pour cette seule imposition.

¹¹ Décret n° 2020-371 relatif au fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de COVID-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, *JORF* du 31 mars 2020.

¹² Le lecteur se référera avec profit ici au dossier spécial « La crise sanitaire et les finances publiques » de la Revue *Gestion & Finances publiques*, n° 3 de mai/juin 2020 : « Repères d'actualité des finances et de la gestion publiques – Spécial COVID-19 en mars 2020 », pp. 134-135.

¹³ Dossier spécial « La crise sanitaire et les finances publiques », Revue *Gestion & Finances publiques* n° 3, *op.cit.* : « Repères d'actualité des finances et de la gestion publiques – Spécial COVID-19 en avril 2020 », pp. 142-143.

¹⁴ Dossier spécial « La crise sanitaire et les finances publiques », Revue *Gestion & Finances publiques* n° 4, juillet/août 2020 : « Repères d'actualité des finances et de la gestion publiques – Spécial COVID-19 en juin 2020 », p. 138.

Le législateur en termes de finances sociales, s'il n'a pas eu recours dans la période à une loi de financement de la sécurité sociale rectificative, n'en est pas moins intervenu, anticipant en cela la dégradation très importante des comptes sociaux et plus spécifiquement la nécessité de devoir permettre la reprise de la dette sociale par la CADES ; entre en ligne de compte aussi la création d'une cinquième branche à la sécurité sociale constituée par la prise en charge de la perte d'autonomie : deux textes, dont une loi organique, en date du 7 août 2020, sont ainsi intervenus¹⁵, de nature à faciliter la mise en œuvre du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2021 présenté par le gouvernement le 29 septembre 2020 et dont l'objet principal sera de mettre en œuvre les engagements du « Ségur de la santé » négocié durant l'été au regard des enseignements à retirer précisément de la crise sanitaire.

À noter enfin que les autorités gouvernementales n'ont pas hésité à faire évoluer le cadre réglementaire applicable par les comptables publics, que cela concerne logiquement les facilités susceptibles d'être accordées aux redevables pour le paiement de leurs impôts¹⁶ ou que cela se veuille en lien direct avec leur propre exercice professionnel dans l'appréciation de la mise en œuvre de leur responsabilité personnelle et pécuniaire en cas de force majeure que constitue l'épidémie de COVID-19 : par voie d'ordonnance et en urgence par conséquent ici dans ce dernier cas¹⁷.

II. Un droit des finances publiques directement conditionné et conforté par le degré de réactivité des instances européennes

La capacité de la France à pouvoir agir comme elle l'a fait a tout simplement aussi été directement conditionnée par la réactivité parallèle des instances européennes à faire face à l'urgence de la situation en les déliant provisoirement de leurs obligations souscrites dans le cadre du Pacte de stabilité et de croissance (PSC), ce qu'elles ont su faire très tôt, dès le 23 mars 2020 :

« Dans le contexte sanitaire lié à l'épidémie de COVID-19 et sur proposition de la Commission, le Conseil de l'Union européenne a annoncé le 23 mars 2020 le déclenchement de la "clause dérogatoire générale". Introduite en 2011 dans le cadre de la réforme du Pacte de stabilité et de croissance, cette clause peut être activée dans le cas "d'une circonstance inhabituelle indépendante de la volonté de l'État membre concerné ayant des effets sensibles sur la situation financière des administrations publiques ou en période de grave récession économique affectant la zone euro ou l'ensemble de l'Union" (article 5 du règlement n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997). Cette clause ne suspend pas les procédures du Pacte

¹⁵ Loi organique n° 2020-991 relative à la dette sociale et à l'autonomie et loi n° 2020-992 relative à la dette sociale et à l'autonomie, *JORF* du 8 août 2020.

¹⁶ Cf., par exemple, décret n° 2020-987 du 6 août 2020 relatif à l'octroi par les comptables de la direction générale des finances publiques de plan de règlement aux redevables professionnels confrontés à la crise économique engendrée par l'épidémie de COVID-19, *JORF* du 7 août 2020.

¹⁷ Ordonnance n° 2020-326 du 25 mars 2020 relative à la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics, *JORF* du 26 mars 2020.

de stabilité et de croissance. Néanmoins, elle permet aux États membres et à l'Union européenne de prendre et de coordonner des mesures budgétaires nécessaires pour faire face à la "circonstance inhabituelle" en s'écartant des exigences budgétaires normalement applicables. Dans le cas du volet préventif du Pacte de stabilité et de croissance, les États sont ainsi "autorisés, à s'écarter temporairement de la trajectoire d'ajustement en vue de la réalisation de l'objectif budgétaire à moyen terme [...] à condition de ne pas mettre en péril la viabilité budgétaire à moyen terme" (article 6 du règlement n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997). Par ailleurs, dans le cadre du volet correctif du Pacte (articles 3 et 5 du règlement (CE) n° 1467/97 du 7 juillet 1997), la clause permet notamment au Conseil de l'Union européenne de réviser une recommandation adressée à un État membre et de "prolonger, en principe d'un an, le délai prévu pour la correction du déficit excessif"¹⁸. »

La France, comme tous les États membres de l'UE, se doit, dans le cadre de l'application du Traité de Maastricht, de ne pas dépasser le seuil de 3 % de son PIB en termes de déficits publics ni celui de 60 % de son PIB en termes de dettes publiques. Après examen du troisième PLF rectificative pour 2020, le Haut Conseil des Finances publiques, compte tenu des mesures adoptées et de la dégradation économique engendrée par l'épidémie de COVID-19, « note que la prévision de déficit du Gouvernement s'établit à 11,4 points du PIB, un niveau jamais atteint depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale » et « constate que la prévision du ratio de la dette publique au PIB est révisée... de 22 points par rapport à la loi de finances initiale. Ce ratio dépasserait ainsi 120 points du PIB à la fin de l'année 2020 »¹⁹. Il convient de souligner ici dès lors le degré de dépendance de l'État français vis-à-vis des logiques européennes qui n'aura jamais été aussi fort. La crise sanitaire de 2020, comme le fit en son temps la crise financière des années 2008-2012, va nécessairement marquer un pas supplémentaire dans un schéma d'intégration de type fédéral propre aux finances publiques appréhendées à l'échelle de l'instauration d'une monnaie commune en Europe et nul doute que nous n'en n'avons pas vraiment tout à fait fini avec une politique d'austérité budgétaire imposée jusqu'alors par Bruxelles.

Les logiques de politique monétaire propres à la Banque centrale européenne (BCE) se veulent précisément tout autant décisives à ce stade et il est bien évident que les décisions qui ont, là encore, été arrêtées très rapidement et à des niveaux financiers jamais atteints par rapport à l'urgence de la situation, ont autorisé d'autant plus les États à agir facilement et efficacement. Si l'annonce initiale par la BCE d'une intervention à hauteur de 120 milliards d'euros le 12 mars 2020 est apparue comme bien trop en deçà des attentes suscitées en la matière face à la crise sanitaire, l'évocation, quelques jours plus tard, le 18 mars 2020, du lancement d'un nouveau programme d'achats d'urgence

¹⁸ Avis du Haut Conseil des Finances publiques n° 2020-2, en date du 14 avril 2020, relatif aux prévisions macroéconomiques associées au programme de stabilité pour l'année 2020 et au deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2020, p. 12 § n° 48.

¹⁹ Avis du Haut Conseil des Finances publiques n° 2020-4, en date du 8 juin 2020, relatif au troisième projet de loi de finances rectificative pour 2020, p. 15 § n° 56 et § n° 59.

de titres des secteurs public et privé pour une enveloppe de 750 milliards d'euros (« *pandemic emergency purchase program* », PEPP) a été de nature à amplement rassurer les marchés financiers : cela fut d'autant plus que le 4 juin 2020, la BCE décidait d'augmentait de 600 milliards d'euros la taille de son programme. Elle poursuit par ailleurs sa politique monétaire reposant sur une baisse de ses taux initiée depuis 2008 et en particulier celui du taux de refinancement qui incite les banques à accroître leur activité de prêt tant à destination des entreprises que des particuliers de la zone euro. La BCE a ainsi pu annoncer par exemple le 30 avril 2020 que le taux d'intérêt de ces opérations de refinancement à long terme ciblées (« *targeted longer-term refinancing operations* », TLTRO III) passerait à -1 % pendant la période allant du 1^{er} juin 2020 au 1^{er} juin 2021, taux négatif par conséquent particulièrement incitatif.

Ces annonces de politique monétaire de la BCE sont aussi à rapprocher des accords, certes âprement négociés entre États membres mais bien présents au final, quant à l'adoption d'un plan de relance à l'échelle de l'UE : le 9 avril 2020, intervenait un premier accord entre ministres des finances européens réunis dans le cadre de l'Eurogroupe pour mobiliser jusqu'à 540 milliards d'euros (mesures de chômage partiel soutenues par la Commission européenne à hauteur de 100 milliards, prêts aux entreprises accordés par la Banque européenne d'investissement jusqu'à 200 milliards, et lignes de crédits ouvertes aux États en difficulté financière par le Mécanisme européen de stabilité pouvant mobiliser 240 milliards) ; le 21 juillet 2020, le Conseil des chefs d'États et de Gouvernement de l'UE s'entendait sur un effort de relance de 750 milliards d'euros destinés à aider les États à faire face à la crise provoquée par l'épidémie de COVID-19, en même temps qu'il arrêtaient les contours des budgets de l'UE sur la période 2021-2027 pour une enveloppe globale de 1 074 milliards d'euros. Ces négociations auront été l'occasion d'enregistrer certaines évolutions importantes sur le fond, comme la perspective pour la Commission de pouvoir emprunter sur les marchés jusqu'à hauteur des 750 milliards du plan de relance. Les capitaux ainsi levés devront être remboursés au plus tard en 2058.

Ce lundi 27 septembre 2020 a été présenté et arrêté en Conseil des ministres le projet de loi de finances pour 2021. Il s'inscrit dans le prolongement direct du processus précédemment décrit et parfaitement bien huilé pour répondre aux impératifs de l'urgence : le PLF pour 2021 reprend, ajuste ou amplifie les mesures définies dans le cadre des trois lois de finances rectificatives intervenues pour répondre à l'urgence sanitaire ; le PLF pour 2021 va par ailleurs mettre en œuvre le plan de relance de l'économie du pays dans la plus pure tradition interventionniste des finances publiques. La différence s'opère peut-être cette fois dans la « marque » définitivement européenne d'un tel plan de relance et d'un tel PLF dès lors. L'annonce gouvernementale de ce plan à hauteur de 100 milliards d'euros n'est rendue possible, en premier lieu, que par le versement échelonné dans le temps d'un financement de 40 milliards pour la France décidé à l'été 2020 par l'Union européenne dans le cadre de son propre plan de relance ; ce

financement n'est surtout et en second lieu rendu possible qu'au regard des possibilités qu'a la France de recourir à l'emprunt pour le financer dans des conditions jamais obtenues²⁰ : d'abord, parce que de telles possibilités ont été autorisées par les instances européennes mettant entre parenthèses l'orthodoxie budgétaire du Pacte de stabilité et de croissance ; ensuite, parce que de telles possibilités sont conditionnées par la politique monétaire conduite par la Banque centrale européenne favorisant des taux d'intérêt excessivement bas pour ne pas dire négatifs. C'est au regard de prises de décisions politiques intervenues au niveau européen en temps et en heure par rapport à l'urgence sanitaire que la France a été juridiquement en capacité d'adopter les dispositifs qui s'imposaient en la matière. Cette concordance des temps entre niveau national et niveau européen n'était initialement pas forcément gagnée d'avance.

²⁰ Cf. l'avis du Haut Conseil des Finances publiques n° 2020-5, en date du 21 septembre 2020, relatif aux projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2021, p. 21, § n° 80.

Fiscalité et droit de l'urgence

Ludovic AYRAULT

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 – IRJS/Sorbonne Fiscalité & Finances Publiques

Le droit fiscal n'est pas un droit de l'urgence. Rien ne justifierait d'ailleurs qu'il en soit autrement. L'explication tient à son objet qui est de répartir la charge fiscale entre les contribuables. L'urgence peut certes commander des charges supplémentaires pour permettre aux pouvoirs publics de réagir. Il ne s'agit cependant pas là d'une question qui intéresse le droit fiscal mais bien celui de la comptabilité publique et, en amont, le droit budgétaire. Si ces derniers ne constituent également pas, à proprement parler, des droits de l'urgence, certaines dispositions financières existent afin de permettre d'agir avec célérité face à des charges non prévues¹.

La même opinion peut être soutenue sur le plan contentieux. Comme le droit fiscal est avant tout un droit administratif spécial – la décision d'imposition étant un acte administratif – il est certes possible d'exercer les voies de droit impliquant une urgence, comme le référé-suspension². Il n'y a là toutefois aucune particularité en la matière, le droit fiscal n'étant en rien – faut-il le rappeler – un droit autonome. De manière logique, même si l'ensemble du champ fiscal n'a pas été couvert, le droit fiscal n'a donc pas échappé à l'application du régime de la période juridiquement protégée organisé par les ordonnances du 25 mars 2020³, complétées par celle du 13 mai 2020⁴. Sans reprendre tout le contenu d'une contribution récente publiée sur le sujet dans la revue *Procédures*⁵, et au contenu de laquelle je me permets de renvoyer, une ligne de partage se dessine en effet entre, d'une part, les obligations déclaratives et de paiement et, d'autre part, le reste du champ fiscal.

Des règles dérogatoires ont certes été prévues en matière administrative par l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306. Elles n'ont cependant pas concerné les « *déclarations servant à l'imposition et à l'assiette, à la liquidation et au recouvrement des impôts, droits et taxes* »⁶. Quant au paiement, si l'article 11 de la même ordonnance a suspendu les délais pour les créances dont le recouvrement incombe aux comptes publics, son seul effet est de prolonger le délai de contestation et de prescription de l'action en recouvrement sans couvrir le paiement de l'imposition.

¹ Ainsi en est-il des décrets d'avance (LOLF, art. 13). On signalera également la « *dotation pour dépenses accidentelles, destinée à faire à des calamités, et pour dépenses imprévisibles* » (LOLF, art. 7, I-1°).

² CJA, art. L. 521-1.

³ Ord. n° 2020-303 à 306 du 25 mars 2020.

⁴ Ord. n° 2020-560 du 13 mai 2020.

⁵ L. AYRAULT, « L'incidence de la crise sanitaire sur les procédures fiscales » : *Procédures* 2020, n° 5, comm. 101. – V. aussi V. CAMATTA, P.-M. ROCH et R. VALLERIE, « Coronavirus : l'aménagement des délais de la procédure fiscale », *Dr. fisc.* 2020, n° 15-16, 221. – « Ordonnances "délais" : de nombreux impacts en matière fiscale », *FR* 18/20, n° 1.

⁶ Ord. n° 2020-306 du 25 mars 2020, art. 10, II.

Trois raisons principales expliquent ce traitement particulier.

La première est d'ordre technologique avec le développement de la dématérialisation du processus d'imposition. Fallait-il en effet interrompre le processus déclaratif de l'impôt sur le revenu alors que l'immense majorité des déclarations se font aujourd'hui en ligne⁷ ? La même question se pose en matière de taxe sur la valeur ajoutée, marquée par un régime déclaratif normal mensuel⁸, qui assure environ la moitié des recettes fiscales du pays alors que l'obligation déclarative doit nécessairement être accomplie depuis le 1^{er} octobre 2014 par voie électronique⁹ ? Une réponse négative s'impose à l'évidence. Elle s'est imposée.

La deuxième tient à la possibilité – et au choix puisqu'il a été opéré – de procéder, d'une manière sécurisée pour les personnes astreintes à une obligation déclarative, au report de certaines échéances déclaratives. Plutôt que de couvrir de manière aveugle l'ensemble des impositions et l'ensemble des contribuables, le gouvernement a préféré cibler ses mesures, ce qui a été le cas en matière d'impôt sur le revenu¹⁰. De tels délais, hors cadre des ordonnances, sont opposables à l'administration devant le juge par application du troisième alinéa de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales¹¹.

La troisième tient à la différence entre les opérations budgétaires et les opérations de trésorerie. Définies à l'article 25 de la Loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001, ces dernières comprennent notamment « *le mouvement des disponibilités de l'État* » mais aussi « *l'émission, la conversion, la gestion et le remboursement des emprunts et autres dettes de l'État* ». Or, la gestion de la trésorerie comme celle de la dette française, confiée à l'Agence France Trésor (AFT), est aujourd'hui active. Par surcroît, la Banque de France n'ayant normalement pas la possibilité d'accorder des découverts aux organismes publics, conformément à l'article 123 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il appartient à l'AFT de veiller à ce que le solde du compte unique du Trésor demeure chaque jour créditeur. Si, par la centralisation qu'il emporte, l'existence d'un compte unique du Trésor y participe, en ce qu'il permet de bénéficier des encours déposés par tous les correspondants du Trésor, c'est-à-dire les organismes tenus de déposer leurs fonds auprès de l'État, un arrêt brutal des opérations de recouvrement des impositions, notamment de la TVA, aurait sans doute impacté la gestion courante.

⁷ Selon les données du rapport statistique de la DGFIP, le nombre de déclarants des revenus en ligne s'est élevé en 2019 à 25,4 millions (contre 23,1 en 2018) et celui des déclarations de revenus en ligne à 30,4 millions en 2019 (contre 28,1 en 2018).

⁸ CGI, art. 287, 2.

⁹ CGI, art. 1649 *quater* B *quater*.

¹⁰ DGFIP, communiqué de presse, 31 mars 2020, n° 1002 et du 20 avril n° 1016.

¹¹ CE, 27 avr. 1977, n° 99.632 : *Dr. fisc.* 1977, n° 27, comm. 1054 ; *RJF* 6/1977, n° 351. CE, 19 juin 2002, n° 194.476 et 207.414, *SA Media Shopping* : *Dr. fisc.* 2002, n° 43, comm. 836, concl. G. GOULARD ; *RJF* 10/2002, n° 1071.

Le constat qu'il est ainsi possible d'opérer à ce stade est celui d'une influence limitée de la crise sanitaire de la COVID-19 en matière fiscale, bien moindre que celle qui aurait résulté d'un cataclysme affectant les réseaux de communication. Les règles du droit fiscal n'ont pas évolué dans un sens qui pourrait conduire à le considérer comme un droit de l'urgence. Le régime des différents prélèvements fiscaux n'a également pas connu d'évolutions remarquables, du moins à ce jour. Car la dégradation d'une situation peut y conduire. Une crise majeure qui affecterait gravement la situation financière du pays peut en effet, par le besoin de financement de l'action publique, imposer une modification sensible de la répartition de la contribution publique entre les différents contribuables.

L'histoire fiscale française est jalonnée de crises à l'origine d'une réforme fiscale, à entendre dans le sens d'une évolution remarquable et non d'une simple modification d'un régime d'imposition. À s'en tenir à la période depuis la Révolution, une première illustration tient évidemment au décret de l'Assemblée nationale constituante du 17 juin 1789 qui, sur la proposition des députés Target et Chapelier, est à l'origine de la fin du système fiscal de l'Ancien Régime, même s'il fallut dix-huit mois pour le rendre effectif¹². Comment également ne pas établir de liens entre les suites de la défaite contre la Prusse avec l'obligation de s'acquitter de la dette de guerre et les modifications de la législation fiscale dans les années qui ont suivi. En un temps marqué par une volonté, réitérée à l'époque et durant plusieurs décennies encore, d'instaurer – sur une base réelle – un impôt sur le revenu, on doit à la loi du 29 juin 1872 d'avoir imposé les divers revenus mobiliers (intérêts, dividendes...) à hauteur de 3 % de leur montant¹³. La veille un autre texte avait été adopté pour fonder une imposition de 2 % sur le revenu des créances hypothécaires. Ces textes ont ouvert une brèche vers la création de l'impôt sur le revenu avec la loi du 15 juillet 1914 qui sera complétée par celle du 31 juillet 1917, soit une période qu'il n'est pas besoin de situer historiquement. C'est d'ailleurs durant la même période que des taxes sur le chiffre d'affaires se développent en Europe. Les taxes sur les paiements civils, commerciaux mais aussi les biens et services dits de luxe voient ainsi le jour avec la loi du 31 décembre 1917. Elles seront presque toutes transformées en une taxe sur le chiffre d'affaire par la loi du 25 juin 1920¹⁴. Même si les changements sont moins importants par rapport à ceux de 1914-1920, le rapprochement est encore possible entre les textes de la fin de l'année 1948 et la Seconde Guerre mondiale, et ce pour rétablir les comptes publics en un temps marqué par la nécessité de donner des gages au gouvernement américain sur fond d'application du plan Marshall. On doit ainsi au décret du 25 septembre 1948 la modification du régime de la taxe à la production avec la fin du régime suspensif et la mise en place d'un paiement fractionné avec un droit à déduction qui préfigure le régime de la taxe sur la valeur ajoutée. S'y ajoute le décret du

¹² *Archives parlementaires de 1787 à 1860, 1^{re} série (1787 à 1799)*, tome VIII, p. 128.

¹³ E. ALLIX, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, Paris, éd. Arthur Rousseau, 1912, 3^e éd., p. 522 et s. ; J. LAFERRIÈRE et M. WALINE, *Traité élémentaire de science et législation financières*, Paris, LGDJ, 1952, p. 454 et s.

¹⁴ J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, Paris, Lexisnexis, 4^e éd., n° 1181.

9 décembre 1948 avec la création, suite à la scission de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les sociétés mais aussi la publication du Code général des impôts, effective en 1950¹⁵.

Sans soutenir l'idée qu'une réforme fiscale naît nécessairement d'une crise majeure, comme en témoigne la création de l'impôt sur les grandes fortunes à la fin de l'année 1981 après l'élection de François Mitterrand à la présidence de la République, le constat peut malgré tout être fait que ni la crise économique de 1929, ni les chocs pétroliers de 1973 et 1979, ni la crise des *subprimes* de 2007 n'ont emporté, du moins en France, de changements remarquables dans notre système fiscal. La transformation de l'ancienne patente en taxe professionnelle par la loi du 29 juillet 1975 tenait à l'archaïsme de son régime et non à une situation de crise.

Anticiper aujourd'hui les conséquences de la crise sanitaire de la COVID-19 est évidemment difficile, ne serait-ce qu'au motif que cette crise perdure. Par surcroît, le choix politique qui a été fait est de privilégier le recours à l'emprunt pour compenser le surcroît de charges publiques et la diminution très importante des recettes fiscales. Le projet de la troisième loi de finances rectificative pour 2020 fait ainsi mention d'une diminution des recettes fiscales de près de 66 milliards d'euros par rapport aux prévisions de la loi de finances initiale. Partant, soutenu en cela par l'Union européenne, le discours politique aujourd'hui porté est celui d'un maintien, voire, pour relancer l'économie, d'une diminution de la pression fiscale. Il n'est toutefois permis que par un recours sans précédent au crédit public. Profitant d'une fenêtre d'opportunité offerte par le caractère mondial de la crise et des taux d'intérêt particulièrement favorables, la voie du long terme, voire du très long terme, permet d'éviter un financement des mesures de soutien à court terme au moyen de l'imposition. La fiscalité est en effet perçue comme un frein et non, par l'utilisation des crédits qu'elle permet pourtant, comme un moteur de la relance. C'est là cependant un pari, voire un double pari : celui, comme la grippe espagnole, d'une crise sanitaire limitée dans le temps et celui du maintien des taux d'intérêt à un niveau faible. Si l'un des deux venait à être perdu, il n'y aurait alors d'autres solutions que celles d'une diminution des charges publiques et, sans aucun doute, d'une augmentation sensible des prélèvements fiscaux qui, en fonction du degré de la crise, pourrait même conduire à une nouvelle répartition de la contribution fiscale.

¹⁵ F. TRISTRAM, *Une fiscalité pour la croissance. La direction générale des impôts et la politique fiscale en France de 1948 à la fin des années 1960*, Paris, éd. Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2005, p. 79 et s.

Les sanctions civiles dans l'urgence, un droit d'exception ?

Xavier LAGARDE

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Directeur du Département de Recherche « Sorbonne – Justice et Procès »*

L'état d'urgence sanitaire a conduit les juristes de droit privé à s'imprégner de la prose assez peu riante issue des dispositions de l'Ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 *relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période*. C'est l'ordonnance dont la doctrine administrative a indiqué qu'elle instaurait la « période juridiquement protégée ». Bricolée avec les moyens du bord, elle a été modifiée trois fois, par l'Ordonnance n° 2020-427 du 15 avril 2020, puis par l'Ordonnance n° 2020-595 du 20 mai 2020, puis encore par celle du 3 juin 2020 (n° 2020-666). Elle a eu pour principal objet les « *délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus* ».

Concernant les sanctions civiles, le texte de l'ordonnance dit essentiellement deux choses :

- Les sanctions doivent s'entendre de tout effet de droit susceptible de nuire aux intérêts de celui qui le subit : ce peut être une déchéance, une astreinte, une prescription, une inopposabilité, etc. L'article 2 de l'ordonnance donne ainsi l'inventaire suivant des sanctions légales : « *nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque* » ; l'article 4 vise de son côté les sanctions conventionnelles : « *Les astreintes, les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance* ».

- Si ces sanctions sont la conséquence de l'expiration d'un délai – pour faire un recours, pour exécuter une obligation contractuelle – parvenant à son terme pendant la période juridiquement protégée, elles sont réputées ne pas avoir cours. Elles ne tomberont qu'à l'issue d'un nouveau délai commençant à courir à la fin de la période juridiquement protégée. Ce nouveau délai est en principe le délai légalement prévu (par ex., un mois pour l'appel), dans la limite de deux mois, ou le délai conventionnel, avec quelques nuances.

Tels sont, à gros traits, les principaux apports de l'ordonnance du 25 mars 2020. La question qu'un théoricien du droit peut se poser est celle de savoir si cette ordonnance instaure un droit d'exception. Il est permis d'y répondre à l'ancienne, en développant la thèse, l'antithèse et la synthèse.

*

Thèse

La thèse est sans aucun doute l'opinion la plus simple à défendre. Les dispositions de l'ordonnance ont bloqué les effets juridiques s'attachant à l'expiration d'un délai pendant la période juridiquement protégée. Ce fut en quelque sorte une période juridiquement anesthésiée au cours de laquelle les sujets de droit n'ont plus eu à souffrir de sanctions. L'ordonnance a fonctionné comme un geste barrière à l'encontre des effets juridiques indésirables. La distanciation sociale et le confinement du droit sont allés de pair.

La dérogation a donc été majeure. À mieux y réfléchir, la dérogation constatée s'imprime peut-être moins dans la solution retenue, qu'elle ne réside dans la technique utilisée. Sur la forme et sur le fond.

Sur la forme, entendue comme forme d'expression du droit, l'exceptionnalité du dispositif se laisse aisément observer. Les ordonnances sont des « *mesures qui sont normalement du domaine de la loi* » et la loi se définit habituellement comme une norme générale votée par le Parlement. Le principe d'égalité devant la loi a en effet pour conséquence que, sauf exceptions, il ne revient pas au législateur d'édicter des normes individuelles. L'ordonnance du 25 mars 2020 n'a pas les apparences d'une norme individuelle, mais il faut bien admettre qu'elle ne présente pas les caractéristiques d'une norme générale. La généralité procède de l'abstraction de la règle et se traduit par une applicabilité à un nombre illimité de situations. Tel n'est pas le cas des normes posées par l'ordonnance qui concernent uniquement des situations juridiques bornées dans le temps et historiquement situées. La situation que vise une règle est dépourvue d'historicité. Au contraire, à travers la période juridiquement protégée, l'ordonnance délimite ou plutôt déclare une séquence historique. *L'ordonnance* n'est donc ni générale, ni même normative, elle est *une décision collective qui porte un acte déclaratif*.

Sur le fond, les catégories juridiques mobilisées sont atypiques. L'ordonnance se présente comme ayant pour objet les délais, qu'elle aménage compte tenu de l'état d'urgence sanitaire. L'interprète s'attend à retrouver dans le texte les leviers traditionnels qui permettent un tel aménagement : suspension et interruption. Or, ce n'est pas le cas. La circulaire d'interprétation indique justement que « *l'ordonnance ne prévoit ni une suspension générale ni une interruption générale des délais arrivés à terme pendant la période juridiquement protégée* ». Concrètement, le rejet de ces qualifications n'est pas neutre. L'absence de suspension et d'interruption a pour conséquence, par exemple, qu'une prescription biennale qui a expiré le 25 juin 2020, soit deux jours après la fin de la période juridiquement protégée, a définitivement produit son effet extinctif du droit d'agir à cette date.

Une manière pour le juriste confiné de retrouver ses chaussons est de considérer, c'est le titre d'ailleurs de l'ordonnance, que celle-ci entraîne prorogation des délais. Ce

n'est pas inexact, mais c'est insuffisant. La prorogation n'est pas une catégorie juridique définie comme le sont la suspension (art. 2230 C. civ.) et l'interruption (art. 2231 C. civ.). C'est une notion dont l'intérêt pratique, non négligeable certes, est de permettre un aménagement des délais normalement prévus. Sa densité théorique est plus incertaine. De surcroît, le mécanisme mis en place ne correspond pas tout à fait à l'idée que l'on se fait communément d'une prorogation. Celle-ci s'entend d'un temps supplémentaire accordé à celui qui est tenu par un délai. Or si l'ordonnance du 25 mars 2020 peut ainsi se comprendre, en ce qu'elle accorde invariablement un ou deux mois à l'issue de la période juridiquement protégée, l'ordonnance modificative du 15 avril 2020, au moins pour les délais conventionnels, retient un dispositif sensiblement différent. En effet, l'ordonnance du 15 avril abandonne le principe d'un prolongement uniforme des délais (un mois après la période juridiquement protégée) pour lui substituer, peu ou prou, un principe de maintien des délais initiaux, sauf à faire abstraction du temps ayant couru pendant la période juridiquement protégée. Par exemple, un délai de 40 jours parvenu à son terme pendant cette période, court, comme si rien ne s'était passé, au lendemain du jour où celle-ci s'est achevée, soit le 24 juin. En un mot, l'ordonnance modificative du 15 avril 2020 a moins pour objet de donner du temps aux individus que de leur assurer que la durée correspondant à la période juridiquement protégée constitue *un temps qui ne compte pas*, un temps au cours duquel, juridiquement, il ne se passe rien.

En fait, on comprend que l'ordonnance a moins pour objet les délais, mais les sanctions susceptibles d'avoir cours pendant une certaine période. Et l'ordonnance déclare que ces sanctions n'auront pas lieu, qu'ainsi, *les effets juridiques ne se produiront pas*. La période juridiquement protégée est donc une période au cours de laquelle les individus sont protégés du droit. Les personnes ne sont plus à proprement parler sujets de droit. Elles sont des individus, réduits à leur corporalité qu'il faut contraindre, soigner de la maladie ou l'en préserver. Le droit de l'urgence sanitaire est au moins en droit privé, *le droit de l'exception au droit*.

*

Antithèse

Cette analyse butte cependant sur trois objections sérieuses, dont l'exposé permet de dérouler l'antithèse.

Les normes de l'ordonnance manquent de généralité, ce n'est pas pour autant qu'elles sont dépourvues de caractère juridique. Les normes individuelles sont autant du droit que les normes générales. Au reste, une présentation possible de ces normes est d'indiquer qu'en droit, elles forment un triptyque en ce qu'elles sont le support, tantôt d'un jugement, tantôt d'une action (le contrat), enfin d'une administration, c'est-à-dire d'une décision qui s'impose à autrui au nom d'un intérêt détachable de son auteur. De ce point de vue, il y a une unité fonctionnelle entre le travail d'un administrateur civil dédié à la gestion d'un établissement public et celui d'un administrateur judiciaire qui

traite des difficultés d'une entreprise privée. Aussi bien, lorsqu'il est justement avancé que les ordonnances prises dans l'urgence marquent *le temps de la pleine administration*, il est aussi exactement objecté que cette dernière n'est jamais qu'un dispositif juridique parmi d'autres. On peut s'étonner de la place qu'elle prend soudainement, de la disproportion entre le remède et le mal, mais il s'agit plus alors d'une réflexion de citoyen que d'une opinion juridique. Doctrinalement, nous sommes assez démunis pour faire la critique de cette séquence.

L'ordonnance du 25 mars prend par ailleurs appui, au moins implicitement, sur des notions assez familières des privatistes. D'une certaine manière, *l'ordonnance décrète la force majeure*. Elle le fait par prétérition en tirant les conséquences d'une telle qualification. Les sanctions ne tombent pas parce qu'en quelque sorte, l'état d'urgence sanitaire est exclusif de responsabilité. Et il convenait de déclarer telle cette situation car devant un juge judiciaire, il n'est pas sûr que la qualification de force majeure eût été retenue. La pandémie est une accumulation de maladies et il a été jugé que ces dernières, intérieurement ressenties, ne présentent pas le caractère d'extériorité que requiert la qualification (v. par ex. Cass. civ. 2^e 4 novembre 1965, Bull. civ. II n^o 849 ; *contra* Cass. civ. 1^{re} 10 février 1998, Pourvoi n^o 96-13.316, P.). Au reste, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité étaient incertaines et c'est bien pourquoi les pouvoirs publics ont décidé de réduire l'incertitude en faisant eux-mêmes le tri entre le nécessaire et le superflu. On peut ajouter que l'ordonnance du 25 mars a également vivifié une catégorie juridique à l'existence paisible. L'ordonnance n'a pas suspendu le paiement des obligations contractuelles. Elle a simplement empêché la sanction de leur inexécution. Pendant la période juridiquement protégée, *les obligations civiles sont ainsi devenues naturelles*, un « *devoir de conscience envers autrui* », comme l'énonce l'article 1100 du Code civil. Il y a d'ailleurs un parallèle à faire avec la fameuse attestation par laquelle chacun s'autorisait une dérogation au principe du confinement. Comme pour les obligations civiles, les devoirs du citoyen sont devenus de simples exigences morales. Et si cela n'a pas si mal fonctionné, peut-être est-ce justement parce que les individus n'ont pas été désarçonnés par un dispositif d'articulation entre l'exigence et la contrainte, certes subtil, mais intégré de longue date.

Enfin, la technique normative utilisée par l'ordonnance du 25 mars 2020 est somme toute assez banale. Elle se saisit d'un nombre limité de situations pour les soumettre à un régime dérogatoire. C'est ce que fait le législateur lorsqu'il fait voter une loi de validation. En décrétant le 25 mars 2020 une période juridiquement protégée courant du 12 mars au 23 juin de la même année, à l'intérieur de laquelle les sanctions seraient suspendues, le gouvernement a d'une certaine manière pris une ordonnance de validation, pour le passé, le présent et l'avenir. L'originalité est dans l'usage plus que dans la technique qui n'est jamais que celle de *la dispense*, faveur individuelle ou collective accordée qui affecte l'application de la règle. Cette observation n'est pas neutre techniquement car elle implique que l'ordonnance n'échappera d'ailleurs pas à la même justiciabilité que les lois de validation. D'aucuns soutiendront sans doute que son

application butte sur l'article 6 de la Conv. EDH ou l'article premier du Protocole additionnel. D'un point de vue théorique, l'observation conduit à reconnaître que la surprise provoquée par l'adoption d'un droit de l'urgence sanitaire, spécifique à la pandémie liée à la COVID-19, tient finalement plus au contexte qu'aux textes eux-mêmes.

*

Synthèse

L'analyse du droit de l'urgence autorise ainsi deux lectures, l'une et l'autre admissibles, mais a priori peu compatibles entre elles. La thèse identifie une rupture, là où l'antithèse ne discerne qu'une séquence. Une synthèse possible est que cette séquence ne fait qu'exagérer une rupture de longue haleine. L'ordonnance du 25 mars, comme la plupart des textes liés à la pandémie, ne forme qu'un spasme qui accélère une transformation en cours. Cela n'est en fait pas surprenant. Lorsqu'il y a urgence, l'efficacité n'est pas négociable. Il est donc attendu que les pouvoirs publics s'appuient sur des dispositifs opératoires. Ce ne sont ni la loi, ni le juge. Ce sont l'Europe, la haute Administration et la société civile (ses personnels soignants qui s'organisent en s'affranchissant de la distance entre le public et le privé, son petit commerce, aussi, également les solidarités de proximité). Cette dissolution de la norme générale parlementaire et l'affaiblissement du judiciaire ne sont pas d'hier. Dans le temps long, il est sans doute plus exact de parler de réduction. Mais pour le privatiste, la séquence est proprement sidérante en ce qu'elle met en pleine lumière combien ses outils de travail semblent obsolètes. L'effet loupe doit être mesuré, mais pour l'heure, l'effet de réalité qu'il provoque fait un peu mal aux yeux.

La dissolution présente constitue en tout cas *une expérience grandeur nature de ce que serait une société sans droit*, ce dernier compris dans sa forme traditionnelle (la règle et le jugement, les deux formes premières du droit selon Carbonnier). Cette expérience nous permet de ressentir la portée politique et anthropologique de cette grande transformation.

L'effacement du droit emporte également *neutralisation de la politique*. Sur cette proposition, la période du confinement nous a révélé à quel point le constat empirique et l'analyse théorique convergent. Nous avons observé que pendant la période de réelle urgence sanitaire, le seul débat public qui ait eu lieu a porté sur l'usage de l'hydroxychloroquine. Ce débat n'était pas inintéressant, mais de là à imaginer un destin présidentiel au Professeur Raoult, qui mérite le respect, il n'est pas interdit de percevoir une forme de *capitis diminutio*. Majoritairement, les Français se sont ralliés à la solution sanitaire la plus raisonnable, comme ils se rallieront majoritairement aux plans d'austérité qui s'annoncent. Dans le même temps d'ailleurs, il a été tenu pour certain que la réforme des retraites n'aurait pas lieu, alors que pourtant, quelque jugement

qu'appelle son contenu, elle était la seule proposition politique du moment. De fait, la réforme porte un changement de modèle et pas simplement un ajustement du système actuel compte tenu des évolutions de la démographie. Quant aux élections qui ont eu lieu peu de temps après le déconfinement, elles se sont soldées par une désertion des bureaux de vote et un certain désintérêt pour leurs résultats.

Ce qui s'observe empiriquement se démontre théoriquement. Nous savons depuis Portalis que la Politique et le Droit ont besoin l'un de l'autre. La politique est le terrain privilégié de l'action là où le Droit est un lieu de permanence. Les deux se nourrissent l'un l'autre. Le droit a besoin de la politique pour être vivifié, la politique du droit pour être tempérée. Cette dynamique fonctionne au bénéfice de leur distinction. Si cette dernière se brouille, les deux termes se diluent. Or, l'effacement de la norme générale est précisément ce qui sape le principe de séparation du droit et de la politique. C'est la généralité de la norme qui donne au droit sa force de tempérance. Elle implique en effet la permanence. Si la règle change tout le temps, nous savons qu'elle s'applique si peu qu'il est possible d'identifier, voire de dénombrer tous ceux auxquels elle s'applique. « *Les changements naissent du changement* » et la généralité devient illusoire, elle perd son effectivité. Le droit et la politique s'éloignent à perte de vue et il n'y a donc plus que de l'administration.

Il y a *in fine* une concordance des temps entre les transformations de la régulation et les *mutations anthropologiques*. Les juristes doivent éviter de sortir de leur champ de compétence, mais il n'y a aucune raison qu'ils se censurent lorsque d'autres spécialistes des humanités s'emparent de leur matière. Durkheim comme L. Dumont ont toujours considéré que, comme fait social, la norme juridique est un puissant indicateur de l'« *esprit général* » (*Esprit des lois*, XIX, 4), pour reprendre la formule de Montesquieu. Ce que disposent les normes nous instruit sur ce que nous sommes. Le droit intériorise ainsi les conceptions que nous avons de nous-mêmes. Et il faut être juriste pour expliciter ces données anthropologiques. Là comme ailleurs, l'état d'urgence sanitaire fait apparaître une étrange correspondance entre l'observation des faits et les considérations théoriques.

Pour une maladie d'une gravité comparable à celle ayant entraîné des pandémies passées sous silence, nous avons accepté sans broncher une privation de liberté tout à fait considérable. Il y a eu des recours, mais nul n'a senti qu'ils portaient une espérance commune. Au reste peu de citoyens se sont sérieusement indignés du prolongement automatique des détentions provisoires pendant la période d'urgence sanitaire. L'absence de contrôle judiciaire n'a pas ému grand monde, pas même le Conseil d'État qui, sur la question, s'est fendu d'une décision de non-admission. Or, *a priori*, rien n'empêchait les magistrats de télétravailler sur la liberté des détenus. À cet égard, il n'est pas inutile d'indiquer qu'entre le 27 mars et le 12 mai 2020, les chambres civiles de la Cour de cassation ont rendu en tout et pour tout deux arrêts, ce qui a pu surprendre de la part d'une juridiction qui délibère le plus souvent sans audience de plaidoiries. Il y a

plus encore, c'est qu'en réalité et à l'exception des personnes mal logées, le confinement a somme toute été bien vécu. Le retour sur les lieux de travail s'est fait doucement et n'était l'inquiétude financière, le temps partagé du déconfinement relatif semble encore grandement convenir. Il devient ainsi possible de n'être contraint que par la nécessité et pour le reste, d'être là où l'on veut, de faire ce que bon semble, selon ses désirs et ses aspirations. Chacun semble avoir trouvé sa chambre dans une maison de santé à l'échelle du territoire. Ce temps ne durera pas éternellement, mais l'indolence du moment est la signature incisive d'une altération au long cours.

Au législateur de 1804, *Les Lumières* offrent essentiellement deux anthropologies :

- Celle de Montesquieu qui ne conçoit pas l'homme ailleurs qu'en société et attribue cet état social à sa sensibilité et son intelligence (I, 1 et 2) ;
- Celle de Rousseau qui saisit l'homme, avant toute entrée en société, comme un tout, un agrégat de facultés dont l'unité réside dans la commune perfectibilité.

Les rédacteurs font clairement le choix de Montesquieu. Les envolées lyriques de Portalis sont de fait assez proches du texte de *l'Esprit des lois* et Portalis retient cette division de l'humain entre son intelligence et sa sensibilité. Naturellement, le droit civil compte sur l'intelligence plus que sur la sensibilité. Mais le Code n'ignore pas la seconde, les surprises qu'elle réserve et avec lesquelles il faut compter. L'article 7 du Code civil entérine ainsi la distinction entre l'homme et le citoyen et compte comme Montesquieu sur l'« effet de la liberté » (XIX, 27) qu'elle implique. Elle conduit naturellement à la retenue car ce que veut le citoyen (plus de service public), l'individu peut le refuser (trop d'impôts). La passion du citoyen est ainsi tempérée par la raison de l'individu. Il reste que raison et passion cohabitent. Cette perception de l'homme d'après la Révolution doit correspondre à peu près à ce qu'il est en réalité. Le XIX^e est un siècle de passions politiques cependant qu'en 1904, nos prédécesseurs rédigent tranquillement le livre du centenaire du Code civil. Ce qui ne s'observe plus et certainement pas en période de confinement. La peur l'emporte sur la raison, les passions sont atones. On entend Montesquieu : « *L'État serait comme un homme abattu par la maladie, qui n'a point de passions parce qu'il n'a point de forces* ».

En tout cas, la séquence que nous venons de traverser nous a fait vivement ressentir que *l'homo juridicus*, pour reprendre l'expression d'Alain Supiot, a désormais bien changé. Le confinement nous a permis d'approcher ce que serait l'état de nature selon Rousseau, c'est-à-dire un état dans lequel l'homme vivrait en-dehors de toute société. Ce qu'il y a de tout à fait étonnant est que le programme politique construit sur cette hypothèse semble être devenu une réalité sociologique. L'homme intègre de Rousseau est dans le même temps un sociétaire exigeant, mais un citoyen docile. Il est exigeant car l'entrée en société l'oblige en permanence à transiger avec lui-même. Comme l'écrit si justement P. Manent (*Histoire intellectuelle du libéralisme*, p. 162), « *l'idée de la nature opprimée par un ordre social injuste donne une éminente dignité à tout mécontentement* ». Il est aussi docile en ce sens que l'ordre social ne lui est supportable qu'à la condition de « *l'aimer de ce sentiment exquis que tout homme isolé n'a que pour soi-même* » (Rousseau,

Sur l'économie politique, Pléiade, tome IV, p. 259). C'est pour ainsi dire ce que nous avons vécu. Les mécontentements tombent d'eux-mêmes, dissous par la compassion collective. Les personnels soignants se sont justement plaints de leur situation. Ils ont été applaudis, chaque soir à 20 heures, accompagnés de la larme à l'œil de quelques personnalités. Quant au Ségur de la santé, il fait la une d'une presse que plus grand monde ne lit. Ainsi l'état d'urgence sanitaire a-t-il mis un coup de projecteur sur la cruelle efficacité d'une mécanique des émotions.

L'important dans cette affaire, c'est moins la maladie que notre commune réaction. La période juridiquement protégée n'a jamais été qu'une cellule de dégrisement.

Droit de l'urgence, justice et émotions – Quelques éléments conclusifs

Emmanuel JEULAND

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Directeur de l'IRJS

La question de l'articulation entre la justice, les relations et les émotions a été soulevée à plusieurs reprises durant ces séances sur le droit de l'urgence. Nous avons aussi beaucoup parlé d'inversion des valeurs au cours de la crise de la COVID-19, d'un matérialisme qui place en premier les corps et l'économie en suspendant les libertés, les dignités et les équilibres contractuels. Nous voudrions discuter ces points en nous appuyant sur un auteur d'origine polonaise de la fin du XIX^e siècle, Petrazycki. Il s'agit d'un théoricien du droit russo-polonais, né en 1867, oublié aujourd'hui en France mais qui peut nous aider à penser le droit de l'urgence par temps de COVID-19. Ce qui est réel pour lui dans le droit ce sont les émotions ressenties lors de l'acquisition d'un droit, plutôt de la joie, ou lors de l'imposition d'une obligation qui est une émotion plus négative. Il écrit de longs développements sur la relation juridique comme le lieu de la réciprocité entre deux personnes qui ressentent des émotions liées à des impératifs ou à des attributions réciproques ; un droit chez l'un est un devoir chez l'autre¹. Il invente ainsi l'analyse psychologique du droit et est aussi connu pour être un précurseur de la sociologie du droit. Il a été le maître à Saint-Pétersbourg de Gurvitch qui s'est installé en France après la révolution bolchevique. Sa conception de la psychologie est aujourd'hui datée et un mouvement appelé Droit et Émotion (*Law and Emotion*) s'est développé récemment aux États-Unis qui a renouvelé ses vues². Il ne cite jamais la psychanalyse à ma connaissance (il n'est traduit que partiellement en anglais). Il n'empêche qu'il nous aide à donner de la chair à la notion de relation juridique. L'on sait aujourd'hui qu'il convient d'associer émotions et symbolisation : l'émotion est symbolisée par l'enfant au cours de la première symbolisation par des jeux, des objets et des gestes (par exemple la bobine chez le petit-fils de Freud qu'il fait disparaître et réapparaître : il symbolise ainsi l'absence de la mère en jouant à « là, pas là ») ; au cours de la seconde symbolisation ce sont les mots qui permettent de traduire ses émotions et de les mémoriser. La relation juridique peut donc être vue comme un espace symbolique entre deux personnes générant des droits et des obligations. Il n'est pas symbolique dans le sens péjoratif de quasi inexistant comme c'est le cas avec l'euro symbolique mais comme au contraire

¹ L. PETRAZYCKI (1867-1931), *Law and Morality*, trad. 1955 (extraits de deux ouvrages de 1906 et 1907), Cambridge, Harvard University Press, reprint Transaction publisher, 2010 ; M. ANTONOV, E. EHRlich and L. PETRAZYCKI : "Are Emotions a Viable Criterion to Distinguish Between Law and Morality?", in B. BROZEK, J. STANEK and J. STELMACH, *Russian Legal Realism*, Springer, 2018, p. 127.

² R. GROSSI, « Understanding Law and Emotion », *Emotion Review*, janvier 2015, 55-60.

existant sous forme de mémoire et de mise en images liée à des émotions. Cela ne veut pas dire d'ailleurs que la raison n'est pas présente : les deux circuits psychologiques de l'émotion et de la raison sont étroitement connectés.

Le rapport de droit apparaît alors comme un dispositif symbolique et psychologique de mise à distance des parties sous l'égide d'un juge ou d'une autre personne de référence (par exemple, un médiateur, un notaire ou un officier d'état civil) et d'un quatrième participant, tel qu'un témoin, un greffier, un expert, etc. Des neurones miroirs permettant de ressentir ce que l'autre ressent sont à l'œuvre pour permettre à une partie de se mettre à la place de l'autre (même si ce concept de neurones miroirs est contesté). La mise à juste distance est celle qui ne comporte pas de déséquilibre : ni violence, ni abus, ni domination. Chacun y tend à l'autonomie la plus grande même s'il s'agit d'une partie faible ou vulnérable. La liberté n'est pas individuelle ou accordée institutionnellement, elle est le résultat d'une construction symbolique réservant une marge de manœuvre à chacun. Chez Fichte, c'est l'être libre et rationnel qui crée le rapport de droit, il ne laisse ainsi guère de place aux personnes incapables³. Pour autant l'idée que la liberté a affaire avec le rapport de droit et non dans un premier temps avec les institutions peut être retenue de cette philosophie. À partir d'une relation reconnaissant cette liberté se créent des groupes de relations qui impliquent d'autres libertés. Ces ensembles comprennent la liberté de s'associer et de pratiquer le culte de son choix, ainsi que le respect de la propriété. On peut avoir ainsi une approche relationnelle ou relationniste de la propriété⁴, du contrat (contrat relationnel)⁵, de la justice ou de la famille⁶. La suspension des libertés n'est pas seulement une atteinte aux droits individuels mais une atteinte aux relations juridiques dans lesquelles ces libertés apparaissent : c'est le cas de la détention provisoire prolongée sans juge et pendant l'état d'urgence sanitaire, du procès sans publicité. On a vu, par ailleurs, pendant le temps du

³ J. G. FICHTE, *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, (1796-1797), A. RENAULT (trad. fr.), Paris, PUF, 1998, « Quadrige » ; l'auteur invente le concept de rapport de droit comme rencontre de deux êtres libres et raisonnables. Il invente donc aussi l'intersubjectivité et rend compte ainsi de la possibilité d'une Révolution française à partir de la liberté des sujets. Il s'oppose à l'historicisme qui implique une évolution spontanée et dépasse le criticisme de son maître Kant qui fonde le droit sur la morale. Fichte invente la science du droit en la distinguant strictement de l'éthique.

⁴ Y. EMERICH, « Regard civiliste sur le droit des biens de la *common law* : pour une conception transsystémique de la propriété », *Revue générale de droit*, vol. 38, n° 2 [en ligne], 2008. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://id.erudit.org/iderudit/1027040ar>>. Selon cet auteur comparant le *common law* et le *civil law*, on peut analyser la propriété comme un complexe de liens entre personnes, les différentes personnes concernées par le bien (même les locataires) et ceux qui en sont exclus (des voisins et le monde entier).

⁵ J.-G. BELLEY, « Contrat relationnel », in A. POPOVICI et L. SMITH (dir.), *McGill Companion to Law* [en ligne], juin 2012. [Consulté le 13 octobre 2020] Disponible sur internet : <<https://www.mcgill.ca/companion/list/contrat-relationnel>> ; les promoteurs de la théorie relationnelle du contrat, McNeil et Macaulay, ont défendu l'idée que les relations d'affaire devraient être reconnues en droit pour suppléer les défauts d'une théorie des contrats trop formaliste. Les auteurs de *civil law* considèrent en général que la théorie des contrats a su s'adapter au développement des contrats à long terme.

⁶ J. WALKBANK, S. CHOUDHRY et J. HERRING (éd.), *Rights, Gender and Family Law*, Abingdon, Routledge, 2010.

confinement, des couples sur le point de divorcer obligés de vivre dans le même appartement.

Le rôle du juge et de la justice consiste à remettre à juste distance symbolique, et donc émotionnelle, les parties. Les règles de procédure servent à canaliser les émotions mais aussi à les utiliser, notamment celles du juge pour parvenir à la meilleure solution ou à la moins mauvaise possible. Le juge en situation impartiale ressent objectivement des émotions, comme tout tiers désintéressé les ressentirait à sa place. Certes, il y a des risques de biais en raison notamment de l'histoire personnelle du juge qu'il doit mettre à distance. Xavier Lagarde a noté lors d'une séance précédente qu'il faudrait que les solutions viennent de la société civile et non de l'administration, c'est une question de tiers de référence (l'administration n'est pas un tiers dans les relations de service public) et de témoins. Ainsi devant la justice, les émotions négatives d'une société sont transformées en de nouvelles relations juridiques plus viables ; les contrats devenus litigieux sont résolus ou rééquilibrés ; les liens conjugaux se rompent et les liens de filiation s'organisent autrement, etc.

Or, que s'est-il passé pendant le confinement et encore après ? La continuité du service public de la justice a été assurée à l'instar du service public de l'enseignement supérieur. Il y a eu des plans de continuité de l'activité cependant un publiciste, Nicolas Chiffot, a noté qu'il s'est plutôt agi de sauver l'institution que de faire fonctionner la justice⁷, un peu comme une usine qu'on aurait mise au ralenti sans l'éteindre car cela serait très long de la rallumer. Quelques affaires urgentes ont été traitées, les référés parfois sans audience ou sous forme de visioconférence (mécanisme que le juge a pu imposer). Tous les autres délais ont été prorogés. Cela veut dire que la justice n'a plus été le réceptacle des émotions négatives individualisées et humanisées qu'elle doit être et qu'il n'y a plus eu que des émotions collectives traitées par l'action administrative en dehors des tribunaux. Bien sûr la Cour de cassation est intervenue *a posteriori* pour mettre fin à la prolongation sans juge de la détention provisoire ; bien sûr le conseil d'État est intervenu *a posteriori* pour rétablir la liberté du culte et la liberté de manifester. Cependant, pendant deux mois, l'action administrative n'a pas eu de limites et a géré des émotions collectives grâce à un exercice de communication permanent.

L'action administrative conduisant à la suspension des libertés et des institutions de justice s'est appuyée sur les émotions de la peur, ce qui a conduit à un sentiment de sidération pendant plusieurs semaines. Chacun avait peur de l'autre dans la rue. Quand vint le moment du confinement, des émotions de colère se sont exprimées apparemment sans lien avec la COVID-19 autour du meurtre de George Floyd aux États-Unis et d'une affaire de violence policière en France, toujours en cours, celle d'Adama Traoré, une affaire justement où un témoin clef a disparu et où les experts sont en désaccord. C'est

⁷ *Procédures*, mai 2020, études n° 14.

le 4^e participant au dispositif symbolique qui est problématique dans cette affaire. Il n'est pas impossible, les historiens le diront, que dans tous les pays les tensions politiques existantes aient conduit à un traitement différent de la COVID-19 et parfois à des délires collectifs, de déni ou, à l'inverse, de peurs incontrôlées. Ce qui est déjà apparent est que l'action administrative pure a fonctionné sur des masses : les individus ont cessé de compter, ils sont devenus des corps que l'on met en bière sans toilette, sans culte, pendant que l'on sauve des liens contractuels en matière de marché public, que l'on évite toute mise en cause de responsabilité, et que l'on facilite l'IVG médicamenteuse qui suppose de vivre l'interruption de manière solitaire et sans l'entourage d'une équipe médicale⁸.

Les nouvelles technologies ont eu la part belle pendant la période de confinement, alors que par définition elles ne sont pas symboliques. Il s'agit de techniques qui relient matériellement par des chiffrages et des ondes. On peut tenter de resymboliser à partir de ces techniques : c'est ce que nous essayons de faire avec cette série de séminaires, en ayant mis en place et en profitant d'un dispositif de Zoom avec un intervenant et un discutant, un *chat* en parallèle et des applaudissements visuels. La mise à distance s'est faite technique. Avec le déconfinement, un flottement a pu être observé impliquant des problèmes psychiatriques, des hôpitaux psychiatriques débordés, des personnes ayant peur de sortir qui restent enfermées, des *burn out* de ceux qui ont beaucoup donné pendant cette période expérimentant un épuisement émotionnel et une perte de sens soit sous forme d'une absence d'émotion soit sous forme d'une sensibilité accrue.

Le principe de publicité des débats judiciaires a été écorné pendant la crise de la COVID-19, avec des risques concernant l'impartialité des juges. L'action administrative pure passe par-dessus les relations qui peuvent être déséquilibrées, on l'a vu en droit du travail, en droit des marchés publics, avec les risques de résolutions bancaires au détriment des épargnants. L'outil de l'action administrative, l'ordonnance, devenue loi à la faveur d'une décision du Conseil constitutionnel⁹ (sinon bien absent de la crise), est une mesure prise rapidement sans débat et du coup sans tenir compte des relations. La société est devenue un pur réservoir d'émotions mêlant jalousie, peur et colère. Il ne fallait pas que certains en profitent ouvertement, d'où l'interdiction de la pratique sportive en mer ou en montagne qui ne créait pourtant aucun risque, d'où aussi les dénonciations. Or, il y a un risque de pérennisation de ce droit sans relation juridique équilibrée émotionnellement. L'état d'urgence sanitaire prend fin mais des mesures administratives entrent dans le droit commun comme après l'état d'urgence lié au terrorisme en 2015 : le pli de la visioconférence va être pris en matière de justice et risque de se développer sans se préoccuper de ses dégâts potentiels lorsqu'il n'y a pas de contact en présentiel. En effet, une relation de droit n'est pas une abstraction, elle implique les émotions et les corps. L'émotion est ce qui fait la liaison entre le corps et l'esprit.

⁸ V. *supra*, S. PRÉTOT, « La personne en période de pandémie : une nouvelle hiérarchie des valeurs ? ».

⁹ V. *supra*, A. TROIZIER, « Droit constitutionnel et états d'urgence ».

On pourrait dire que la crise donne en apparence raison à Carl Schmitt : l'État qui a remplacé Dieu dans la structure sociale est souverain en ce qu'il est maître de la période d'exception et donc de l'état d'urgence. Il s'impose à tous les individus qu'il protège et infantilise ; mais, au fond, ce dévoilement d'une réalité inhumaine de pouvoir absolu nous fait aussi ressentir le besoin d'une autre société où l'État lui-même est à distance, où les nouvelles technologies sont resymbolisées et donc contenues dans leurs effets déshumanisants, où le *new public management* cesse de nous imposer des tarifications à l'heure, des équivalents temps pleins comme c'est le cas dans la justice et l'hôpital.

La justice a certes été rendue par le Conseil d'État, qui par la singularité d'une affaire s'immisce dans les questions d'intérêt collectif. Cependant, cette cour a souvent légitimé et maintenu le centralisme de l'État dans toutes ses actions administratives (en annulant des arrêtés voulant imposer le masque, dans un premier temps, puis plus tard en annulant des arrêtés ne voulant plus l'imposer¹⁰). Tout le débat autour du parquet national financier et l'indépendance réelle du parquet n'est pas détachable de la crise de la COVID-19 qui a été une période de suspension de la justice et d'action administrative non contrôlée. Tout cela appelle un besoin plus grand de décentralisation véritable, de transparence, de remodelage des institutions judiciaires en créant enfin une véritable cour constitutionnelle constituée de juristes, en rendant enfin indépendant le parquet, en lui permettant de contrôler la police judiciaire détachée du ministère de l'Intérieur, en créant à la place du Conseil d'État une véritable Cour de cassation administrative qui ne cumule pas les pouvoirs consultatifs, juridictionnels et d'administration de la justice administrative avec un budget qui soit réparti également avec la justice judiciaire (aujourd'hui une affaire devant un tribunal administratif coûte environ deux fois plus cher qu'une affaire judiciaire).

Pour Pierre Legendre, inspiré par Lacan, l'État en tant que tiers de référence parle directement aux inconscients à travers des images, des rites pour se faire aimer et faire accepter ses normes ; or, de nombreux auteurs (Green, Guattari notamment) ont noté l'absence chez Lacan des émotions qui sont, par définition, conscientes. De même chez Legendre, elles ne jouent que sous la forme de la terreur qu'il veut inspirer si l'on ne pense pas avec lui que tous les enfants risquent de devenir psychotiques si l'on admet le mariage pour tous et la PMA (procréation médicalement assistée). Il faut aussi remettre l'État à sa place, à côté des autres institutions qui sont elles-mêmes le résultat d'une organisation de rapports de droit qui ne doit pas être statufiée. Partir du rapport de droit et non de l'institution c'est éviter de partir d'institutions susceptibles de devenir mortifères par leur besoin de subsister et d'acquérir du pouvoir. Curieusement peut-être, la crise invite à reconsidérer la connexion entre la règle de droit et le rapport de droit. J'estimais, avant cela, que le normativisme était l'ennemi du relationisme, que les normes pouvaient écraser les individus et leurs unions. À vrai dire, c'est la décision administrative et particulièrement la dérogation qui détruit les équilibres. Les règles de

¹⁰ J.-F. KERVÉGAN, *Que faire de Carl Schmitt ?*, Paris, Gallimard, 2011, coll. « Tel », p. 138-139.

droit générales et abstraites permettent la mise en place de relations de droit égales ou équivalentes. Cela ne veut pas dire qu'il faut s'en tenir à un légicentrisme mythologique, mais qu'il faut retrouver le sens de la loi en ce qu'elle doit être issue des rapports de droit entre citoyens et élus et entre élus entre eux à partir d'évaluations et d'études d'impact sérieuses.

Revue Juridique de la Sorbonne est une revue gratuite disponible sur <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne>, en *open access* et sous licences *Creative Commons*.



- Les propositions d'articles doivent être adressées au format word à : irjs-editions@univ-parisi.fr, avec les résumés et la liste des mots-clés en anglais et en français, ainsi que les identifiants OrcID et/ou idHal de l'auteur.
- La Revue publie des articles originaux, d'actualité mais aussi des textes déjà publiés qui remplissent les conditions prévues par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.