



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

GLOBAL STUDIES INSTITUTE

GSI Working Paper **PhDc LAW 2022/01**

**« Crise sanitaire et état d'exception – L'inéluctable
bifurcation vers un mode de gouvernance illibéral ? »**

Flore L. Vanackère

Global Studies Institute
10, rue des Vieux-Grenadiers
1205 Geneva
<https://www.unige.ch/gsi/fr/>

This text may be downloaded for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the working paper or other series, the year, and the publisher.

Publications in the Series should be cited as: AUTHOR, TITLE, GSI WORKING PAPER YEAR/NO. [URL].

ISSN 2624-8360

Abstract:

Les mesures adoptées dans le cadre de la lutte contre la pandémie de Covid-19 posent des questions relatives non seulement au respect des droits et libertés fondamentaux et à l'équilibre institutionnel de nos systèmes, mais également à la nature-même de nos démocraties. Le présent papier examine dans une première partie les mesures adoptées dans certains Etats d'Europe de l'Ouest : sont ainsi passées en revue les mesures exceptionnelles adoptées au début de la crise en France, en Allemagne, en Belgique et au Pays-Bas. Les tendances communes suivies par ces mesures seront mises en évidence et les premières réactions qu'elles ont suscitées seront soulevées à la fin de chaque point. Dans la deuxième partie, nous revenons sur la théorie de l'état d'exception confrontée à celle de l'Etat de droit, pour ensuite revenir sur des situations exceptionnelles passées, caractérisées par l'adoption et le maintien à long terme de mesures au départ exceptionnelles. Nous mobiliserons ensuite, dans la troisième partie, une série de concepts issus de la théorie de la complexité nous permettant d'examiner ce que cette théorie nomme une « bifurcation » d'un état du système à un autre – celle d'un Etat de droit à un état exceptionnel prolongé voire permanent : après avoir présenté les concepts qui nous seront utiles, nous les appliquons aux situations d'état d'exception durable pour en dégager les prémices d'un raisonnement plus général concernant le fonctionnement de nos systèmes démocratiques.

The measures adopted to combat the Covid-19 pandemic raise questions not only about respect for fundamental rights and freedoms and the institutional balance of our systems, but also about the very nature of our democracies. The first part of this paper examines the measures adopted in certain Western European countries: it reviews the exceptional measures adopted at the beginning of the crisis in France, Germany, Belgium, and the Netherlands. The common trends followed by these measures will be highlighted and the first reactions they have provoked will be raised at the end of each point. In the second part, we return to the theory of the state of exception compared to that of the rule of law, and then look back at past exceptional situations, characterised by the adoption and long-term maintenance of initially exceptional measures. In the third part, we will then mobilise a series of concepts from complexity theory, allowing us to examine what this theory calls a “bifurcation” from one state of the system to another – from a state of law to a prolonged or even permanent exceptional state. After presenting the concepts that will be useful to us, we will apply them to situations of a lasting state of exception in order to draw out the beginnings of more general reasoning concerning the functioning of our democratic systems.

Keywords: state of exception, fundamental rights, institutional balance, complexity theory, bifurcation

Author: Flore L. Vanackère

GSI Working Paper **PhDc LAW 2022/01**

Table des matières

1. COVID-19 ET URGENCE SANITAIRE : LES RÉGIMES DÉMOCRATIQUES LIBÉRAUX CONFRONTÉS AUX MESURES D'EXCEPTION.....	7
1.1. France	8
1.1.1. Analyse.....	8
1.1.2. Réactions.....	10
1.2. Allemagne	12
1.2.1. Analyse.....	12
1.2.2. Réactions.....	15
1.3. Belgique	18
1.3.1. Analyse.....	18
1.3.2. Réactions.....	20
1.4. Pays-Bas	23
1.4.1. Analyse.....	23
1.4.2. Réactions.....	25
1.5. Constats provisoires	26
2. L'INVOCATION DE L'ÉTAT D'EXCEPTION PAR UN SYSTÈME DÉMOCRATIQUE : LA CONCILIATION IMPOSSIBLE DE DEUX PARADIGMES CONTRADICTOIRES... ET COMPLÉMENTAIRES.....	27
2.1. Rechtsstaat – État de droit – Rule of Law : le « quadriptyque » démocratique	28
2.2. Les temps de crises et l'état d'exception : une brève délimitation du concept	31
2.3. De l'État de droit à l'état d'exception (permanent ?) – Identifier le point de bifurcation et l'impact sur les composantes de l'État de droit	35
2.3.1. De Weimar au III ^e Reich : la permanence par la mobilisation excessive.....	36
2.3.2. La permanence des instruments de lutte contre le terrorisme : les exemples états-unien, français et belge.....	38
2.3.3. L'état d'exception économique.....	41
3. L'APPORT DE LA THÉORIE DE LA COMPLEXITÉ. LE DROIT COMME SYSTÈME COMPLEXE, UNE PISTE AFIN DE REPENSER L'ÉTAT D'EXCEPTION ?.....	43
3.1. L'ordre juridique et institutionnel par le prisme de la complexité : une façon nouvelle de concevoir le droit	43
3.2. Quels apports conceptuels de la science de la complexité à la théorie de l'état exceptionnel ?	46
CONCLUSIONS – LA THÉORIE DE LA COMPLEXITÉ AU SECOURS DES RÉGIMES LIBÉRAUX. LA RÉCONCILIATION DES INTÉRÊTS ET RÔLE DE LA DIVERSITÉ DANS LA DÉCISION POLITIQUE.....	51

CRISE SANITAIRE ET ÉTAT D'EXCEPTION – L'INÉLUCTABLE BIFURCATION VERS UN MODE DE GOUVERNANCE ILLIBÉRAL ?

FLORE L. VANACKÈRE*

*« En fait, l'équilibre est un effort
et un courage de tous les instants.
La société qui aura ce courage
est la vraie société de l'avenir. »*
Albert Camus*

« L'état d'urgence sanitaire », voici les termes les plus redondants de l'actualité depuis près d'un semestre. La situation a pu sembler inédite, politiques et médias ont insisté sur le caractère exceptionnel, voire sans précédent de la crise sanitaire que nous traversons¹. Pourtant, de nombreuses situations, quelles que furent par le passé leurs appellations, ont poussé le législateur voire, le plus souvent, l'exécutif seul avec l'appui symbolique de l'organe législatif, à agir hors du cadre de l'Etat de droit et du respect des droits fondamentaux, afin d'assurer la préservation d'un « intérêt supérieur » dont la définition a fluctué au fil des crises. Les illustrations venant à l'esprit lorsque l'ont fait référence à l'état d'urgence ou à l'état d'exception sont légion et renvoient souvent l'imaginaire à des expériences politiques douloureuses, voire meurtrières. Du point de vue du juriste ou du philosophe du droit, les mesures adoptées dans un cadre urgent et exceptionnel posent depuis plusieurs siècles² d'importantes questions non seulement de légalité, mais également de légitimité de l'action politique « exceptionnelle »³. De nombreuses critiques ont en effet fusé, concernant principalement le fait que les mesures restrictives adoptées le sont principalement sur

• Assistante d'enseignement et de recherche au GSI, doctorante à la faculté de droit de l'UNIGE. Cet article est produit des réflexions menées dans le GTGLab dans le cadre du projet portant sur la résilience sociétale à la pandémie du Covid-19. Les données analysées dans ce papier sont celles recueillies pendant la première vague de la pandémie.

* « L'avenir de la civilisation européenne : entretien avec Albert Camus », in *Œuvres complètes III, 1949-1956*, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiade », 2008, p. 1001.

¹ Le début de l'allocution du président français Emmanuel Macron, (« Nous sommes en guerre. Pas contre une autre nation, mais contre un ennemi invisible et insaisissable ») est à cet égard particulièrement éloquent. Voyez l'allocution télévisuelle à propos de l'épidémie de coronavirus, à Paris, le 16 mars.

² Si l'on prend comme point de départ théorique sur la question les réflexions de Jean Bodin ou de Niccolò Machiavelli. Voyez, à cet égard, M. DE WILDE, "Silencing the laws to save the fatherland: Rousseau's theory of dictatorship between Bodin and Schmitt", *History of European Ideas*, 45:8, 2019, pp. 1107-1124 ; voyez également F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, P.U.F., 2001, particulièrement pp. 183-200.

³ Giorgio Agamben met cependant l'accent sur l'absence de définition claire et précise, en termes juridiques, de ce que constituent l'état d'urgence et l'état d'exception, ces états étant souvent laissés, selon l'adage *necessitas legem non habet*, à la marge de l'ordre juridique. Giorgio Agamben parle même de "no-man's-land between public law and political fact". Voyez G. AGAMBEN, *State of exception*, The University of Chicago Press, 2005, pp. 1-2.

base de décisions d'experts en virologie et en épidémiologie, en totale absence de débat démocratique lorsque l'ensemble des libertés publiques ont été suspendues. Certains ont décrit la situation en cours en la qualifiant de « dictature du scientifique »⁴, parlant également d'infantilisation des citoyens, qui ne sont plus acteurs mais spectateurs d'une partie de leur vie.

Dans une société démocratique, jusqu'à quel point l'état d'urgence permet-il l'adoption de mesures dérogeant, voire contredisant frontalement les droits individuels et collectifs des personnes ? A partir de quel point moment cet état d'exception devient-il la norme et quelles sont les implications d'un tel basculement pour les régimes libéraux ? Comment, en pratique, garantir la compatibilité de telles mesures avec les droits fondamentaux (politique, économiques et sociaux ; individuels et collectifs) garantis non seulement aujourd'hui par un corpus constitutionnel national mais également aux niveaux régional et international ? Peut-on sacrifier, sur l'autel de l'efficacité, de l'adaptativité et de l'efficacité de la décision et de ses résultats, les droits et principes généraux fondant nos démocraties ? Le propre d'un système démocratique résilient n'est-il pas précisément de réorganiser ses composantes de manière à maintenir ces droits et principes ? Quel degré d'urgence un système démocratique peut-il supporter sans que la nature de ce dernier ne subisse une mutation systémique et que l'état d'exception ne devienne l'état permanent dans lequel se trouve le système ? Fondamentalement, les systèmes libéraux seraient-ils caractérisés par des défaillances systémiques l'empêchant de faire face à des situations exceptionnelles⁵ ? Voici une série d'interrogations centrales sur lesquelles il convient, tant pour le juriste que pour le décideur politique, d'apporter des réponses à la fois concrètes, ciblées, protectrices et innovantes. Afin de répondre à ces questions, nous développerons deux axes principaux, l'un basé sur la limitation de certains droits et libertés fondamentaux dans le cadre d'un état exceptionnel ; l'autre basé sur la remise en question, lors d'un tel état, des équilibres gouvernant le fonctionnement institutionnel démocratique de nos systèmes libéraux. Ces deux axes que nous aborderons, la restriction des droits fondamentaux et le déséquilibre des pouvoirs institutionnels, répondent en réalité aux deux directionnalités que suit l'état exceptionnel : d'une part l'élargissement des pouvoirs étatiques au détriment des particuliers ; d'autre part la concentration des pouvoirs dans les mains d'une unique institution.

L'objectif du présent article est, précisément, de fournir un point de vue innovant non seulement sur la situation juridique et politique exceptionnelle à laquelle font face les régimes libéraux, mais

⁴ Jean Quatremer, Intervention dans le débat « Coronavirus : la vie sous cloche ? » tenu dans l'émission Infrarouge sur la RTS, le mercredi 26 août 2020.

⁵ « Défaillances systémiques » sont, de manière intéressante, les termes utilisés par le juriste nazi Carl Schmitt afin de mettre en évidence la prétendue incapacité des systèmes libéraux à survivre en cas de situation exceptionnelle.

également de manière plus générale sur les états d'urgence et d'exception sur lesquels se basent à intervalles réguliers exécutifs et technocraties afin de justifier de plus ou moins graves empiétements sur une série de droits acquis aux personnes. Pour ce faire, nous procéderons en quatre grandes étapes que nous ferons se développer du particulier au général. Sous le premier point (1) qui se veut complet mais non-exhaustif⁶, nous reprendrons et analyserons les mesures adoptées par les régimes libéraux à l'occasion de la crise sanitaire et revêtant un caractère exceptionnel ou d'urgence. Sans dénier à d'autres régimes la qualité de « démocratie libérale », seront ainsi passé au crible de cette analyse les mesures adoptées par certains Etats européens – Italie, France, Belgique, Allemagne, Royaume-Uni – ainsi que par l'Union européenne. Nous examinerons également les mesures adoptées aux Etats-Unis, dont l'application a soulevé une résistance surprenante de la part d'une frange non-négligeable de la population de certains États. Sous le deuxième point (2), nous tenterons de replacer de telles mesures dans le cadre plus large des relations complexes, parfois paradoxales, entretenues par l'État de droit et l'état d'exception dans ses multiples déclinaisons. Nous illustrerons ce deuxième point par une série d'évènements historiques marqué par l'utilisation – expresse ou implicite – de l'état d'exception au sein de structures gouvernées par l'État de droit. Sous le troisième et dernier point (3), nous tenterons une approche innovante des différents cas ayant mené vers la mise en place d'un état d'urgence : il s'agira, sous ce dernier point, d'appliquer aux systèmes institutionnels et juridiques analysés les concepts tirés de la théorie de la complexité. Plus particulièrement, nous verrons de quelle façon les notions d'hystérésis, de boucle de rétroaction, de résilience et de bifurcation constituent des prismes théoriques intéressants et novateurs dans l'appréhension des crises et de leurs conséquences sur la structure juridique et institutionnelle des systèmes libéraux étudiés.

Nous concluons sur l'importance fondamentale, particulièrement en temps de crise, du rôle des juristes et des décideurs démocratiquement élus et responsables. En effet, alors que, de manière oxymorique, l'état d'exception semble devenir permanent au sein de certains systèmes analysés, la question d'une bifurcation définitive des systèmes vers un tel état prend un caractère central. Les mécanismes de défense démocratique, existants ou à concevoir, doivent être le fruit d'un effort commun. Ne pouvant consister en l'apanage des seuls « techniciens » indépendants de tout contrôle démocratique, les décisions doivent ainsi impérativement reposer sur un équilibre entre professionnels de la santé, décideurs politiques et académiques, dans une perspective transcendant les barrières sectorielles et disciplinaires.

⁶ D'une part car un travail visant l'exhaustivité à cet égard s'apparente davantage à une recherche doctorale d'une dimension bien plus conséquente que le présent article ; d'autre part car les informations dont nous disposons concernant les mesures adoptées par certains Etats nous sont moins directement accessibles.

1. COVID-19 ET URGENCE SANITAIRE : LES RÉGIMES DÉMOCRATIQUES LIBÉRAUX CONFRONTÉS AUX MESURES D'EXCEPTION

Nous proposons sous le présent point un résumé des mesures principales adoptées dans le cadre de la crise sanitaire liée à la COVID-19. Nous n'entrerons pas dans le détail de chaque *corpus* législatif et réglementaire adopté au sein de chacun des ordres juridiques examinés : en effet, ce travail est déjà effectué par une série d'acteurs publics ou privés et fournissent tant des données fiables que l'entièreté du texte de ces instruments. Nous nous arrêterons ici à l'examen des instruments mettant en place l'état d'urgence et le prolongeant ; nous ferons également un bref état de l'impact susceptible des mesures y contenues sur les droits fondamentaux – y compris économiques – ainsi que sur les relations entre législatif et exécutif.

Une observation est à ce stade intéressante à faire : si une série de mesures préliminaires ont été prises successivement au sein des ordres juridiques étudiés durant la deuxième moitié du mois de février et la première moitié du mois de mars, les lois d'exception à proprement parler, autrement dit les instruments législatifs fondant l'action exceptionnelle de l'exécutif, furent adoptées entre le 23 et le 27 mars 2020 – même si des mesures exceptionnelles de gestion de crise avaient déjà été prises dans chacun des ordres juridiques considérés. Même en Italie, État touché par la crise de façon plus précoce que ses voisins, la mesure principale adoptée concernant l'état d'urgence sanitaire est un décret-loi adopté le 25 mars 2020⁷. Il serait intéressant d'observer si cet intervalle de temps représente un élément généralisable à plus large échelle, à l'occasion de recherches ultérieures sur le sujet.

Une autre observation préliminaire est ici nécessaire, concernant la nature des instruments adoptés. En effet, chaque système juridique contient évidemment ses propres mécanismes lui permettant d'activer l'état d'exception. Les instruments adoptés peuvent ainsi consister en une combinaison d'instruments législatifs et exécutifs, en instrument exécutifs ensuite coulés – ou non – dans le moule législatif, ou en de simples mesures exécutives temporaires, avec une intervention ponctuelle de l'organe législatif. Malgré ces divergences, le contenu des mesures adoptées à travers l'Europe est assez similaire : il s'est surtout agi de restrictions portées à la liberté de mouvement et de circulation, au droit au respect du droit à la vie privée et familiale, à la liberté d'entreprendre et au droit d'association, de réunion et de manifestation. Certains des États analysés ont également introduit des modifications exceptionnelles au droit du travail et/ou au droit social. L'objectif du présent point n'est évidemment pas de décrire le corpus juridique adopté au sein de chaque système

⁷ Un premier décret-loi concernant l'état d'urgence sanitaire avait été émis un mois plus tôt, le 23 février 2020. Celui-ci, bien moins détaillé et contraignant que celui du 25 mars, a été presque entièrement absorbé par ce dernier.

juridique européen : nous nous focaliserons sur certains États ouest-européens ayant limité une ces garanties fondamentales et dont l'équilibre institutionnel s'est vu affecté par la crise sanitaire en cours. Nous nous pencherons ainsi sur deux exemples principaux que sont la France (1.1) et l'Allemagne (1.2), examinant ensuite deux plus petits États présentant des caractéristiques différentes des deux premiers : la Belgique (1.3) et les Pays-Bas (1.4) ; nous nous pencherons enfin sur le cas particulier de l'Italie, qui fut de tous nos exemples celui qui fut le plus touché par la crise sanitaire (1.5). Nous espérons ainsi pouvoir offrir, par la diversité des systèmes juridiques explorés, une palette d'analyse assez variée que pour pouvoir esquisser des conclusions provisoires et des pistes de réflexion pour de futures recherches⁸.

1.1. France

Le premier exemple que nous choisissons d'explorer est celui de la France, État unitaire et centralisé ayant développé, comme nous le verrons, un dispositif juridique réglant les situations d'exception.

1.1.1. Analyse

C'est, en France, la loi du 23 mars 2020⁹ qui règle dans les grandes lignes l'état d'urgence sanitaire causé par le Covid-19. Une série de mesures exceptionnelles ont été adoptées avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars : elles se basaient alors sur la loi du 3 avril 1955 réglant l'état d'urgence de façon générale, « l'état d'urgence de droit commun »¹⁰. Par cette loi, modifiant le code de santé publique, un état d'urgence parallèle à l'état d'urgence de droit commun est établi. Les dispositions modifiant ainsi le code de santé publique ne sont valables que jusqu'au 1^{er} avril 2021 ; par ailleurs, l'état d'urgence sanitaire n'est pas censé durer plus d'un mois, deux dans le cadre de la crise liée au Covid-19. Susceptible de prolongation, l'état d'urgence a été étendu jusqu'au 11 juillet 2020, par l'adoption de la loi du 11 mai 2020 – également suivie directement d'un décret d'application¹¹. Les mesures d'exception permise par la loi du 23 mars sont multiples. Il s'agit notamment de la

⁸ Voyez le projet de recherches mené par le Geneva Transformative Governance Lab de l'Université de Genève : <https://gtglab.net/post/2020/06/13/governing-systemic-crises-in-the-21st-century-learning-from-early-covid-19-responses-in-europe/>

⁹ Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n°0072 du 24 mars 2020. Cette loi est immédiatement suivie d'un décret d'application, datant également du 23 mars 2020 : 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, JORF n°0072 du 24 mars 2020, texte n° 7.

¹⁰ Étude d'impact sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, NOR : PRMX2007883L-Bleue, disponible sous <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pj119-376-ei/pj119-376-ei.html>

¹¹ Il s'agit du décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n°0116 du 12 mai 2020, texte n° 6.

possibilité pour le Premier ministre d'ordonner par décret réglementaire¹² des mesures restrictives de la liberté de circulation, telles que des confinements à domicile, des mises en quarantaine et des interdictions de circuler dans certaines zones ; des restrictions à la liberté de réunion et d'association, telles que des interdictions de tout rassemblement public et même de réunions privées à plus d'un nombre maximal de personnes ; des restrictions à la liberté d'entreprendre, telle que la fermeture d'établissement ou tout autre mesure la restreignant ; des restrictions à certains droits économiques et sociaux relevant de la législation du travail – voir *infra*. De nombreuses mesures de nature exécutive ont été adoptées sur la base de cette législation, sur lesquelles nous ne nous étendrons pas en détails¹³. Contentons-nous de noter que l'ensemble des possibilités prévues par la loi du 23 mars ont été mobilisées ; notons également le nombre important de mesures adoptées au niveau décentralisé, par les préfets de département et par les organes municipaux compétents¹⁴. Notons également, et cela sera à mettre en lien avec les réflexions émises *infra*¹⁵, que la loi du 23 mars 2020 ajoute par son article 1^{er} au Code de la santé publique que « [l]e ministre peut également prendre de telles mesures après la fin de l'état d'urgence sanitaire prévu au chapitre Ier bis du présent titre, afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire »¹⁶. L'article 2 de la loi crée quant à lui la possibilité de déclarer l'état d'urgence sanitaire¹⁷, concept qui n'est cependant pas défini par la loi.

L'Assemblée nationale a voté le 17 juin pour une sortie progressive de l'état d'urgence, instaurant ainsi une période transitoire, dénoncée par certains élus d'opposition comme une situation floue et liberticide, « un état d'urgence qui ne dit pas son nom »¹⁸. Cette loi du 9 juillet 2020¹⁹, dont le projet a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel²⁰, maintient en effet quelques-

¹² Un décret réglementaire est un acte de nature exécutive et de portée générale, adopté par le Président de la République ou par le Premier ministre selon leurs sphères de compétence.

¹³ Il s'agit principalement de mesures adoptées sous forme de décrets et d'ordonnances.

¹⁴ Sur base des nouveaux articles 3131-17 et 3131-18 introduits dans le code de la santé publique par la loi du 23 mars 2020, le Premier ministre et le Ministre chargé de la santé peuvent habilitier les autorités départementales (le préfet de département en première ligne) de prendre les mesures que nous avons listées ci-avant.

¹⁵ Particulièrement, les considérations que nous tiendrons relativement à l'état d'exception durable ou permanent.

¹⁶ L'article L. 3131-1 du code de la santé publique dispose juste avant que « le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, 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 ».

¹⁷ L'article 2 de la loi du 23 mars 2020 introduit dans le code de la santé publique un article L. 3131-12, qui dispose que « [l]'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire métropolitain ainsi que du territoire des collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution et de la Nouvelle-Calédonie en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ».

¹⁸ Cette intéressante formule a été utilisée par le sénateur Philippe Bas, membre du groupe Les Républicains, lors du débat au Sénat sur l'adoption de la loi de sortie de l'état d'urgence sanitaire, le 23 juin 2020. Le sénateur LR dénonce en effet un maintien presque inchangé du contenu des mesures qu'est susceptible de prendre le Gouvernement.

¹⁹ Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, JORF n°0169 du 10 juillet 2020, texte n° 1.

²⁰ Décision du Conseil constitutionnel n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020.

unes des mesures susceptibles d'être adoptées par le Premier ministre, telles que la limitation des rassemblements et des réunions sur la voie publique ou dans des lieux publics, la limitation ou l'interdiction de la circulation des personnes, la fermeture d'établissements. L'article 3 prévoit que les données personnelles collectées par les systèmes de surveillances établis dans le cadre de la lutte contre le Covid-19 pourront être conservées durant 6 mois après leur collecte – cela sous réserve d'une prolongation ultérieure. Notons également une série de mesures touchant aux droits sociaux et sont destinées à rester en vigueur jusqu'à une date déterminée, prorogeable : ainsi, des mesures prises par une série d'ordonnance adoptées le 25 mars 2020²¹ et touchant au droit du travail ont été conservées, telles que le droit pour l'employeur, unilatéralement, de modifier les dates et la durée des congés de ses employés, ainsi que d'augmenter sensiblement la durée des heures quotidiennes et hebdomadaires de travail et des heures de repos. Une autre volée de mesures touchant aux droits socio-économiques et, plus particulièrement, au droit du travail, a été adopté par ordonnances le 1^{er} avril²² concernant la possibilité de postposer le paiement de primes aux travailleurs, ainsi que concernant les organes représentatifs du personnel et les services de protection de la santé et de la sécurité au travail. La loi organisant le déconfinement ne fait aucun cas de ces mesures : la date de leur échéance est ainsi celle fixée par chaque ordonnance adoptée et des ordonnances ultérieures pourront ainsi être adoptées.

1.1.2. Réactions

Ce nouveau régime d'exception, mis en place de façon *ad hoc*, a été identifié par la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (ci-après « CNCDH ») comme ayant un impact certain sur l'État de droit, principalement identifié comme l'ensemble des procédures et équilibres institutionnels démocratiques et les droits et libertés fondamentaux, tant de nature civile et politique que de nature socio-économique²³. Même si elles ne revêtent bien entendu aucune portée contraignante, il nous paraît intéressant de consacrer quelques lignes aux considérations émises par

²¹ Citons-en principalement deux. Premièrement, l'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, JORF n°0074 du 26 mars 2020 ; deuxièmement, l'ordonnance n° 2020-322 du 25 mars adaptant temporairement les conditions et modalités d'attribution de l'indemnité complémentaire et modifiant, à titre exceptionnel, les dates limites et les modalités de versement des sommes versées au titre de l'intéressement et de la participation ; L'adoption de ces ordonnances se base sur l'article 11 de la loi du 23 mars 2020. L'ensemble des dispositions de l'ordonnance du 25 mars 2020 restent en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020.

²² Il s'agit, premièrement, de l'ordonnance n° 2020-385 du 1er avril 2020 modifiant la date limite et les conditions de versement de la prime exceptionnelle de pouvoir d'achat, JORF n°0080 du 2 avril 2020, texte n° 17 ; et, deuxièmement, de l'ordonnance n° 2020-386 du 1er avril 2020 visant à aménager les modalités de l'exercice par les services de santé au travail de leurs missions et notamment le suivi de l'état de santé des salariés, JORF n°0080 du 2 avril 2020, texte n° 19 ; et, troisièmement, de l'ordonnance n° 2020-389 du 1er avril 2020 portant mesures d'urgence relatives aux instances représentatives du personnel, JORF n°0080 du 2 avril 2020, texte n° 25. Ces trois ordonnances sont également adoptées sur la base de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020.

²³ Nous reviendrons plus en détail *infra* sur le concept d'État de droit.

la CNCDH dans son avis du 28 avril 2020²⁴ : elles sont en effet éclairantes quant à la nécessité-même du *corpus* d'urgence sanitaire adopté à partir de mars 2020. Premièrement, l'organe de protection des droits de l'Homme épingle le fait que la création-même d'un état d'urgence *ad hoc* ne répondait pas à l'exigence de nécessité – dont nous verrons sous le point suivant qu'elle constitue la condition fondamentale d'un état d'exception respectant toutefois le cadre constitutionnel et légal de l'État de droit. L'article 16 de la Constitution et la loi du 3 avril 1955²⁵ constituaient déjà un cadre suffisant pour encadrer la situation d'urgence sanitaire que nous avons récemment traversée ; et que, par conséquent, l'adoption de nouvelles mesures restrictives des droits civils, politiques, ainsi qu'au droit du travail, ne remplissait pas le caractère de nécessité imposé par la théorie de l'état d'exception. Notons que, si le Conseil constitutionnel a jugé que l'adoption de nouvelles dispositions d'exception venant compléter le dispositif constitutionnel ne revêt pas un caractère inconstitutionnel en soi²⁶, la question de la nécessité d'une telle loi d'urgence sanitaire mérite d'être soulevée. La Commission met également en avant le délai d'intervention du Parlement concernant la prolongation de l'état exceptionnel, ainsi que l'imprécision notable de la notion d'urgence sanitaire introduite par la loi de mars 2020. Outre les principes d'accessibilité, de transparence et d'intelligibilité de la loi, ce flou, combiné à une intervention tardive de l'institution représentative, donne au pouvoir exécutif un mandat trop large. Il lui permet de recourir à l'état d'urgence sanitaire dans des circonstances ne le nécessitant pas, en adoptant plus facilement des actes de police administrative dans des cas ne ressortant pas de l'état d'urgence²⁷.

Concernant plus particulièrement le déséquilibre entre pouvoir créé par le dispositif établi par la loi du 23 mars 2020, la Commission émet une série de réserves pertinentes. Selon elle, il « conduit à une concentration entre les mains de l'Exécutif du pouvoir de restreindre les droits et libertés que la République n'a jamais connue en temps de paix »²⁸. Elle pointe une participation très réduite, parfois inexistante, des mécanismes de contrôles institutionnels et par la société civile, dans un contexte législatif très flou et imprécis. Enfin, un point institutionnel intéressant est soulevé, qui est celui de la nomination et du contrôle des experts scientifiques conseillant l'exécutif : en effet, alors que le code de la santé publique prévoit déjà l'existence d'organes scientifiques conseillant le gouvernement en cas de crise sanitaire et responsable devant le Parlement, l'alors Ministre de la santé et des solidarités met en place le 11 mars 2020 un Conseil scientifique Covid-19, devenu le

²⁴ Commission nationale consultative des droits de l'Homme – Assemblée plénière, « Avis État d'urgence sanitaire et État de droit », 28 avril 2020, disponible en ligne : <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-etat-durgence-sanitaire-et-etat-de-droit>.

²⁵ Loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

²⁶ Décision du 25 janvier 1985 à propos d'une loi prorogeant l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, 85-187 DC, *Recueil*, p. 43.

²⁷ Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *op. cit.*, p. 4.

²⁸ *Id.*, p. 6

Comité de scientifiques. Les garanties de transparence manquent cependant concernant tant la nomination des experts qui le composent que le contrôle en termes d'impartialité de cet organisme.

La réponse apportée par la France à la crise sanitaire est particulièrement forte. En effet, non seulement la loi du 23 mars met en place un vaste dispositif permettant une importante restriction des droits fondamentaux et du rôle du pouvoir législatif ; mais en outre, le corpus exécutif mis en place sous forme de décrets et d'ordonnances sur la base de ce texte est extrêmement large et touche de nombreux domaines sensibles²⁹. Disposant déjà d'un régime complet encadrant l'état d'urgence, la nécessité-même de la création d'un nouvel état d'exception *ad hoc*, dont les garanties en termes d'équilibre des pouvoirs et de respect des droits fondamentaux sont moindres, peut être discutée. De plus, au vu du maintien à moyen et long terme de nombreuses mesures relatives au droit du travail, au droit à la libre-circulation et à la possibilité de récolte de données privées, et étant donné la capacité laissée à l'exécutif de prendre des mesures bien après la fin de la crise, l'adoption de ce nouveau régime nous semble constituer un pas vers un état d'exception paradoxalement durable.

1.2. Allemagne

Le deuxième exemple sur lequel nous choisissons de nous pencher est celui d'un État fédéral, fortement décentralisé, dont les composantes fédérées ont disposé de compétences étendues concernant la gestion de la crise sanitaire.

1.2.1. Analyse

Au sein du système juridique allemand, c'est la loi sur la protection des infections (*Infektionsschutzgesetz*, ci-après « *IfSG* »³⁰) qui permet aux autorités compétentes d'adopter des mesures dans le but de contenir les maladies infectieuses. Cette loi, entrée en vigueur en janvier 2001, permettait l'adoption de mesures individuelles ou réglementaires par les *Länder* compétents. Depuis le début de la crise en mars 2020, un débat a fait rage sur la question de savoir si l'état d'exception peut être déclaré ou non, et quelle nature celui-ci doit revêtir. La Loi fondamentale de 1949, complétée en 1968 en pleine guerre froide³¹, le permet : en effet, la législation permet de

²⁹ Touchant au droit au respect de la vie et des données privées, au droit du travail et de concertation sociale, au droit à la transparence, des droits de libre circulation, d'entreprendre, de s'associer, etc.

³⁰ Bundesamt für Justiz, *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*, Bundesgesetzblatt, nr 33 vom 25.07.2000.

³¹ Les auteurs de la *Grundgesetz* de 1949 souhaitaient en effet éviter l'introduction d'une possibilité similaire à celle qui existait sous le régime de Weimar, à savoir, la mobilisation *ad libitum* de l'état d'exception par le biais de l'article 48 de la Constitution de 1919. Ainsi, ce n'est qu'en 1968 que la possibilité existe pour le législateur ou le gouvernement (ainsi que les exécutifs des *Länder*) de déclarer l'un ou plusieurs des quatre types d'états d'exception prévus par les *Notstandsgesetze*.

restreindre les droits et libertés durant une période limitée, dans où est impérieuse la mise en place d'un état de défense (*Verteidigungsfall*)³², état de tension (*Spannungsfall*)³³, état d'urgence interne (*innerer Notstand*)³⁴ et état de catastrophe (*Katastrophenfall*). À l'occasion de l'adoption de ces lois, la Loi fondamentale est modifiée en plusieurs de ses articles, ce afin d'y intégrer les divers éléments organisant les différents états d'exception. Y sont ainsi insérées diverses dispositions : celles relatives à l'adoption de législations d'urgence³⁵ ; celles relatives à une restriction des droits fondamentaux³⁶ ; celles ayant trait aux catastrophes naturelles³⁷ ; celle touchant au service militaire et civil³⁸ ; celle, enfin, créant un droit fondamental spécifique, qui est le droit de résistance contre toute personne ou formation qui tendrait à éliminer l'ordre démocratique³⁹.

Malgré l'existence d'un cadre légal et constitutionnel permettant soit la prise de mesures sanitaires hors de l'état d'urgence, soit la mise en place d'un véritable état d'exception, la loi de 2001 a été modifiée, par une loi du 27 mars 2020⁴⁰, de manière à restreindre encore les droits et libertés, davantage que ne le permettait la version originale de cet article. Examinons ci-dessous les principales modifications introduites par la loi du 27 mars, adoptée dans un délai très court. Aucun état d'urgence sanitaire au niveau national n'a été déclaré : cette possibilité est réservée aux *Länder*, à qui revient détiennent la discrétion de le déclarer ou non. Cependant, malgré l'absence d'un état d'urgence général, les modifications de la *IfSG* intervenue fin mars a permis au gouvernement allemand la prise de mesures similaires à celles adoptées dans le cadre d'un état d'exception, mesures dont l'adoption revenait, avant cette modification, aux entités fédérées. La loi du 27 mars 2020 introduit principalement quatre modifications principales.

Tout d'abord, du point de vue de la structure institutionnelle fédérale du pays, la modification du §5 de la *IfSG* pose deux questions importantes en termes d'équilibre des pouvoirs. En effet, la modification de son al 1 est à noter, en ce qu'elle déroge à la répartition des compétences entre le

³² Une section *Xbis* est ajoutée à la Loi fondamentale : les articles 115a à 115l organisent alors cet état de défense.

³³ Un article 80bis est ajouté afin d'organiser l'état de tension.

³⁴ L'article 91 de la Loi fondamentale est modifié afin d'organiser l'état d'urgence interne. Ce dernier est défini comme « menace imminente pour l'existence ou l'ordre démocratique libéral de l'État fédéral ou d'un Land ».

³⁵ L'article 53 est ainsi modifié à cet égard. Un article 53bis est ajouté, permettant la tenue d'un comité mixte en tant qu'organe législatif, si l'urgence l'impose : il s'agit d'un organe législatif réduit, dont la convocation est censée être plus aisée que celle des deux chambres.

³⁶ À cet effet, les articles 9 à 11 de la Loi fondamentales sont modifiés. Des limitations peuvent ainsi être apportées au droit au secret de la correspondance, à la liberté de mouvement et à la liberté d'entreprendre et de travailler librement. Notons ainsi que la liberté d'association et de réunion pouvait déjà, avant 1968, être restreinte par ou en vertu d'une loi.

³⁷ L'ancien article 20 de la Loi fondamentale (actuel article 35) est modifié à cet égard.

³⁸ L'article 12 est modifié à cet effet, et un nouvel article 12bis est ajouté afin d'organiser les modalités du service militaire et civil.

³⁹ Un quatrième paragraphe est ajouté en ce sens à l'article 20 de la Loi fondamentale.

⁴⁰ *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, BGBl, p. 587. Le texte est entré en vigueur le 28 mars 2020.

niveau fédéral et les *Länder* garantie particulièrement par les articles 83 et 84 de la Loi fondamentale. La modification de cette disposition permet en effet au Ministre fédéral de la santé d'exécuter l'ensemble de cette législation sanitaire.

Ensuite, le § 5, al 3 a été modifié en ce sens que le Ministre de la Santé était compétent également pour prendre des mesures dérogatoires à cette législation, ce par ordonnance et sans que le Bundesrat ne doive être consulté. Une telle possibilité conférée à une autorité exécutive fédérale, de déroger à de larges pans non-définis d'un instrument adopté par le Parlement, contrevient notamment à l'article 80.1 de la Loi fondamentale. Cette disposition règle en effet les conditions de toute délégation effectuée par un pouvoir législatif à un pouvoir réglementaire : il interdit, en essence, de telles délégations si elles permettent de larges dérogations non-limitées par la disposition légale permettant la délégation⁴¹.

La modification du § 28 de la *IfSG* mérite également d'être soulevée. Tout particulièrement, l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe a été modifié de manière à conférer expressément à l'autorité compétente – le Ministre de la santé au niveau fédéral ainsi que les Ministres de la santé au sein de chaque *Land* – la possibilité d'adopter une série de mesures de type réglementaire, telles que des couvre-feux, des interdictions de manifester, ou encore des contrôles à domicile. Il est expressément prévu par le nouveau § 28 que de telles mesures sont susceptibles de contrevenir à certains droits fondamentaux, tels que la liberté de la personne (garanti par l'article 2 de la Loi fondamentale), la liberté de réunion (garanti par l'article 8 de la Loi fondamentale), la liberté de circulation (garanti par l'article 11 de la Loi fondamentale) et le droit à l'inviolabilité du domicile (garanti par l'article 13 de la Loi fondamentale)⁴². La modification de cette disposition, que certains juristes allemands considèrent comme revêtant une portée constitutionnelle⁴³, offre donc aux exécutifs du niveau fédéral et des *Länder* de larges possibilités de dérogations aux droits fondamentaux.

Enfin, sur base du paragraphe 32 de la *IfSG* modifiée, la plupart des *Länder* ont également adopté leurs propres législations leur permettant de lutter contre la diffusion de la Covid-19. Le paragraphe 32 a également été modifié par la loi du 27 mars 2020, et ses termes sont à présent similaires à ceux du nouveau paragraphe 28 en termes de restriction des droits fondamentaux. Chacune des seize

⁴¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Art. 80 (1).

⁴² Le texte modifié du § 28, *in fine*, de la *ISG*, est ainsi rédigé en allemand : « *Unter den Voraussetzungen von Satz 1 kann die zuständige Behörde Veranstaltungen oder sonstige Ansammlungen von Menschen beschränken oder verbieten und Badeanstalten oder in § 33 genannte Gemeinschaftseinrichtungen oder Teile davon schließen. Eine Heilbehandlung darf nicht angeordnet werden. Die Grundrechte der Freiheit der Person (Artikel 2 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes), der Versammlungsfreiheit (Artikel 8 des Grundgesetzes), der Freizügigkeit (Artikel 11 Absatz 1 des Grundgesetzes) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 Absatz 1 des Grundgesetzes) werden insoweit eingeschränkt* ».

⁴³ Voyez notamment N. RIXEN, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2020, 1097, 1099.

entités fédérées a ainsi adopté, sur base de la *IfSG* modifiée, une série de mesures à caractère réglementaire. Ces mesures, harmonisées par la voie de lignes directrices adoptées par la Chancellerie et les gouvernements des *Länder* dès le 22 mars 2020⁴⁴, suivent principalement les axes que nous avons décrits à propos des ordres juridiques précédents. Elles prévoient ainsi essentiellement des visites obligatoires de médecins mandatés par les autorités du *Land*, des interdictions de rassemblement, y compris de nature religieuse, des fermetures d'établissements, des obligations de se couvrir le visage, des restrictions à la liberté professionnelle, des interdictions de se déplacer – qui comme ce fut le cas en Bavière peuvent être extrêmement larges⁴⁵. Chacun des instruments prévoyant de telles mesures prévoit également des clauses limitant leur effet dans le temps ; cependant, ces mesures sont prorogeables, comme le prouve la situation de la Bavière, ayant régulièrement reconduit jusqu'au 15 août les interdictions de rassemblements – les conditions de prorogation ne sont de plus pas d'une grande clarté. En outre, un « frein d'urgence » est prévu depuis le 6 mai 2020 au niveau national, permettant la réactivation de mesures restrictives des droits et libertés lorsque le taux de contagion dépasse un certain seuil. Certains *Länder*⁴⁶ ont, en plus desdites mesures, émis des ordonnances interdisant l'entrée de citoyens originaires d'autres *Länder*, ce qui interfère avec le droit de libre-circulation entre les entités fédérées, garanti par l'article 11, § 2, de la Loi fondamentale.

1.2.2. Réactions

La modification intervenue le 27 mars 2020 ainsi que les instruments réglementaires adoptés par les *Länder* ont donné lieu à une série de réactions de la part d'académiques et de juristes praticiens.

Premièrement, la portée de la *ISG* n'a pas été modifiée ; seule certaines de ses dispositions ont été revues, de manière que cette loi soit finalement mobilisée au-delà de sa portée de police spéciale. Ainsi, la question de savoir si les termes très généraux des §§ 28 et 32 de la *ISG* modifiée constituent une base légale suffisante pour restreindre les droits fondamentaux est centrale pour bon nombre de constitutionnalistes allemands. Malgré l'importance des modifications introduites, le législateur, à l'occasion de la modification du 27 mars 2020, a justifié son intervention par un simple souci de clarté⁴⁷, ce qui pose d'évidentes questions relatives à la base légale des mesures adoptées ensuite. Au vu du cadre préexistant, la nécessité d'introduire dans le système juridique allemand une disposition d'urgence spécifique relative à la lutte contre le coronavirus ne pose pas

⁴⁴ Besprechung der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 22. März 2020, en ligne : <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-1733248>

⁴⁵ Un couvre-feu très strict y a même été appliqué.

⁴⁶ Les *Länder* de Schleswig-Holstein et de Mecklembourg-Poméranie notamment.

⁴⁷ L'exposé des motifs de la loi du 25 mars 2020 justifie en effet de la suivante façon la modification du paragraphe 28 : « *Der Wortlaut des § 28 Absatz 1 wurde aus Gründen der Normenklarheit angepasst* ».

question, la transformation d'une simple loi de police spéciale de la santé telle que la *ISG* en loi d'exception à caractère général est discutable. De plus, il s'agit, selon Cristoph Möllers⁴⁸, de la première fois depuis l'adoption de la Loi fondamentale il y a septante et un ans⁴⁹, que les droits et libertés⁵⁰ sont ainsi limités dans le cadre d'un état d'exception – certains considèrent même que l'ensemble des mesures adoptées l'a été sans aucune considération pour les droits fondamentaux⁵¹. Le constitutionnaliste allemand, professeur à l'Université Humboldt de Berlin, émet des craintes partagées par une série d'académiques⁵², concernant la permanence des mécanismes d'urgence mis en place au niveau fédéral – principalement la loi du 27 mars 2020 – et au niveau des *Länder* – les mesures réglementaires adoptées sur base du § 32 *ISG*. Soulignant le caractère extrêmement vague du texte modifié, Cristoph Möllers parle à l'égard de ce nouveau corpus d'une possible « réserve constitutionnelle non-écrite d'urgence »⁵³, qui risquerait, à l'issue de la crise, au mieux de d'être invoquée à tout va, au pire de remplacer les normes constitutionnelles de droit commun. Il met également en évidence l'indétermination de nombreux instruments réglementaires, sur lesquels se basent des sanctions pénales. Selon le constitutionnaliste, les possibilités de retour en arrière est rendu plus difficile par une mobilisation à long terme des pouvoirs exceptionnels

Plus fondamentalement, certains académiques s'inquiètent d'un renversement, ou du moins d'un glissement des critères selon lesquels raisonnent les décideurs publics. En effet, ils ne semblent plus procéder au test de proportionnalité classiquement opéré entre les libertés impactées par les mesures d'une part, et les droits à la vie et à la protection de la santé⁵⁴ d'autre part. Comme le

⁴⁸ C. MÖLLERS, « Parlamentarische Selbstentmächtigung im Zeichen des Virus », *VerfBlog*, 2020/3/26, <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/>

⁴⁹ Niko Härting, Professeur à la *Hochschule für Wirtschaft und Recht*, tient des considérations similaires dans un entretien accordé au journal Deutschlandfunk Nova

(« Jurist Niko Härting: Wir leben in einer Art Notstand » <https://www.deutschlandfunknova.de/beitrag/corona-und-grundgesetz-wie-der-gesundheitsschutz-in-grundrechte-eingreift> : « Einige Regeln greifen so tief in die Grundrechte ein, wie wir es seit Bestehen des Grundgesetzes, also seit 71 Jahren, nicht gesehen haben ».

⁵⁰ Les juristes dont nous nous inspirons mentionnent principalement les droits et libertés suivants : la liberté de mouvement ; la liberté de réunion et d'association ; la liberté d'entreprendre et la liberté professionnelle ; la liberté de culte et de religion ; le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles (la Deutsche Telekom a en effet transmis une masse de données de télécommunication de ses clients à l'Institut Robert Koch sans les en renseigner) ; l'égalité devant la loi (principalement, lorsqu'il s'agit de la création d'un écart en termes de qualité de l'enseignement et d'accès à la culture ; également, lors de la fermeture de petits commerces de proximité lorsque les grandes surfaces étaient autorisées à rester ouvertes ; également encore considérant la possibilité pour certains citoyens de continuer à pouvoir travailler *via* télétravail, et pour d'autres non).

⁵¹ O. LEPSIUS, « Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie », *VerfBlog*, 2020/4/06, <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie/>

⁵² C. BRAMMEN, « Corona-Krise: Juristen kritisieren 'schwerwiegende Grundrechtseingriffe' in Deutschland », *Frankfurter Rundschau*, 16.04.20, en ligne : <https://www.fr.de/politik/corona-krise-grundrechte-juristen-mahnen-schwerwiegende-eingriffe-corona-13652876.html>

⁵³ Les termes employés sont les suivants : « Ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Notstandsvorbehalt ».

⁵⁴ Comme le relève pertinemment Oliver Lepsius (op. cit.), Professeur à l'Université de Münster, le droit à la santé peut cependant être considéré comme impacté également, du fait que de nombreux soins n'ont plus été dispensés du fait des mesures adoptées.

permet voire l'impose l'état d'exception, ils limitent automatiquement les premières, au profit des seconds, sans procéder à une mise en balance de ceux-ci ni rechercher les moyens d'action impactant le moins possible les droits fondamentaux et participant à la mise en place d'une solution à long terme – tels que l'accroissement de moyens médicaux ou une plus large mise à disposition de matériel médical et/ou paramédical au sein de la population⁵⁵.

Enfin, à l'instar à ce que nous constatons au sein d'autres ordres juridiques, la nature du décideur inquiète, tant par le manque de transparence des délibérations que par le manque de contreponds politique aux experts de la santé. Non seulement la prise de décision par des *task-forces ad hoc* pose question ; mais inquiète également le rôle décisionnel prépondérant accordé à une seule personne – le Ministre de la santé – sans que les décisions prises ne soient débattues au sein du moindre organe représentatif, même en composition réduite. Concernant également l'essentiel maintien de l'équilibre des pouvoirs, notons enfin une mesure particulièrement critiquée, qui est celle de réduire le quorum au sein du *Bundestag* ; jusqu'au 30 septembre 2020, la présence de seul un quart des membres de cette assemblée est suffisante, contre la moitié précédemment – sans parler des majorités et quorums spéciaux.

Les juridictions constitutionnelles allemandes eurent également à se positionner sur le respect des droits fondamentaux et des mécanismes institutionnels. De nombreuses cours constitutionnelles au niveau des *Länder* ont fait primer l'impératif de nécessité sur les droits et libertés limités par la loi et par les ordonnances prises sur base de celle-ci⁵⁶. La Cour constitutionnelle fédérale, si elle a souvent admis la recevabilité des moyens des plaignants, a soutenu de manière générale les mesures adoptées dans le cadre de la lutte contre la Covid-19, faisant ainsi primer le droit collectif à la protection de la santé sur les droits individuels impactés⁵⁷. Cependant, plus rarement, la Cour en a jugé autrement : elle a notamment considéré, par exemple, que les autorités du *Land* de Hesse n'avait pas procédé adéquatement au test de proportionnalité imposé dans le cas de restrictions aux droits fondamentaux⁵⁸. Malgré cela, les décisions condamnant les mesures prises par les *Länder* – aucun recours n'est intervenu contre la modification de la ISG proprement dite – sont extrêmement rares : la ligne jurisprudentielle générale concernant la lutte contre la Covid-19 est celle d'une

⁵⁵ O. LEPSIUS, *op. cit.*

⁵⁶ Voyez par exemple la décision du Tribunal constitutionnel de Hambourg : OVG Hamburg, 26.03.2020, 5 Bs 48/20, en ligne : <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=OVG%20Hamburg&Datum=2020-03-26&Aktenzeichen=5%20Bs%2048/20>

⁵⁷ Ainsi, elle a notamment avalisé les mesures très restrictives adoptées par les autorités fédérées. Voyez notamment sa décision du 7 avril 2020 concernant l'ordonnance adoptée par l'autorité bavaroise (le Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung) : BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 07. April 2020 - 1 BvR 755/20 -, Rn. 1-12, http://www.bverfg.de/e/rk20200407_1bvr075520.html

⁵⁸ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020 - 1 BvR 828/20 -, Rn. 1-19, http://www.bverfg.de/e/rk20200415_1bvr082820.html

grande tolérance quant à la large marge d'appréciation⁵⁹ laissée aux autorités exécutives. Quant aux tribunaux administratifs, ils ont généralement considéré, au contraire de nombreux commentateurs, que les instruments réglementaires adoptés sur la base de l'*IfSG* modifiée disposaient d'une base juridique suffisante.

1.3. Belgique

Le troisième exemple mobilisé porte également sur un État fédéral, qui ne dispose pas de réel *corpus* juridique lui permettant de régler les situations juridiques d'exception et dont les composantes fédérées n'ont pas exercé de compétences notables dans la gestion de la crise⁶⁰.

1.3.1. Analyse

En Belgique également, l'adoption de mesures de gestion de la crise sanitaire a soulevé une série de critiques justifiées par le souci du maintien de l'État de droit, ce particulièrement au sein d'un ordre constitutionnel notamment construit autour une impossibilité (théorique du moins) de suspension des droits fondamentaux. Non pas, bien entendu, que le droit constitutionnel belge ne règle pas les situations exceptionnelles. C'est, au sein de l'ordre juridique belge, l'article 105 de la Constitution⁶¹ y est la source des pouvoirs exceptionnels (qualifiés en Belgique de « pouvoirs spéciaux ») dans le Roi (en réalité, son Gouvernement) et l'article 78 de la loi spéciale⁶² de réformes institutionnelles⁶³ du 8 août 1980 en est le siège concernant les pouvoirs spéciaux accordés aux gouvernements des entités fédérées – les Communautés et les Régions. Si elles ne l'énoncent pas explicitement, ces dispositions permettent cependant à l'exécutif des différentes entités concernées d'adopter des instruments qui, par leur contenu ou leur portée, devraient être élaborés et adoptés par le pouvoir législatif. En effet, s'est construite autour de l'article 105 de la Constitution belge une théorie jurisprudentielle et légisprudentielle des pouvoirs spéciaux, permettant à l'exécutif

⁵⁹ Voyez notamment les décisions suivantes : BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020 - 1 BvR 1027/20 -, Rn. 1-11, http://www.bverfg.de/e/rk20200512_1bvr102720.html; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 1021/20 -, Rn. 1-13, http://www.bverfg.de/e/rk20200513_1bvr102120.html

⁶⁰ Au vu de la nature de la répartition des compétences en Belgique, il est revenu au fédéral d'adopter les mesures de gestion de la crise. Les régions et les communautés ont également agi dans leur sphère de compétence, qui concerne moins directement les restrictions aux droits et libertés et l'impact sur l'équilibre institutionnel.

⁶¹ L'énoncé de l'article 105 est le suivant : « Le Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ».

⁶² Une loi spéciale est adoptée selon des majorités renforcées car touchant à des sujets sensibles.

⁶³ Il s'agit de l'une des lois réglant le partage des compétences en Belgique, entre les différentes entités, fédérales et fédérées.

d'exercer, en cas de circonstances exceptionnelles et suivant certaines conditions⁶⁴, les pouvoirs dévolus en temps normal au Parlement. Cependant, les droits et libertés ne peuvent, même en situation exceptionnelle : l'article 187 de la Constitution prévoit en effet que « [l]a Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie ». Cette affirmation catégorique – certains l'ont qualifiée d'« ingénuité »⁶⁵ – induit donc l'idée d'un droit constitutionnel qui ne connaît pas les états exceptionnels tels que la France ou l'Allemagne, où les constitutions prévoient la suspension des droits fondamentaux lorsqu'une situation d'exception l'exige. Cette limitation constitutionnelle n'a pas dispensé la Belgique de connaître un tel épisode, théoriquement inconstitutionnel.

Au niveau fédéral premièrement, les mesures législatives permettant une action exceptionnelle du Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire sont les lois du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19⁶⁶. Ainsi, le gouvernement belge fut habilité à prendre des mesures d'urgence de nature exécutive, ce qu'il fit à de nombreuses reprises avant – plusieurs arrêtés ministériels⁶⁷ sont en effet successivement adoptés le 13⁶⁸, le 18⁶⁹ et le 23 mars 2020⁷⁰ – et après cette date. Cette loi permet à l'exécutif d'agir très largement afin d'endiguer l'épidémie et, à cette fin, d'« abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, même dans les matières qui sont expressément réservées à la loi par la Constitution »⁷¹, ainsi que le lui permet la théorie des pouvoirs spéciaux. Sur base de cette loi, de nombreux arrêtés royaux ont été adoptés ; cependant, et nous reviendrons brièvement sur ce point *infra*, ce sont principalement les arrêtés ministériels adoptés dès le 3 avril 2020, sans se fonder sur la loi du 27 mars, qui ont réellement restreint les droits et libertés. Outre les arrêtés ministériels précités, de nombreux autres ont été adoptés afin de modifier celui du 23 mars 2020⁷².

⁶⁴ Suivant la théorie des pouvoirs spéciaux, non seulement les circonstances dans lesquels s'exercent ces pouvoirs doivent revêtir un caractère exceptionnel justifiant la délégation de pouvoirs à l'exécutif, mais l'habilitation doit en plus de cela : être strictement limitée dans le temps ; être déterminée avec précision concernant les matières ainsi que les limites précises dans lesquelles le gouvernement est autorisé à intervenir ; être examinées et confirmées par le législateur dans un délai raisonnable. Nous reviendrons sur le respect de ces conditions dans le cadre de la crise sanitaire au sous-point 1.2.2.

⁶⁵ J. CLARENNE, C. ROMAINVILLE, « Le droit constitutionnel belge à l'épreuve du Covid-19 (1/2) », *Blog Jus Politicum*, 23 avril 2020, en ligne : <http://blog.juspoliticum.com/2020/04/23/le-droit-constitutionnel-belge-a-lepreuve-du-covid-19-1-2-par-julian-clarence-et-celine-romainville/>

⁶⁶ Elles sont publiées au Moniteur belge (ci-après « M.B. »), journal officiel du Royaume de Belgique, le 30 mars 2020.

⁶⁷ Les arrêtés ont été adoptés par le Ministre de l'Intérieur, comme le prévoit la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile.

⁶⁸ M.B., 13 mars 2020, pp. 15579 et s.

⁶⁹ M.B., 18 mars 2020, pp. 16037 et s.

⁷⁰ M.B., 23 mars 2020, pp. 17603 et s.

⁷¹ Loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19 (I), article 3, §2.

⁷² Ces instruments portent tous la même dénomination, seule la date change. Leur base légale n'est donc pas la loi du 27 mars 2020 mais les mêmes législations que celles qui fondèrent les arrêtés ministériels des 13, 18 et 23 mars.

Enfin, l'arrêté ministériel du 30 juin 2020, modifié par celui du 24 juillet, impose à tout établissement de restauration de collecter les coordonnées de l'ensemble des clients et de les conserver durant quatorze jours. Cela pose évidemment une interrogation centrale relative au droit au respect de la vie privée et à la protection des données privées, à l'instar du formulaire à remplir par chaque belge provenant d'une zone classée selon les codes « orange » ou « rouge » à l'étranger. Notons enfin, ce qui est très particulier à la Belgique et concernant peut-être moins directement la matière qui nous occupe, que la langue imposée par ce formulaire de traçage – l'anglais – contrevient également aux droits des administrés concernant l'usage des langues en matière administrative. Au niveau des entités fédérées également, des mesures ont été prises, dont de nombreuses impliquant la délégation de pouvoirs spéciaux aux différents exécutifs. Dans les limites de leurs compétences respectives, les Communautés et les Régions ont également adopté un nombre important d'acte à caractère exécutif.

Enfin, les communes et les provinces ont également adopté une série de mesures particulières. Particulièrement emblématique, un couvre-feu et une obligation de port du masque généralisée ont été imposés le 29 juillet 2020 par la gouverneure aux habitants de l'ensemble de la province d'Anvers, où une notable hausse des contaminations a été constatée vers la mi-juillet par suite des mesures de déconfinement partiel. Au niveau communal, les bourgmestres ont également adopté une série de mesures telles que l'obligation du port du masque dans toutes ou certaines zones publiques, la fermeture de commerces et d'établissements. Les autorités communales sont par ailleurs chargées de l'exécution des arrêtés ministériels successivement adoptés de mars à août 2020.

1.3.2. Réactions

Comme ce fut le cas ailleurs, une série de critiques fusèrent à propos des diverses restrictions aux droits fondamentaux causées par la lutte contre la Covid-19, émanant de la société civile, d'organes de surveillance du respect de l'État de droit, de juristes et plus largement et d'universitaires.

Dans les premiers temps de la réponse à la crise, une série d'interrogation se sont posées concernant la légalité formelle des actes adoptés par l'exécutif. Nous avons en effet noté *supra* que la théorie prétorienne des pouvoirs spéciaux permettait au gouvernement d'exercer certaines matières dévolues au Parlement, suivant le respect de certaines conditions. En l'espèce, certaines conditions relatives à la délégation de pouvoirs semblent n'avoir pas été suivies au début de la crise sanitaire, pour deux raisons principales. Premièrement, avant l'adoption de la loi du 27 mars, des critiques ont fusé quant à la base légale des arrêtés ministériels des 13, 18 et 23 mars : en effet, les bases légales principales fondant ces arrêtés se sont trouvées être les lois du 31 décembre 1963 sur la

protection civile et du 5 août 1992 sur la fonction de police, et surtout, la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile⁷³. Son article 182 dispose que «[l]e ministre [ayant l'intérieur dans ses attributions] ou son délégué peut, en cas de circonstances dangereuses, en vue d'assurer la protection de la population, obliger celle-ci à s'éloigner des lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, et assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes visées par cette mesure ; il peut, pour le même motif, interdire tout déplacement ou mouvement de la population ». Certains ont critiqué le recours à cette disposition dans le cadre de la crise sanitaire, estimant que l'article 182 constituait une base légale insuffisante⁷⁴ pour permettre la délégation de pouvoir au Ministre de l'Intérieur⁷⁵. D'autre part, alors que le principe de légalité, particulièrement des infractions et des peines⁷⁶, exige la clarté et la précision des termes mobilisés : or, l'une des autres critiques portées à l'encontre de ces trois premiers arrêtés ministériels est celle d'un grand flou rédactionnel. La même critique est soulevée concernant le niveau fédéré, où une délégation de pouvoir d'une telle ampleur vers les gouvernements des communautés et des régions n'avait encore jamais eu lieu⁷⁷.

Plus généralement, cette importante délégation de compétences exceptionnelles à l'exécutif pose, en Belgique également, la question de l'équilibre des pouvoirs, particulièrement dans le contexte d'un gouvernement en affaires courantes sur lequel le Parlement ne peut que plus difficilement exercer son contrôle constitutionnel. En effet, il est fondamental de noter que la Belgique ne dispose que d'un gouvernement dont les compétences sont normalement limitées à ce que la théorie constitutionnelle belge nomme les « affaires courantes »⁷⁸. Certains académiques n'ont ainsi pas manqué de relever que la représentation démocratique est mise à mal, dans la mesure où le gouvernement démissionnaire n'est sujet qu'à un contrôle parlementaire limité – le gouvernement en affaires courantes ne dispose qu'un quart des sièges à la Chambre des représentants⁷⁹. Dans ce contexte particulier à de multiples égards, des mesures restrictives des droits et libertés, ainsi qu'une habilitation très large relative au domaine de la justice⁸⁰. Enfin, notons que, malgré

⁷³ M.B., 31 juillet 2007, pp. 40379 et s.

⁷⁴ Rappelons que le caractère précis et circonscrit de la délégation de pouvoir est l'une des conditions fondamentales de celle-ci.

⁷⁵ Voyez notamment J. CLARENNE, C. ROMAINVILLE, *op. cit.* ; F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY, E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020/1, n. 2446, particulièrement pp. 33-34.

⁷⁶ Le non-respect des prescriptions de l'ensemble des arrêtés ministériels entraîne l'application de peines prévues par l'article 187 de la loi relative à la protection civile.

⁷⁷ F. BOUHON et al., *op. cit.*, p. 33.

⁷⁸ Il s'agit des affaires que peut traiter un gouvernement sortant dont les compétences sont logiquement limitées par son absence d'assise démocratique.

⁷⁹ 38 sièges sur 150.

⁸⁰ La loi du 27 mars 2020 confie en effet à l'exécutif le soin d'adapter l'organisation des cours et tribunaux dans le cadre de la crise, ainsi que de modifier l'organisation de la compétence et de la procédure (voyez l'article 5, §1^{er}, 7^o).

l'adoption d'un instrument législatif fixant le cadre de l'intervention de l'exécutif, de nombreux arrêtés ministériels ont été adoptés par la suite, qui ne font aucune référence à la loi du 27 mars 2020 mais se bornent à évoquer les lois relatives à la protection de la sécurité civile. Ainsi, les mêmes critiques concernant le principe de légalité peut être soulevé concernant les arrêtés ministériels qui ont succédé ceux de mars 2020.

Également, concernant le traçage et la collecte de données personnelles, des voix se sont élevées concernant la conformité de ce régime au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 22 de la Constitution belge. En outre, les conditions de la rédaction de l'arrêté royal fixant les conditions du traçage ont été largement critiquées : en pratique rédigé par une seule personne, se trouvant qui plus est au centre de notables conflits d'intérêts⁸¹, cet instrument n'a pas manqué de susciter les critiques de la presse et de la Ligue des droits humains⁸².

Enfin, les questionnements que nous émettons dans le présent article rejoignent les réflexions de certains académiques sur la permanence des mesures, des contrôles⁸³ et des peines adoptées dans le cadre de cette crise. Ainsi, anticipant sur les questionnements que nous développerons sous le point 2., reprenons cette pressante interrogation, posée le 27 juillet dernier par le Nicolas Thirion, professeur à l'Université de Liège : « Les circonstances exceptionnelles ? N'est-ce pas l'argument invoqué dans les périodes troubles pour substituer au droit "ordinaire" un "état d'exception" qui, marquant un recul significatif de nombreux droits fondamentaux, est souvent transformé par la suite, grâce à la magie de l'alchimie juridique, en nouveau droit ordinaire ? »⁸⁴.

⁸¹ Frank Robben est la personne qui fut chargée de réaliser cette application de traçage et de rédiger l'arrêté royal réglant son utilisation. Outre le fait que la rédaction d'un instrument légal d'une telle importance soit confiés à une seule personne privée, Robben se trouve au centre de conflits d'intérêts. En effet, son mandat auprès de l'autorité chargée de vérifier l'utilisation des données sanitaires, le Comité de la sécurité de l'information (CSI) ne peut être exercé simultanément avec celui qu'il exerce auprès de l'Autorité de protection des données (APD). Enfin, la rédaction des conditions légales d'utilisation des données personnelles par un membre des autorités chargées de la surveillance de l'utilisation de telles données est pour le moins problématique sur le plan démocratique.

⁸² Voyez notamment L. COURTIN, « Urgence sanitaire et restriction des libertés publiques », *Publications de la Ligue des droits humains*, Chronique n°191 – Libertés confinées.

⁸³ Comme ce fut le cas à la suite des attentats de Paris et de Bruxelles, les contrôles policiers se sont notablement renforcés, au détriment de mesures moins liberticides bien qu'impliquant également l'intervention de l'État. C'est ce que regrettent nombre de citoyens, qui se sont exprimés via une carte blanche signée par une septantaine de philosophes, anthropologues, enseignants, musicologues, juristes, sociologues, médecins, chômeurs, étudiants, actifs dans le milieu de la restauration, du théâtre, de la culture et de l'événementiel – certains ayant signé en simple citoyen. Voyez « Madame la Première ministre, allez-vous risquer une crise démocratique et sociale ? », *Le Vif*, Carte blanche, en ligne : <https://www.levif.be/actualite/belgique/madame-la-premiere-ministre-allez-vous-risquer-une-crise-democratique-et-sociale/article-opinion-1272585.html>

⁸⁴ N. THIRION, « Notre Etat de droit brûle et nous regardons ailleurs », in *La Libre, Opinions*, 27 juillet 2020.

1.4. Pays-Bas

Le quatrième exemple mobilisé est celui d'un État unitaire à tendance décentralisée, au sein duquel les régions ont disposé de larges compétences dans la gestion de la crise sanitaire. Le législateur néerlandais a, à l'instar de celui allemand, choisi de procéder à une modification de la loi de santé publique.

1.4.1. Analyse

Le législateur néerlandais n'a à ce jour pas encore adopté de législation d'urgence en matière de lutte contre le Covid-19. Le projet de *Coronawet*, de « Loi Corona »⁸⁵, est en effet passée en examen devant la Deuxième Chambre le 13 juillet 2020. Nous verrons que cette loi, vivement critiquée, contient plusieurs réformes qui, selon ses détracteurs, sont destinées à perdurer au sein de l'ordre juridique néerlandais. En effet, cette loi est normalement valable durant un semestre, mais est susceptible d'être prorogée de trois mois en trois mois, selon le degré d'urgence sanitaire identifié.

Dans l'ordre juridique néerlandais, l'état d'urgence peut être déclaré, l'article 103 de la Constitution permettant à cette fin l'adoption d'un décret royal conférant aux autorités exécutives les compétences nécessaires – quitte à empiéter sur celles des municipalités, des provinces ou de la branche législative. Cependant, le premier paragraphe de cette disposition prévoit que le décret royal proclamant l'état d'exception ne peut être adopté que dans les limites prévues par la loi. Cette disposition prévoit également que les autorités exécutives compétentes peuvent s'écarter de certains droits et libertés prévus par la Constitution⁸⁶. C'est la *Coördinatiewet uitzonderingstoestanden* (en français, « Loi de coordination sur les circonstances exceptionnelles »), qui exécute l'article 103 de la Constitution.

Ce n'est cependant pas ce *corpus* juridique d'exception qui a été appliqué à l'occasion de la crise. La situation juridique des Pays-Bas est à vrai dire comparable à celle de l'Allemagne, en ce sens que, malgré le fait qu'aucune législation sanitaire d'urgence ait été déclarée, une série d'instruments ont été adoptés sur base d'une législation déjà existante. La différence réside dans le fait que la *Wet Publiek Gezondheid* (Loi sur la santé publique, ci-après « Wpg ») n'a pas été modifiée à cette occasion, ce qui a nous le verrons soulevé des critiques quant à la constitutionnalité

⁸⁵ Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Wetvoorstel*, Tijdelijke bepalingen in verband met maatregelen ter bestrijding van de epidemie van covid-19 voor de langere termijn (Tijdelijke wet maatregelen covid-19), vergaderjaar 2019–2020, 35 526, nr. 2.

⁸⁶ Il s'agit des droits garantis aux articles 6 à 9, 12, 13 et 113, concernant respectivement : le droit à la liberté et à la pratique du culte ; le droit à la liberté d'opinion et l'interdiction de la censure ; la liberté d'association ; la liberté de réunion ; le droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile ; le droit au secret de la correspondance ; le droit à ce que la privation de liberté soit décidée par le pouvoir judiciaire.

des ordonnances adoptées – la *Wpg* ne comprenant pas explicitement la possibilité de limiter les droits et libertés impactés par les mesures. Les mesures de lutte contre le Covid-19 se basent en effet sur une série de mesures de nature réglementaire, qui dépassent parfois le prescrit de la législation applicable à la matière.

Le premier train de mesures nationales, adoptées par le Ministre de la Santé et exécutées à sa demande par le Conseil de sécurité⁸⁷ le 23 mars 2020 sur base de l'article 7 de la *Wpg*, ont, de manière similaire à ce que nous avons pu constater au sein d'autres ordres juridiques, limité plusieurs libertés fondamentales. Ce sont particulièrement les libertés de réunion et d'association qui ont été restreintes, ce jusqu'au 1^{er} juin 2020, ainsi que la liberté d'entreprendre⁸⁸ et le droit à la vie privée et à la vie familiale⁸⁹. Certaines de ces mesures, originellement valable jusqu'au 6 avril 2020, ont été prolongées et de nouvelles mesures ont été adoptées dans le cadre du déconfinement progressif opéré au niveau national. Ainsi, il est prévu dès le 6 août une obligation de délivrer certaines informations privées aux bars, restaurants et autres endroits publics de restauration.

Les présidents des 25 régions néerlandaises chargées de la sécurité (*veiligheidsregio's*)⁹⁰ ont également adopté une multitude d'actes exécutifs d'urgence destinés à la gestion de la crise, après s'être coordonnés une première fois en février 2020. En effet, sur base de la loi réglant les compétences et l'organisation des *veiligheidsregio's* (*Wet Veiligheidsregio's*, ci-après « *Wvr* »), leurs présidents ont repris les compétences des autorités communales⁹¹ afin de prendre des mesures concernant le port du masque, les interdictions de se réunir et de manifester, ainsi que les différents types de quarantaine au niveau régional. Depuis le mois de février, l'ensemble des régions se coordonnent par le biais d'un modèle d'ordonnance périodiquement adopté sur base des indications nationales adoptées par le Ministère de la santé que les autorités régionales doivent compléter selon les spécificités des territoires et populations concernées.

⁸⁷ Le Conseil de sécurité (*veiligheidsberaad*) rassemble aux Pays-Bas l'ensemble des représentants des 25 représentants des *veiligheidsregio's* (voyez *infra*).

⁸⁸ Du fait de la fermeture obligatoire des commerces de proximité – à nouveau, des questions liées au droit à l'égalité et à la non-discrimination peuvent être soulevées du fait que les grandes surfaces et centres commerciaux ont pu, selon certaines modalités, rester ouvertes au public consommateur.

⁸⁹ Surtout concernant les contrôles effectués par l'autorité compétente au domicile d'une personne en quarantaine, ainsi que concernant le droit de visite entre membres de la famille – concernant surtout, dans deux thèmes différents, les enfants et les personnes en fin de vie.

⁹⁰ Il s'agit d'institutions régionales compétentes dans les matières relatives à la sécurité, pour chaque territoire concerné.

⁹¹ Artikelen 39 en 42 van de Wet van 11 februari 2010, houdende bepalingen over de brandweerzorg, de rampenbestrijding, de crisisbeheersing en de geneeskundige hulpverlening, en ligne : <https://wetten.overheid.nl/BWBR0027466/2020-07-01>.

14.2. Réactions

Un premier élément sur lequel la critique s'est focalisée aux Pays-Bas est celui concernant la proportionnalité des mesures adoptées, particulièrement concernant la durée de leur application. C'est particulièrement le risque de permanence des mesures adoptées qui a inquiété certains académiques. Comme nous le ferons *infra*, l'avocat et Professeur à l'Université d'Amsterdam Marc de Wilde établit l'intéressant parallèle entre les mesures exceptionnelles adoptées dans le cadre de la crise sanitaire et le *Patriot Act* adopté par les États-Unis afin de lutter contre la menace terroriste à la suite des attaques de septembre 2001⁹².

Ensuite, la loi d'urgence (« *Coronawet* ») en passe d'être adoptée pour lutter contre la Covid-19 fut également sujette à de nombreuses critiques, certains considérant que ces dispositions vont trop loin dans les restrictions apportées aux droits fondamentaux. En effet, ce projet de loi prévoit l'adoption, par le Ministre de la santé, de mesures telles que l'interdiction ou la limitation des rassemblements et groupements de personnes et les contrôles du respect des quarantaines. Selon Wim Voermans, Professeur de droit constitutionnel et administratif à l'Université de Leiden, ce projet de loi confère non seulement à l'exécutif de vastes compétences pour adopter des mesures restrictives des droits et libertés, mais prive en outre le Parlement et le *Raad van State* de la possibilité constitutionnelle de se prononcer sur de telles mesures : le Parlement ne détiendra alors que l'équivalent d'un pouvoir de ratification des mesures adoptées par le Ministre de la santé et le *Raad van State* sera totalement exclu de la prise de décision. Cela non seulement va à l'encontre des équilibres constitutionnels garantis par la Constitution néerlandaise, mais évacue en outre le débat démocratique de la prise de décision, au profit de mesures basées sur une base très étroite et technocratique ; il s'agit d'ailleurs de l'un des éléments soulevés par le *Raad van State*⁹³ concernant les mesures précédemment prises par les différents exécutifs sur base de la *Wpg* et de la *Wvr*⁹⁴.

Enfin, le fait pour la police des drones à survoler certaines zones des Pays-Bas afin de faire respecter la distanciation sociale a également soulevé des critiques⁹⁵, la crainte principale étant,

⁹² F. VAN ROOTSELAAR, "Het gevaar is dat tijdelijke coronamaatregelen permanent kunnen worden", Interview met Laura Henderson en Marc de Wilde, en ligne : <https://www.amnesty.nl/wordt-vervolgd/coronamaatregelen-gevaar-permanent>

⁹³ Comme c'est le cas en Belgique, le *Raad van State* (Conseil d'État) est chargé d'une part de délivrer des avis sur des projets de législations et de réglementations et, d'autre part, de trancher les litiges intervenants entre les administrés et l'administration publique au sens large. C'est dans la première de ces deux fonctions qu'il intervient ici.

⁹⁴ RAAD VAN STATE, "Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen", W04.20.0139/I/Vo, 25 mai 2020, en ligne : <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@121106/w04-20-0139-vo/>.

⁹⁵ K. VAN TEEFFELLEN, "Drones controleren of u zich aan de coronaregels houdt, maar mag dat eigenlijk wel?", *Trouw*, 1er avril 2020, en ligne : <https://www.trouw.nl/nieuws/drones-controleren-of-u-zich-aan-de-coronaregels-houdt-maar-mag-dat-eigenlijk-wel~b3e551a4/>

comme c'est le cas concernant certaines mesures de lutte contre la Covid-19 – comme l'utilisation d'une application mobile de suivi, que de telles technologies ne soient détournées de leur but à la fin de la crise et ne revêtent un caractère permanent⁹⁶.

1.5. Constats provisoires

Une série de constats préliminaires méritent d'être posés, tenant tant aux similitudes qu'aux différences entre les différents corps de lois et réglementations adoptés dans le cadre de la crise.

Un premier constat concernant le moment de l'adoption des premières lois de délégation, de pouvoirs spéciaux, d'urgence selon la terminologie utilisée au sein de chaque ordre juridique – même lorsque, comme en Allemagne, aucun état d'urgence n'a été expressément déclaré⁹⁷. Ce moment, étalé sur quatre jours, constitue vraisemblablement un point-charnière de ce *continuum* entre état normal et état d'urgence sanitaire. C'est en effet entre le 22 et le 27 mars que les États étudiés ont adopté les mesures mettant en place l'un ou l'autre type d'état d'urgence sanitaire – quel que soit l'appellation conférée à cette situation juridique exceptionnelle. Le moment de basculement, assez similaire concernant les États analysés⁹⁸, peut faire penser à un effet de cascade que, nous le verrons, les systèmes présentant des caractéristiques adaptatives et complexes rencontrent fréquemment lorsqu'une perturbation intervient⁹⁹.

Nous avons également pu voir, au sein de chaque ordre juridique, que tant la société civile que le milieu universitaire, politique et associatif, ont émis de nombreuses critiques quant aux mesures adoptées. Ces critiques concernent particulièrement, nous l'avons vu, le respect des droits fondamentaux et la sauvegarde des équilibres et mécanismes de contrôle garantissant le fonctionnement démocratique des institutions. Une série de considérations intéressante a également concerné l'équilibre délicat existant entre droits à portée individuels et droits collectifs (particulièrement, le droit à la protection de la santé). Chaque ordre juridique analysé a en effet connu l'adoption de mesures relativement similaires à cet égard, ce qui n'a pas eu lieu sans que la critique ne fuse. Ces critiques et réserves font écho au large débat conceptuel opposant diamétralement l'État de droit à l'état d'exception ; nous verrons sous le point suivant que ces

⁹⁶ F. VAN ROOTSELAAR, *op. cit.*

⁹⁷ Rappelons cependant que les restrictions aux droits et libertés constitutionnellement garantis, ainsi que les dérogations subies par l'équilibre fédéral et institutionnel a pu faire penser que, également en Allemagne, un état d'urgence avait également été déclaré.

⁹⁸ Et c'est vrai aussi pour d'autres ordres juridiques dont nous n'avons pas pu faire l'analyse dans les lignes qui précèdent.

⁹⁹ Nous reviendrons sur ce point *infra*.

considérations sont généralisables à une série de situations précédentes, et que la classique opposition diamétrale entre ces deux états mérite d'être nuancée et relativisée.

L'une des critiques fréquemment soulevées est celle de la préexistence d'un dispositif d'exception, ce qui rendrait aux yeux des commentateurs inutile l'adoption d'un état d'urgence sanitaire *ad hoc*. La crainte est celle d'une présence trop importante de l'état d'exception dans les ordres juridiques considérés, du fait des chevauchements possibles entre les différents états d'urgence adoptés afin de faire face à chaque situation de crise. Si le caractère spécifique des crises que peut traverser une démocratie libérale peut justifier l'adoption de mesures adaptées, il convient néanmoins d'émettre deux observations. Premièrement, un chevauchement tel qu'évoqué ci-dessus est susceptible de soulever des questions relatives à la légitimité des mesures prises et aux différents principes généraux qui forment la base de nos États de droit¹⁰⁰. Deuxièmement, notons que certains des régimes d'urgence sanitaire évoqués ci-dessus dérogent aux régimes généraux d'exceptions souvent réglé par les Constitutions des États analysés ou par des lois revêtant un statut spécial¹⁰¹. Sur ce point, la permanence des dispositifs mis en place questionne particulièrement les fondements de nos systèmes juridiques : elle impose de s'interroger sur leur mutation et leur aptitude à faire face à d'importantes perturbations, sans perdre leur nature et les caractéristiques fondamentales de leur fonctionnement.

Ces brefs constats nous mènent vers des considérations plus générales sur les relations qu'entretiennent État d'urgence et état d'exception. En effet, nous avons plus voir que les démocraties libérales se servent encore aujourd'hui des concepts d'état d'urgence et d'exception pour faire face à des crises de divers types.

2. L'INVOCATION DE L'ÉTAT D'EXCEPTION PAR UN SYSTÈME DÉMOCRATIQUE : LA CONCILIATION IMPOSSIBLE DE DEUX PARADIGMES CONTRADICTOIRES... ET COMPLÉMENTAIRES

Depuis les premiers questionnements sur la possibilité d'un « État libéral »¹⁰², structure sur laquelle le gouvernant ne détient plus le contrôle ni la prise qu'il pouvait exercer sous l'État autoritaire, se

¹⁰⁰ Particulièrement, les principes de légalité des délits et des peines, de transparence de l'action publique, de

¹⁰¹ C'est notamment le cas de la France et de l'Allemagne.

¹⁰² Certaines composantes du principe se retrouvent déjà, autrement formulées, chez Locke et Bodin... voire Aristote (S. HUMPHREYS, "Nomarchy: On the Rule of Law and Authority in Giorgio Agamben and Aristotle", *Cambridge Review of International Affairs*, Volume 19, Number 2, June 2006). C'est par la suite en réaction à la prégnance de l'État de police que le néologisme de *Rechtsstaat* est créé en 1798 par Wilhem Petersen visant alors la philosophie politique de Kant. Il est ensuite repris par des penseurs du libéralisme au courant du XIX^e siècle.

pose réellement la question de l'état exceptionnel et des restrictions qu'il implique¹⁰³. Nous n'aurons pas le loisir sous ce point de résumer l'ensemble de la doctrine entourant la notion d'état d'exception et de ses diverses déclinaisons, ce qui n'est d'ailleurs pas son but. Nous souhaitons plutôt décrire ci-dessous les principaux éléments intégrant la notion classique d'État de droit¹⁰⁴, pour ensuite en décrire l'articulation avec ceux composant l'état d'exception – éventuellement permanent – telle que cette notion a été développée par une littérature ample et complexe¹⁰⁵. Dans la mesure où ce sont les composantes de l'État de droit qu'ont remis en question les diverses formes d'état d'exception, il est en effet intéressant d'étudier ces deux concepts comme deux états différents d'un même système – réflexion systémique que nous approfondirons sous le point 3 en mobilisant la théorie de la complexité.

Nous consacrerons donc quelques développements théoriques à chacun des deux concepts afin d'en saisir les éléments fondamentaux (2.1 et 2.2). Nous clôturerons le point 2 par l'analyse du moment précis marquant le passage d'un État libéral soumis au premier concept, à un état d'exception permanent, mobilisant plusieurs exemples passés de mesure exceptionnelle devenues pérennes (2.3).

2.1. Rechtsstaat – État de droit – Rule of Law : le « quadriptyque » démocratique

Le concept d'État de droit constitue une notion complexe et difficile à circonscrire, tant les développements doctrinaux qu'elle connut furent abondants. Le concept est également très prégnant actuellement dans la sphère globale : les nombreuses références qui y sont faites au niveau international rendent plus difficile encore sa définition précise¹⁰⁶. N'empruntant qu'aux doctrines anglo-saxonne, allemande et française en la matière, les concepts de *Rule of Law*, de *Rechtsstaat* et d'État de droit, s'ils se recoupent et se recouvrent en bonne partie, constituent en réalité le fruit de développements doctrinaux, législatifs et historiques variés. Ils eurent également, au cours de l'Histoire, pour conséquence – ou pour fondement – la légitimation de figures institutionnelles les

¹⁰³ La question ne se posait pas (ou se posait peu ou avec superficialité) dans le cadre d'État de type absolutiste ou despotique, où le pouvoir concentré entre les mains d'un fort exécutif était hors de discussion. Voyez Luc Heuschling, plus particulièrement son *verbum* consacré à l'État de droit, in : L. CADIET *Dictionnaire de la Justice*, P.U.F., Paris, 2004, p. 457.

¹⁰⁴ Nous nous baserons, pour délimiter la notion d'État de droit, sur la doctrine d'une part, et sur les documents élaborés par la Commission de Venise et par le Conseil de l'Europe d'autre part.

¹⁰⁵ La doctrine est en effet très riche sur le sujet et ne peut aisément se résumer en quelques pages. Nous proposons ainsi de n'en donner que l'ébauche utile à la rédaction du présent article. Nous mobiliserons ici principalement les théories de l'état d'exception et de l'action exceptionnelle de l'exécutif développées notamment par Santi Romano, Hebert Carl Schmitt, Tingsten, Giorgio Agamben et Oren Gross. D'autres travaux ont ensuite complété nos réflexions.

¹⁰⁶ M. KRYGIER, "The Rule of Law: Pasts, Presents, and Two Possible Futures", *Annual Review of Law and Social Science* 2016, 12, pp. 199 et s.

plus variées : de celle du Parlement à celle d'un chef exécutif exclusif et autoritaire¹⁰⁷. Il est cependant utile de tenter de circonscrire l'objet impacté par les différentes mesures adoptées dans le cadre d'un état d'exception. Le but n'est pas ici de décrire en détail de quelle façon la notion d'État de droit s'est formée¹⁰⁸ ni quel en est le contenu détaillé, mais plutôt de déterminer, pour les besoins de notre étude, quels sont les éléments qui sont en général les plus impactés par les mesures exceptionnelles. Notons, et c'est essentiel de le souligner dans la mesure où l'examen auquel nous procédons concerne également la tension qui existe entre intérêts collectifs d'une part, droits et intérêts individuels d'autre part, la bifurcation fondamentale d'une conception antique et médiévale de l'État de droit se basant davantage sur le collectif vers la conception essentiellement libérale et individualiste du concept¹⁰⁹. Cette tension caractérisant particulièrement l'État de droit de type libéral est en partie due au fait que l'explication centrale fondant la pensée libérale est celle d'un contrat, par lequel l'homme, essentiellement libre, accepte de renoncer à une portion de cette liberté afin de se placer sous la protection d'une communauté, d'un ordre social, avec lequel il contracte et obtient avantage par le bénéfice de diverses normes adoptées par ladite communauté en divers domaines. L'équilibre entre droits individuels et droits collectifs est alors extrêmement délicat ; conceptuellement, de même, alors que l'homme renonce à un pan de sa liberté, ce n'est pas pour se placer derrière des barreaux : *l'on ne renonce pas à une portion de sa liberté pour se placer sous le joug d'un État despotique et, dans l'idéal des Lumières, seul l'État libéral présentant les caractéristiques l'État de droit, justifie un tel abandon*. Malgré l'importante fluctuation que connut le concept, l'État de droit tel que libéralement conçu met une emphase toute particulière sur quatre éléments principaux, qui constituent en quelque sorte son noyau dur¹¹⁰.

Premièrement, les individus se soumettant à un ordre social déterminé, doivent être les auteurs des lois qui le composent et le gouvernement. En d'autres termes, les lois doivent être adoptées démocratiquement ; dans une conception étroite du concept, cela implique l'existence de

¹⁰⁷ Carl Schmitt, dans son article ayant directement suivi la Nuit des longs couteaux, construit en effet le concept juridico-politique d'« État de droit nazi » (C. SCHMITT, "Der Führer Schützt das Recht", in: *Deutsche Juristen-Zeitung*, Heft 15, 39. Jahrgang, Berlin, 1 August 1934, pp. 945-950). De manière plus explicite, le juriste-phare du III^e Reich précise qu'il entendait par-là (reprenant ainsi la formule utilisée en 1934 par Hans Frank avant la nuit des longs couteaux – le 25 mars 1934, de « *Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers* ») un État de droit allemand « appartenant » à Adolf Hitler.

¹⁰⁸ Nous renvoyons pour cela aux développements effectués par Luc Heuschling, *op. cit.*, pp. 455-561. L'auteur y explique succinctement le développement du concept, de sa naissance dans l'Allemagne des Lumières et son développement au début du XIX^e siècle à sa transcription dans une série de textes européens et internationaux comme héritage libéral et démocratique, en passant par la division du concept au cours des XIX^e et XX^e siècles en les trois sous-concepts voisins (cousins ?) que sont le *Rule of Law*, le *Rechtsstaat* et l'État de droit. Le passage de la notion de l'ordre juridique allemande à celui français constitue par ailleurs un exemple intéressant de transplantation conceptuelle, voire légale, qui a déjà été largement étudiée (voyez, à cet égard, L. HEUSCHLING, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, Paris, 2002, 739 pp.).

¹⁰⁹ B. Z. TAMANAHA, *On the Rule of Law*, Cambridge university Press, 2004, pp. 32-38.

¹¹⁰ Ces quatre composantes peuvent également être interprétées extensivement, tenant compte de l'évolution actuelle (post-moderne) des systèmes libéraux.

procédures permettant une participation réelle à l'élaboration des règles communes ainsi que les droits et libertés spécifiques à l'exercice, actif ou passif, de l'exercice électoral – droit de vote et d'éligibilité, liberté d'association et liberté d'expression et droit de pétition, principalement. Cette première composante exige le rôle prépondérant du pouvoir législatif dans la confection de ces lois, à l'exclusion de la prééminence de l'exécutif¹¹¹. Une interprétation plus extensive du concept peut également intégrer des éléments participatifs « hybrides », intégrant mais dépassant la dimension purement institutionnelle de la participation¹¹². Deuxièmement, et cette condition constitue à la fois le noyau dur et l'interprétation la plus restrictive de la notion d'Etat de droit, l'individu ne peut être considéré comme libre que tant que les gouvernements dirigeant l'état social dont il fait partie se plient également aux mêmes règles préexistantes¹¹³ – peut-être même davantage que les gouvernés¹¹⁴. Ceci implique, dans une appréhension à la fois extensive et actuelle du concept, que l'ensemble des citoyens, gouvernés comme gouvernants, ne soient soumis qu'aux lois existantes (au sens large), ce qui protège alors le gouverné des aléas de l'arbitraire. **Il s'agit de la seule manière par laquelle la confiance collective peut se construire**¹¹⁵. Troisièmement, l'autonomie de la personne doit être respectée par le biais du respect minimum¹¹⁶ des droits politiques, de nature substantive ou procédurale. Quelle que large que puisse être conçue cette condition en y intégrant une série de droits socio-économiques, la base minimale exige que l'intégrité de corps et d'esprit soit respectée par les organes exerçant le pouvoir et détenant la force publique. Enfin, l'existence d'un État de droit implique également une séparation nette des trois pouvoirs classiquement conçus : à nouveau, la prééminence du pouvoir législatif est centrale relativement à cette condition.

Notons que les intérêts collectifs ne sont, dans cette vision restrictive de l'État de droit, pris en compte que de manière « négative », dans la mesure où chacune des trois premiers types de liberté n'est absolu : les intérêts de la collectivité sont ainsi protégés dans la mesure où les droits de chacun ne peuvent empiéter sur ceux de personne. Malgré le caractère essentiellement individualiste de la

¹¹¹ Voyez notamment H. TINGSTEN, *Les pleins pouvoirs : L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la grande guerre*, Publication du Fonds Descartes, Paris, 1934, pp. 13 et s. ; G. AGAMBEN, *State of exception*, The University of Chicago Press, 2005, pp. 6-7.

¹¹² Nous développerons cette réflexion sous le point 3.

¹¹³ De manière très extensive, Brian Tamahana parle à cet égard de 'governmental officials' qu'il définit comme « *anyone acting in a governmental capacity* » et de 'populace', qu'il définit comme « *all natural and artificial persons within a territory* ». Voyez B. Z. TAMANAHA, "Functions of the Rule of Law", *Legal Studies Research Paper Series*, Paper no. 18-01-01, Washington University Saint Louis, School of Law, 2018.

¹¹⁴ *Id.*, p. 2.

¹¹⁵ *Id.*, p. 3.

¹¹⁶ Outre le respect des libertés politiques comme composante de l'État de droit intégrant les droits fondamentaux, certains chercheurs telles que Louise Gaxie (« Du 'droit individualiste' au 'droit social' : Une histoire de la juridicisation du social (1789-1939) », <http://www.raison-publique.fr/article496.html>) et Diane Roman (« La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme*, 1-2012, mis en ligne le 27 mars 2014, consulté le 14 juin 2020) intègrent en effet dans le concept d'État de droit le respect des droits économiques et sociaux. Cette approche nous semble plus réaliste et complète, les mesures d'exception pouvant également restreindre de tels droits – ainsi que nous avons pu le voir au point 1.

notion moderne d'État de droit, une dimension communautaire se développe donc en miroir de la prééminence accordée à l'individu. Ainsi que nous avons pu le voir ci-avant, les tensions susceptibles de naître entre ces deux dimensions soulèvent des interrogations essentielles dans le cadre de la crise actuelle. Elles reflètent en effet non seulement une tension fondamentale existant entre l'exécutif, renforcé à l'occasion de la mise en place de l'état d'urgence, et les droits et libertés des personnes ; elles traduisent également l'équilibre malmené, devant exister entre droits individuels – droits à la protection de la vie privée, libertés d'expressions et d'association, liberté de mouvement – et droits collectifs – principalement, dans le cas qui nous occupe, le droit à la santé. Les droits et libertés ne sont pas l'unique des quatre pans décrits ci-dessus, à être profondément affecté par l'état d'urgence. La première des quatre composantes exposées, la condition de participation à la confection des lois réglant l'ordre social auquel se soumet l'individu, est également impactée par la proclamation légale ou constitutionnelle de l'état d'urgence ou d'exception. Dans la mesure où, dans de tels états constitutionnels, c'est l'exécutif qui s'impose comme celui des trois pouvoirs qui élabore la réglementation alors applicable et qui prend alors un rôle de premier plan – sinon un rôle exclusif – dans la conduite des affaires publiques. Ce constat vaut également en ce qui concerne le quatrième pan ci-dessus évoqué, renvoyant à une séparation, ou du moins, à un équilibre, des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif, ce dernier prévalant alors notablement sur les deux autres. Enfin, dans la mesure où, dans de telles situations, une partie du droit applicable (notamment le droit constitutionnel) est susceptible d'être suspendu, même la dimension la plus restrictive de l'État de droit est mise à mal nous verrons au sous-point suivant que le gouvernant est, en temps de crise, autorisé à outrepasser une série de prescriptions légales et de principes fondamentaux.

2.2. Les temps de crises et l'état d'exception : une brève délimitation du concept

Lors de la survenance d'une crise, il fut courant dans l'histoire¹¹⁷ de soumettre l'une, plusieurs ou l'ensemble des composantes décrites ci-dessus à des restrictions revêtant degrés divers. En effet, l'institution est ancienne et l'on peut faire remonter son existence et son utilisation à l'Antiquité, par le biais d'institutions telles que le dictateur, désigné dans la Rome républicaine par le Sénat pour mettre fin à une situation temporaire et périlleuse, raison constituant précisément la raison de

¹¹⁷ Nous n'évoquerons dans les lignes qui suivent que quelques exemples à la fois emblématique et représentatifs des différentes situations dans lesquelles furent adoptées des mesures d'exception lors de la survenance d'une crise. Nous mobiliserons ainsi, de manière superficielle mais en renvoyant aux références juridiques et à la littérature y afférente, les cas suivants caractérisés par différents degrés de gravité : le passage (la transformation radicale) de la République de Weimar au III Reich ; l'état d'urgence instauré face au terrorisme des années 2000-2010 ; certaines mesures d'urgence économique, notamment celles adoptées à la suite de la crise de 2008-2011 en enrichissant l'analyse de précédents états d'urgences économique.

sa nomination¹¹⁸. Les formes diverses formes légales et institutionnelles donna lieu à de denses et nombreuses réflexions au cours des siècles : elles vont de l'utilisation de pouvoirs d'exception par les gouvernant médicéens afin d'affaiblir le système de corporation et d'imposer leur mode de gouvernance oligarchique¹¹⁹, à l'invocation de l'article 16 de la Constitution de la V^e République par De Gaulle 1961¹²⁰, en passant par le déploiement de pouvoirs d'urgence par Napoléon III dans le but de favoriser la transition vers un système de type impérial basé sur son règne¹²¹. Encore aujourd'hui, plusieurs de ces composantes sont affectées par les mesures prises dans l'urgence sanitaire qu'a caractérisé la crise liée à la COVID-19. L'état d'exception, dans ses diverses formes et gradations, est en effet un instrument couramment utilisé afin de suspendre les règles primaire et/ou secondaire décrite comme empêchant de régler efficacement une situation grave et urgente. Le concept d'état d'exception est également d'une complexité et d'une densité remarquables et se décline en plusieurs « sous-états », qui sont le reflet de situations de crise différentes en termes de nature et d'intensité¹²². De brèves considérations théoriques doivent être rappelées ici concernant l'état d'exception, dans la mesure où elles nous serviront à décrire le passage d'une situation juridico-institutionnelle fonctionnant suivant les principes décrits ci-dessus, à un état exceptionnel permettant la suspension desdits principes.

Selon la CNCDH, « un état d'exception a pour objet même la *dérogation* au cadre juridique de l'État de droit ». Mais où, dans un système juridique, se situe l'état d'exception ? Quelle est sa nature ? Si la doctrine s'est plus ou moins accordée sur le fait qu'il constitue un genre de point d'équilibre entre le droit public et le fait politique¹²³ et qu'il est l'un des reflets les plus nets de la souveraineté¹²⁴. *La nécessité est la première source de droit*. C'est de cette manière que le

¹¹⁸ C. SCHMITT, *La Dictature*, Editions du seuil, 2000, p. 67. Il est évident que la fonction de dictateur évolua au fil de l'histoire de la République romaine : en effet, il fut par la suite également nommé pour accomplir des fonctions religieuses ou judiciaire ponctuelles, pour lesquelles il est expressément nommé. Cependant, une multitude d'exemples peuvent être soulevés, de Sulla à Jules César, illustrant les transitions vers des formes plus autoritaires de gouvernement. À ce sujet, voyez notamment M. DE WILDE, "The Dictator's Trust: Regulating and Constraining Emergency Powers in the Roman Republic", *History of Political Thoughts*, 2012, 33.

¹¹⁹ Voyez notamment M. ISENMAN, "From Rule of Law to Emergency Rule in Renaissance Florence", in L. ARMSTRONG, J. KIRSHNER (eds), *The Politics of Law in Late Medieval and Renaissance Italy: Essays in Honour of Lauro Martines*, University of Toronto Press, 2011, pp. 55-76.

¹²⁰ Les limitations posées par l'article 16 avaient pourtant été voulues par De Gaulle lors de la confection du texte de la Constitution. Lors de l'invocation de 1961, aucune des conditions posées par l'article 16 à son utilisation n'était réellement remplie.

¹²¹ C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*, Princeton University Press, 1948, pp. 81-82.

¹²² Malgré la rhétorique mobilisée par certains dirigeants ayant assimilé la situation de crise sanitaire à un état de siège (nous verrons que c'est cette déclinaison de l'état d'exception qui est utilisée dans le cadre d'une « guerre », réelle ou construite par un narratif politique), les états se distinguent en principe les uns des autres par leur objet et par leur degré même si l'on peut considérer, suivant en cela Giorgio Agamben, que les différents états convergent et présentent une série de caractéristiques communes.

¹²³ F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, P.U.F., Paris, 2001, p. 28.

¹²⁴ Comme l'on sait, l'un des paradigmes centraux de la pensée schmittienne est celui selon lequel la capacité de l'institution maniant l'exception est celle qui détient la souveraineté. Cela constitue, on le sait aussi, une manière

théoricien du droit Santi Romano met en lien l'état d'exception avec l'existence-même du droit, là où une série d'autres théoriciens tendent à considérer cet état comme étant essentiellement extra-juridique, malgré les conséquences que les mesures d'exception sont susceptible d'avoir sur la sphère juridique¹²⁵. Les deux courants plaçant respectivement l'état d'exception dans et hors du droit, aucun des deux ne permet cependant de donner une réponse définitive et précise à ces questions : fait-il¹²⁶ ou non¹²⁷ partie du droit applicable au sein de tel ou tel ordre juridique ? Est-ce une forme de droit hybride, une sorte d'état se trouvant à l'intersection du droit et du non-droit, ou mêlant des éléments de chacun de ces systèmes ? Est-ce un sous-système se trouvant en interaction avec un système plus englobant ? Fondamentalement, l'exception a-t-elle pour effet de fonder la légitimité du souverain ? Comment, conceptuellement, un état se trouvant hors du droit peut-il rendre légale une action illégale en temps normal ? Voici autant de questions centrales qu'il nous faut aborder : il nous paraît en effet essentiel de déterminer ce que nous entendons par « état d'exception » afin de pouvoir décrire le passage d'un état à un autre. Ainsi, nous nous concentrerons ainsi sur deux questions principales. Premièrement, quel sont la nature, le contenu et les différentes déclinaisons de cette notion¹²⁸ ? Deuxièmement, comment son interaction avec les autres composantes d'un ordre juridique peut-elle être décrite ?

Pour répondre à la première question – concernant le contenu de la notion – nous nous tournerons principalement vers Walter Benjamin¹²⁹, Carl Schmitt¹³⁰, Giorgio Agamben¹³¹ et François Saint-Bonnet¹³². Les caractéristiques de l'état d'exception sont intrinsèquement entrelacées et peuvent être résumées ainsi : l'adoption de mesures exceptionnelles doit être caractérisée par une *éminente nécessité* ; elles doivent être *éphémères* ; elles visent à *déroger* au cours et au contenu normaux de la prise de décision. Premièrement, l'évidente nécessité est le paradigme central de la notion : elle est définie comme la situation dans laquelle le décideur s'incline devant la nécessité d'une situation, sans ne plus recourir au choix politique qui est le sien en situation normale. En quelque sorte, la nécessité annihile le choix du décideur durant toute la durée de la crise et il doit s'y plier. Cette

pour Schmitt de contester la pertinence du régime libéral, qui selon lui a échoué à tenir compte et à gérer des situations exceptionnelles. Voyez

¹²⁵ G. AGAMBEN, *State of exception*, op. cit., p. 23. Voyez également G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 1970, pp. 168-169.

¹²⁶ Voyez notamment HARIOU, MATHIOT, *L'état d'exception*, P.U.F., Paris, 2001.

¹²⁷ Voyez notamment C. ROSSITER, *Constitutional Dictatorship*, Transaction Publisher, 1948.

¹²⁸ Les formes en sont en effet très variées, l'état d'exception se déclinant suivant plusieurs contextes et degrés. Voyez notamment N. GRANGÉ, *L'urgence et l'effroi : L'état d'exception, la guerre et les temps politiques*, ENS Editions, 2018, p. 29.

¹²⁹ Particulièrement, W. BENJAMIN, « Sur le concept d'Histoire », in *Œuvres*, III, traduction française, Paris, Gallimard, 2000.

¹³⁰ C. SCHMITT, *La dictature*, op. cit.

¹³¹ G. AGAMBEN, *State of exception*, op. cit.

¹³² Notamment les travaux suivants : F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, op. cit. ; « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°6, 2007, pp. 29-38.

annihilation du choix implique une utilisation particulièrement parcimonieuse des mesures exceptionnelles : c'est en dernière extrémité que la nécessité peut dicter la conduite du décideur, seulement lorsque les moyens habituels dont il dispose pour agir sont impossibles à mobiliser¹³³. Cette éminente nécessité implique également – en théorie – le traitement des situations au cas par cas. Dans la mesure, en effet, où c'est la nécessité qui commande l'action du décideur, celle-ci doit être présente dans chaque cas qu'il convient de régler et un contrôle de l'examen du cas particulier de l'espèce doit en principe être effectué – *a priori* ou *a posteriori* – par un organe juridictionnel ou par un contre-pouvoir politique¹³⁴. Lié à la première caractéristique, l'existence donc d'une éminente nécessité, le caractère éphémère des mesures adoptées pour régler une telle situation : en effet, une fois terminée la situation de nécessité, l'état exceptionnel ne dure que le temps de la situation exceptionnelle à laquelle il est lié et est censé prendre fin également. Ce caractère – en principe – essentiellement temporaire implique notamment que des considérations de prévention ne peuvent pas fonder des mesures exceptionnelles : ainsi que le souligne François Saint-Bonnet, « reconnaître une législation d'exception comme ayant une fonction préventive, c'est [...] placer l'exception et la norme au même niveau »¹³⁵. Enfin, le caractère dérogatoire des mesures prises est une qualité essentielle de l'état d'exception : l'état d'exception n'est pas une simple alternative à l'action des gouvernants, mais bien une dérogation indispensable à la législation des temps normaux et aux droits fondamentaux, si bien qu'il se superpose en quelque sorte au régime de droit commun. François de Saint Bonnet parle de la création, par le législateur d'exception, de deux constitutions voire de deux ordres juridiques concurrents destinés à être mobilisés dans le cadre de situation foncièrement différentes, voire de nature opposée. Concernant plus particulièrement le régime français, l'auteur affirme plus particulièrement que le constituant de 1958 a créé *via* l'article 16 un droit dérogatoire, qui coexiste avec le régime de droit commun.

Les trois caractéristiques reprises ci-dessus constituent le noyau dur de la théorie de l'état d'exception ; ces caractéristiques sont complétées par une série d'impératifs dont le respect doit être assuré afin de réaliser une utile synthèse entre les impératifs d'efficacité des mesures exceptionnelles et le maintien de la constitutionnalité de celles-ci, certains garde-fous devaient être garantis : le détenteur des pouvoirs exceptionnels doit en être investi par un tiers ; que ce tiers institutionnel détermine de manière très claire le début et la fin de l'exercice de tels pouvoirs ; enfin, leur but doit tendre seulement à défendre l'ordre constitutionnel, conçu largement. elles ne sont cependant pas suffisantes pour saisir la réalité d'un tel état, et le concept d'« état d'urgence permanent » doit selon nous être mobilisé pour compléter ces caractéristiques, certes nécessaires

¹³³ F. SAINT-BONNET, « L'état d'exception et la qualification juridique », *op. cit.*, p. 30.

¹³⁴ Selon François Saint-Bonnet, la question reste débattue quant à la nature de l'organe de contrôle. *Id.*, p. 33.

¹³⁵ *Id.*, p. 34.

comme point de départ, mais par trop restrictives pour comprendre le *continuum* flou, nuancé et complexe que constitue le passage de l'État de droit à l'état d'exception. La réalité, en effet, n'est pas celle d'une distinction nette et évidente entre état normal et état exceptionnel ; en effet, s'il peut être utile de repérer le point de basculement d'un état à un autre, il nous semble cependant que, malgré les apparences, un tel évènement ne survient, pas subitement, mais constitue le fruit d'évolutions graduelles d'un état vers un autre, évolutions susceptibles de ralentir ou d'accélérer selon les évènements auxquels est soumis le système juridico-institutionnel considéré.

2.3. De l'État de droit à l'état d'exception (permanent ?) – Identifier le point de bifurcation et l'impact sur les composantes de l'État de droit

Les relations entre l'État de droit et l'état d'exception semblent à première vue négatives : là où l'exception prend en importance, l'une, plusieurs ou toutes les composantes de l'État de droit sont restreintes. Comme nous l'avons vu, l'exception se base sur la nécessité, réelle ou fictive. Les mesures adoptées, nous l'avons vu, sont censées revêtir un caractère temporaire. Cependant, il est apparu dans le passé que de tels mesures pouvaient revêtir un caractère durable, voire permanent. Dans un tel contexte, la question principale qu'il nous faut nous poser est celle-ci : comment concilier état d'exception durable et État de droit – si tant est qu'une telle conciliation soit possible ? Une série d'exemples historiques nourriront à cet égard notre réflexion : du « basculement vers la dictature » de la République de Weimar (2.3.1), à l'état d'urgence économique (2.3.3), au, en passant par les états d'exception récents justifiés par la menace terroriste (2.3.2).

Afin de nous aider conceptuellement dans l'étude de ce passage d'un état à un autre, nous souhaiterions avoir recours à cette notion éminemment oxymorique qu'est l'« état d'urgence permanent »¹³⁶. En effet, Giorgio Agamben et son élaboration théorique entourant l'idée de transformation en un état d'exception permanent, nous semble la plus à même d'appréhender une réalité juridico-institutionnelle qui s'est progressivement développée au cours du siècle dernier, et qui s'est révélée s'ancrer dans le nôtre. D'autres auteurs ont également réfléchi à propos de cette notion, bien avant cela : Walter Benjamin, par exemple, considère que l'état d'exception devient souvent indiscernable de la norme, estimant même qu'il a pu devenir « la norme dans laquelle nous vivons »¹³⁷. Également, si Saint-Bonnet ne va pas aussi loin que Agamben dans la permanence automatique de l'état d'exception, il met cependant l'accent sur la tendance du décideur politique à prolonger au-delà du nécessaire les conditions juridiques et institutionnelles dans lesquelles il lui

¹³⁶ Déjà en 1922, Benito Mussolini déclarait : « je considère la nation italienne en état de guerre permanent ».

¹³⁷ W. BENJAMIN, *op. cit.*, p. 433. Par d'intéressants développements, l'auteur insiste sur le fait que, du point de vue des opprimés la norme est un état d'exception et de violence continu. Il considère en effet que « la tradition des opprimés nous enseigne que l'état d'exception dans lequel nous vivons est la règle ».

est permis d'adopter des mesures exceptionnelles dérogeant aux règles garantissant l'État de droit. Ainsi, les bifurcations ne revêtent pas toujours des caractéristiques soudaines et brutales : elles peuvent en effet plutôt consister en une lente mutation d'un état vers un autre¹³⁸. Nous verrons à cet égard que les exemples mobilisés démontrent plutôt un lent renversement, plutôt qu'une occurrence soudaine.

2.3.1. De Weimar au III^e Reich : la permanence par la mobilisation excessive

Le premier que nous souhaiterions mobiliser est celui de la bifurcation de la République de Weimar au III^e Reich, qui s'est déroulée de manière très progressive : l'état d'exception y a en effet été mobilisé durant près de quinze ans, entre 1919 et 1933. L'article 48 de la Constitution de Weimar¹³⁹ a été utilisé pas moins de deux-cent-cinquante fois, ce qui relativise la soudaineté de la transition vers le III^e Reich. Comme l'écrivit Carl Schmitt, « aucune Constitution n'a aussi facilement légalisé un coup d'état comme le fit la Constitution de Weimar »¹⁴⁰. Comme ce fût le cas dans une série de cas similaires, une grande difficulté résidait dans le fait de distinguer un net point de basculement vers la dictature : certes, le décret d'urgence adopté par von Papen 1932 suspendant le parlement Prusse, revêt certainement une grande importance à cet égard ; cependant, une longue situation d'état d'exception qui, si le principe en est repris dans la Constitution, n'était encadré par aucune réelle garantie. En effet, l'énumération des droits et libertés repris à la deuxième phrase de l'alinéa 2 de l'article 48 a rarement été interprétée comme une réelle limitation de la première phrase du même alinéa, qui confère au Président du Reich les pouvoirs extraordinaires nécessaires au rétablissement de l'ordre et de la sécurité publics. Carl Schmitt souligne d'ailleurs que la pratique de l'application de l'article 48 porte très souvent atteinte à d'autres droits fondamentaux que ceux qu'il énumère¹⁴¹. Il en est par exemple ainsi de l'interdiction de la mise en place de tribunaux d'exception, ou encore les atteintes à la liberté d'entreprendre, droits et garanties qui n'étaient pas listés dans la liste des dérogations de l'article 48. C'est ainsi que, au long de l'histoire de

¹³⁸ C'est d'ailleurs ce que soutient Oran Young au sujet du comportement des systèmes adaptatifs complexes. Voyez notamment O. YOUNG, "Beyond Regulation: Innovative Strategies for Governing Large Complex Systems", *Sustainability* 9(6):938, June 2017.

¹³⁹ Cette disposition est ainsi formulée : « Le président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis au sein du Reich, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement ; en cas de besoin, il peut recourir à la force. A cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153 ». Les droits fondamentaux garantis par les dispositions reprises ci-avant sont : le droit à la liberté individuelle (114), le droit à l'inviolabilité du domicile (115), le droit au secret de la correspondance postale (117), le droit à la liberté d'expression et de parole (118), le droit de se réunir paisiblement (123), le droit d'association (124) et le droit à la propriété privée (153).

¹⁴⁰ C. SCHMITT, *Staat, Grausbaum, Nomos*, Duncker & Humboldt, Berlin, p. 25. Pour être tout à fait exacte, ce n'est pas l'article 48 en soi que Schmitt critique en ce sens, mais bien son absence d'encadrement législatif subséquent. En effet, le juriste voyait, dans le début des années 1920, l'encadrement des pouvoirs exceptionnels du président comme l'une des garanties encadrant l'État de droit protégeant ainsi la Constitution « d'une dictature ne connaissant aucune limitation » (C. SCHMITT, *La Dictature*, op. cit., p. 335).

¹⁴¹ C. SCHMITT, op. cit., pp. 286-289.

l'application de cette disposition, les menues garanties à l'État de droit prévues notamment par l'article 48 ont été de plus en plus régulièrement outrepassées, participant grandement au développement d'une importante tension institutionnelle dont le point de basculement fut la transformation d'un régime démocratique¹⁴² en véritable dictature. En effet, depuis les débuts de la République de Weimar, l'état d'exception fut très souvent mobilisé : dans les cinq premières années de son existence, l'état d'exception aura en effet été mobilisé 135 fois, suspendant à cette occasion de nombreux droits et libertés fondamentaux afin de lutter contre les insurrections notamment communistes, qui eurent lieu spécialement entre 1919 et 1920¹⁴³. Le recours aux pouvoirs exceptionnels ne fut cependant pas limité au cas de guerre civile et/ou de trouble violents : en effet, il fut régulièrement mobilisé en cas de troubles économiques – nous y reviendrons –, de blocages institutionnels mais également afin de supprimer une série de garanties de type socio-économique, tel que le droit à l'assurance-chômage¹⁴⁴. Le recours aux pouvoirs exceptionnels fut encore accru lorsqu'une importante partie des sièges au *Reichstag* commencèrent à être occupés par des partis anti-démocratiques : ce phénomène, cause de nombreux blocages avec l'exécutif, ne fit que renforcer encore la tendance de l'exécutif à mobiliser l'état d'urgence... ce qui causa une polarisation plus importante encore de l'équilibre parlementaire. Dans de telles conditions, il nous semble pouvoir, sans le minimiser, relativiser l'impact du décret d'urgence suivant l'incendie du Reichstag adopté le 28 février 1933, suspendant indéfiniment la liberté d'expression et d'association¹⁴⁵ ainsi que de la loi du 24 mars de la même année, permettant au gouvernement de contourner l'ensemble de la Constitution sans approbation parlementaire¹⁴⁶. De tels événements juridiques ne paraissent constituer que l'un des points d'un long *continuum* caractérisé par l'exception en tant que règle de gouvernance quasi-permanente. Le véritable point de basculement (ou « *continuum* de basculement »), bien plus discret que l'arrivée au pouvoir du parti national-socialiste, lui est en effet antérieur : celle-ci n'est en effet que l'un des effets d'un dysfonctionnement majeur du système s'étalant sur une quinzaine d'années. Selon Marc de

¹⁴² Le terme est à mobiliser ici avec prudence et nuance : la République de Weimar présente certains aspects que les juristes et politologues d'aujourd'hui auraient du mal à qualifier de « démocratiques ». La République de Weimar consistait cependant en un régime de type parlementaire, offrant une série de garanties novatrices concernant le respect de l'État de droit – tel que le respect des droits fondamentaux et l'indépendance judiciaire. Nous verrons que ces différents aspects seront mis à mal par l'invocation presque systématique de l'état d'exception en cas de blocage institutionnel.

¹⁴³ F. POETZ-HEFFNER, "Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung: Erster Bericht, vom 1 Januar bis zum 31 December 1924, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 141.

¹⁴⁴ E. WEITZ, *Weimar Germany: Promise and Tragedy*, Princeton University Press, 2007, pp. 325-353.

¹⁴⁵ Verordnung des Reichspräsident zum Schutz von Volk und Staat, 28 Februar 1933, Art. 1.

¹⁴⁶ Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, 24 März 1933, Art. 2. Cette loi avait été passée au Reichstag alors que ses membres n'appartenant pas au parti National Socialiste étaient entourés et menacés par des membres de la SA et de la SS.

Wilde¹⁴⁷, à partir de la fin des années 1920, « [t]he Republic of Weimar remained a parliamentary democracy in name only and essentially became a Presidential dictatorship [and...] the Republic had been overthrown long before Adolf Hitler came to power »¹⁴⁸. Ce passage de la République de Weimar au III^e Reich constitue donc l'un des exemples les plus emblématiques et les plus mobilisés en ce qui concerne les conséquences d'une mobilisation excessive d'un état exceptionnel.

2.3.2. La permanence des instruments de lutte contre le terrorisme : les exemples états-unien, français et belge

Le deuxième exemple mobilisé est celui du progressif état exceptionnel la lutte contre le terrorisme suivant les attentats du 11 septembre 2001. Au fil de la quinzaine d'années qui les ont suivis, nous avons en effet observé, tant aux Etats-Unis qu'au sein d'autres États touchés par des attaques à caractère terroriste, un glissement progressif vers un usage de plus en plus normalisé de l'état d'exception. De nos jours encore, la menace terroriste est en effet encore fréquemment invoquée afin de poser des restrictions aux droits et libertés fondamentaux, ainsi que pour conférer à l'exécutif des pouvoirs plus étendus, au détriment du législatif. Deux exemples d'évolutions d'un côté ou de l'autre de l'Atlantique nous renseignent sur la permanence de l'exceptionnel en la matière.

Penchons-nous premièrement sur la permanence des instruments juridiques adoptés par suite des attentats du 11 septembre de 2001 aux États-Unis. Si les Etats-Unis peuvent se prévaloir d'une longue tradition concernant les législations exceptionnelles, les conséquences politico-juridiques de la « guerre contre la terreur » n'en questionnent pas moins les caractéristiques fondamentales de l'état d'exception. Très rapidement, le mois suivant les attaques, fut adopté le *Patriot Act*¹⁴⁹, permettant des dérogations inédites à une série de droits fondamentaux, loi dont le contenu a été décrit par certains comme tendant à « devenir la règle et non l'exception »¹⁵⁰. Cette loi modifie à elle seule une quinzaine de lois fédérales, restreignant une série de droits fondamentaux, dont le droit à la liberté de mouvement et le droit à la protection de la vie privée. Il est essentiel de souligner certaines des atteintes aux droits et libertés permises par le *Patriot Act* – comme par exemple la mise en place de tribunaux militaires – le sont par des instruments de nature exécutive. Au moins autant – sinon plus – que le contenu particulièrement liberticide de certaines dispositions¹⁵¹, c'est

¹⁴⁷ M. DE WILDE, "Just trust us: a short history of emergency powers and constitutional change", *Comparative Legal History*, 2015, 3:1, pp. 110-130.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 123.

¹⁴⁹ *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, Public Law 107-56, 107th Congress

¹⁵⁰ W. MASTOR, « L'état d'exception aux États-Unis : Le USA Patriot Act et autres violations 'en règle' de la Constitution », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 24-2008, 2009.

¹⁵¹ Les disposition ayant particulièrement soulevé les critiques des défenseurs des droits de l'Homme et la résistance de certaines administrations publiques locales, sont les sections 213 (donnant la possibilité aux autorités

la permanence des dispositions exceptionnelles qui a posé question. En effet, les dispositions du *Patriot Act*, censée n'être que provisoires, perdurent encore jusqu'à aujourd'hui, par suite de l'adoption de leur version définitive le 9 mars 2006. L'on peut affirmer avec Wanda Mastor que, par la prolongation, puis l'inscription dans la durée de certaines dispositions contenues dans le *Patriot Act*, l'exception tend bel et bien à devenir le principe : ainsi, « tout individu devient un terroriste potentiel dont la surveillance s'inscrit dans le cadre d'un état d'exception »¹⁵². Outre le *corpus* juridique adopté à la suite des événements du 11 septembre 2001, la tendance s'est poursuivie par l'adoption d'autres actes, suivant la même logique de restriction des droits fondamentaux et de renforcement de l'exécutif. En effet, après plus d'une décennie, la Présidence américaine a encore élargi cette possibilité : en 2013, elle a ainsi autorisé le fait de tuer via l'intervention de drones, des personnes n'étant impliqués dans aucune attaque ou préparation d'attaque terroriste¹⁵³. Cette exceptionnelle dérogation au droit à la vie suit d'un an et demi l'approbation très controversée du *National Defense Authorization Act* de 2012¹⁵⁴, dont certaines dispositions¹⁵⁵ dédiées à la lutte contre le terrorisme renforcent considérablement, avec l'appui explicite du Congrès, les mesures de détention des personnes soupçonnées de participation à des actes terroristes. Si, à nouveau, le point de basculement est difficile à identifier avec précision et certitude, il semble que le moment du prolongement du *Patriot Act* en 2006, ainsi que l'adoption en juillet 2008 du *FISA Amendments Act* constituent des moments déterminants lorsque l'on considère le passage vers l'état d'exception permanent. À nouveau, il nous semble plutôt devoir parler d'une lente progression, plutôt que d'un net passage d'un état à un autre.

Examinons comme deuxième exemple l'état d'exception découlant des attaques terroristes en France. La France connut dès 2015 plusieurs épisodes qui contribuèrent au caractère permanent du *corpus* juridique d'exception adoptés dans le contexte de la menace terroriste. Directement après les attentats du 13 novembre 2015, un état d'urgence est prononcé dans tout le pays par décret du

de perquisitionner le domicile d'une personne avant de lui avoir fait prendre connaissance du mandat ; il s'agit d'une sorte de mandat simplifié par lequel le gouvernement doit seulement prouver qu'un mandat classique aurait des conséquences néfastes sur une enquête en cours), 215 (permettant au gouvernement d'exiger et de saisir les bases de données de toutes sortes d'institutions ; cette clause permet notamment au FBI de collecter une série d'information touchant aux communications, aux dossiers médicaux, aux vidéo et livres loués et d'interdire à quiconque de révéler l'utilisation par le FBI des données ainsi récoltées) et 802 (qui donne une définition extrêmement large de la notion de « terrorisme intérieur ») du *Patriot Act*. Certaines dispositions de cette loi portent également atteinte à une série de garanties procédurales.

¹⁵² J-C PAYE, « Etats-Unis, surveillance permanente des populations », *Solidarités*, 28 mars 2007.

¹⁵³ Presidential Policy Guidance, *Procedures for approving direct action against terrorist targets located outside the United States and areas of hostilities*, May 22, 2013. L'émission de ces lignes directrices est suivie le lendemain par un discours du Président Barack Obama, où il reprend les quatre conditions suivant lesquelles les personnes concernées peuvent être abattues : premièrement, ces personnes devaient représenter une menace continue et immédiate pour le peuple américain ; deuxièmement, leur capture doit être impossible ; troisièmement, le pays abritant ces personnes doivent être incapable de parer les menaces posées par elles ; enfin, il doit être certain qu'aucun civil ne risque d'être tué ou blessé dans le cadre de l'opération. Cependant, la première de ces conditions est interprétée très largement en pratique.

¹⁵⁴ National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2012, Public Law, 112-81, Dec. 31, 2011, pp. 1297 et s.

¹⁵⁵ Sections 1021-1022, Subtitle D, pp. 1592 et s.

14 novembre¹⁵⁶, prorogé par la loi du 20 novembre¹⁵⁷ suivant modifiant et abrogeant certaines dispositions de la loi du 3 avril 1955. Cette loi du 20 novembre a comporté plusieurs éléments qui ont accentué le caractère restrictif des mesures déjà prévues par la loi de 1955 : notamment, elle allège les conditions auxquelles l'assignation à résidence peut être prononcée, elle élargit notablement les possibilités pour le Ministre de l'intérieur ou le préfet d'ordonner des perquisitions – qui peuvent avoir lieu de jour et de nuit ; les lois prolongeant l'état d'urgence ont encore renforcé le dispositif d'urgence¹⁵⁸ L'état d'urgence a, entre fin 2015 et fin 2017, été prolongé à six reprises et n'a pas cessé durant ce laps de temps d'être applicable¹⁵⁹. Après une tentative d'inscription de mesures relevant de l'état d'urgence au sein de la Constitution, c'est l'adoption d'une loi inscrivant ces mesures dans le droit commun qui a permis au dispositif d'urgence adopté par suite des attentats du 13 novembre 2015 de perdurer au sein de l'ordre juridique français. La loi du 30 octobre 2017¹⁶⁰, censée permettre la « sortie de l'état d'urgence dérogatoire », ancre en réalité dans le droit commun ces dispositions jusque-là réservées à l'état d'urgence. Sont ainsi intégrés dans le droit pérenne des mesures telles que la possibilité, pour les préfets, d'instaurer des mesures telles que la détermination d'un périmètre de sécurité, d'ordonner des contrôles administratifs et des mesures de surveillance individuelle. Les perquisitions et saisies, que permettait déjà la loi du 20 novembre 2015 six fois prolongée, est également reprise dans ce texte, avec cette fois l'intervention d'un magistrat. La tendance à la permanence d'un tel dispositif est donc considérable : les discussions relatives à l'inscription de l'état d'urgence terroriste dans la Constitution, puis l'ancrage des dispositions extraordinaires dans le droit commun sont en effet indicateur de la volonté, de la part du décideur, d'inscrire l'état exceptionnel dans le long terme.

Concernant les deux exemples évoqués ci-dessus, cette évolution soulève les réflexions suivantes. Il convient en effet de souligner l'inadéquation irréductible existant entre l'état d'urgence, classiquement conçu comme outil temporaire et limité aux circonstances exceptionnelles, et la menace terroriste, par essence durable – cette menace se conçoit en années, voire en décennies. Si l'intention du décideur était d'adapter la durée de l'état d'urgence à celle de la menace terroriste¹⁶¹,

¹⁵⁶ Il s'agit d'un décret portant application de la loi du 3 avril 1955. Il sera abrogé par la loi du 20 novembre, qui proroge l'état d'urgence.

¹⁵⁷ 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 en renforçant l'efficacité de ses dispositions, JORF, n° 0270 du 21 novembre 2015.

¹⁵⁸ Il s'agit des lois du 21 juillet et du 19 décembre 2016.

¹⁵⁹ L'alors Président de la République François Hollande avait annoncé lors d'une allocation du 14 juillet 2016 la sortie de l'état d'urgence ; le même jour, un attentat meurtrier a lieu à Nice et, en conséquence, la sortie de l'état d'urgence n'est plus évoquée.

¹⁶⁰ Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 *renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme*, JORF n°0255 du 31 octobre 2017, texte n° 1.

¹⁶¹ Dans une déclaration du 22 janvier 2016, l'alors premier ministre Manuel Valls a décrit la France comme un état « en guerre » et a évoqué une prolongation de l'état d'urgence « jusqu'à ce que [la France soit débarrassée] de l'État islamique ».

ce qui dérègle fondamentalement le fonctionnement normal et les relations entre pouvoirs et composantes formant un système institutionnel, l'on peut affirmer que, dans chacun des exemples examinés, l'intention est réalisée.

2.3.3. *L'état d'exception économique*

Le troisième exemple que nous souhaiterions mobiliser est l'état exceptionnel découlant de circonstances économiques particulièrement ardues – ce que d'aucuns ont qualifié d'« état d'exception économique ». Particulièrement, nous examinerons de quelle façon des mesures et mécanismes adoptés dans le but de lutter contre les causes et les effets de crises financières ont finalement perduré dans le temps, défiant parfois la légalité. Il y a eu au cours des XX et XXI^e siècles de nombreux exemples de crise financière ayant justifié une concentration de pouvoirs dans les mains de l'exécutif ainsi qu'un outrepassement de certaines garanties apportées aux individus et aux collectivités. Carl Schmitt déjà, avait mis en exergue cette tendance que revêtent les régimes libéraux à avoir recours à des mécanismes institutionnels de nature exceptionnels afin de lutter contre une crise financière. Selon William Scheuerman, un tel réflexe de recourir aux institutions financières et économiques exceptionnelles est même bien plus courant qu'il ne l'est communément admis¹⁶². Il met particulièrement l'accent sur les relations entre le cadre juridique et institutionnel entourant les échanges économiques et l'usage plus ou moins important des pouvoirs d'exception économique et souligne une évolution aboutissant à un usage constant de l'état d'exception économique. Suivant l'évolution historique théorisée par Scheuerman, l'utilisation d'outils d'exception économique servant dans un premier temps à gérer ou à prévenir une crise, pour ensuite devenir ce que l'auteur qualifie de « *more or less permanent instrument of economic management* »¹⁶³. Osant même une mise en relation avec le premier exemple que nous avons mobilisé, celui de l'utilisation quasiment constante de l'article 48 en République de Weimar, il convient de souligner que cette disposition fut également utilisée, particulièrement entre 1923 et 1925, afin d'adopter des législations d'urgence économique dérogeant à de nombreuses dispositions constitutionnelles¹⁶⁴.

Il est également intéressant, pour les systèmes juridiques concernés par un tel phénomène, de déterminer le point de basculement existant entre une utilisation en situation de crise et une mobilisation permanente. Pour cela, nous proposons de nous pencher brièvement sur le cas de la dernière crise financière puis économique ayant touché le monde à partir de 2008 et ayant donné

¹⁶² W. E. SCHEUERMAN, "The Economic State of Emergency", 21 *Cardozo Law Review*, 1869, 1869–70 (2000).

¹⁶³ Nous soulignons.

¹⁶⁴ Également, nous l'avons vu supra, des dispositions constitutionnelles ne figurant pas dans la liste des dérogations dressée à l'alinéa 2, 2^e phrase de cette disposition.

lieu, notamment au sein de l'Union européenne, à l'émergence d'un *corpus* juridique pérenne. À l'instar de ce que nous avons pu constater supra concernant les autres états exceptionnels, les mesures d'exception économique mobilisent souvent la branche exécutive ; c'est ce qu'on a pu constater également dans le cadre des mesures adoptées au niveau de l'Union européenne pour contrer la crise économique et financière menaçant l'équilibre de la zone euro. L'on constate en effet, à l'occasion de la mise en place de tels instruments exceptionnels, un notable glissement vers l'exécutif dans la gestion des crises financières, qui a tendance à perdurer au-delà de la période de crise. Prenons l'exemple du Mécanisme européen de stabilité (ci-après : « MES »), adopté en marge du système juridique de l'Union¹⁶⁵. Afin d'agir avec l'urgence qu'imposait la crise économique, ce mécanisme contourne les possibilités offertes par le droit de l'Union en matière d'assistance aux États en difficultés et est établi en dehors du cadre juridique et institutionnel de l'Union – tout en mobilisant tout de même certaines de ces institutions et impactant ainsi l'équilibre institutionnel de l'Union. Ce mécanisme *ad hoc*, adopté dans un contexte de crise économique aigüe, a vocation à la permanence. De plus, sa légalité a été mise en cause devant la Cour de justice de l'Union européenne et cette dernière ne convainc pas lorsqu'elle avalise le mécanisme¹⁶⁶. Celui-ci permet notamment, lors de la conclusion d'accords avec l'État en difficultés, d'imposer des mesures impactant certains secteurs et imposant des restrictions au droit de propriété, notamment des épargnants¹⁶⁷. De manière plus générale, ce mécanisme – ainsi qu'une série d'autres mesures adoptées dans le cadre de la crise économique et financière¹⁶⁸ – ont rencontré des critiques concernant le respect de certains droits fondamentaux¹⁶⁹. Concernant la relation entre la Charte des droits fondamentaux de l'UE et les mécanismes de crise¹⁷⁰, Catherine Barnard met en évidence ce qu'elle considère de la part de la Cour de justice comme une « *twin-track approach: on the one hand the Charter will be applied with vigour to non-crisis situations; on the other, the Charter will*

¹⁶⁵ Le MES est créé sous la forme d'une institution internationale par les – alors – 17 gouvernements de la zone euro. Sa création a nécessité une modification de l'article 136 TFUE (modification alors extrêmement contestée) et l'adoption d'un traité intergouvernemental entré en vigueur le 27 septembre 2012. L'article 3 du traité l'instituant définit ses missions : « Le MES a pour but de mobiliser des ressources financières et de fournir, sous une stricte conditionnalité [...], un soutien à la stabilité à ses membres qui connaissent ou risquent de connaître de graves problèmes de financement, si cela est indispensable pour préserver la stabilité financière de la zone euro dans son ensemble et de ses États membres ».

¹⁶⁶ CJUE, *Pringle*, 27 novembre 2012, aff. C-370/12.

¹⁶⁷ Concernant cette tension entre mesures financières exceptionnelles et droits fondamentaux – notamment droit de propriété, l'arrêt *Ledra Advertising* (CJUE, 20 septembre 2016, C-8/15 et C-10/15, affaires jointes) est particulièrement intéressant.

¹⁶⁸ Notamment, les programmes de rachat des titres souverains menés en urgence par la BCE et dont la légalité a également été contestée. XXX

¹⁶⁹ Les critiques se sont concentrées d'une part sur les droits fondamentaux démocratiques (particulièrement, les droits à la représentation parlementaire, à la participation dans la prise de décision publique, à la transparence des décisions des institutions européennes), et d'autre part sur les droits économiques et sociaux.

¹⁷⁰ Ce traité renforce à plusieurs égards les obligations liées à la discipline budgétaire et a également été établi en dehors du cadre de l'Union. Censé intégrer l'ordre juridique de l'Union dans un délai de cinq ans à partir de son adoption (le 2 mars 2017) : il n'en fut rien, mais ses dispositions continuent néanmoins à s'appliquer.

not be applied to rules arising out of the EU's response to the financial and economic crisis »¹⁷¹.

Cette réflexion met en évidence la tension existant entre ce que nous pourrions appeler les « temps économiques normaux » et les « temps économiques d'exception », ces derniers impliquant une application moins systématique des droits fondamentaux et une plus grande tolérance pour les déséquilibres institutionnels.

L'ensemble des exemples examinés sous le présent point nous mène à cette question paradoxale, déjà posée depuis plusieurs siècles¹⁷² : l'exception est-elle la règle, et les mécanismes démocratiques du temps de paix l'exception ?

3. L'APPORT DE LA THÉORIE DE LA COMPLEXITÉ. LE DROIT COMME SYSTÈME COMPLEXE, UNE PISTE AFIN DE REPENSER L'ÉTAT D'EXCEPTION ?

La théorie de la complexité et les paradigmes qu'elle implique ont, depuis une vingtaine d'années, percolé la discipline juridique. Le présent point sera l'occasion, dans un premier temps, de rappeler les principaux concepts qu'implique la théorie des systèmes adaptatifs complexes et d'en présenter rapidement l'application au droit (3.1). Nous présenterons ensuite une piste nouvelle permettant de saisir les questionnements relatifs à l'état d'urgence, par le biais de certaines des notions empruntées à la théorie de la complexité – particulièrement celles de résilience, d'hystérésis et de bifurcation, qui nous permettront d'apporter une vue nouvelle sur la situation dans laquelle se trouvent les systèmes juridiques étudiés (3.2). Cette analyse nous permettra d'identifier le seuil au bord duquel se trouvent les deux états des systèmes considérés, l'instant auquel ils basculent d'un état vers un autre.

3.1. L'ordre juridique et institutionnel par le prisme de la complexité : une façon nouvelle de concevoir le droit

Premièrement, les systèmes complexes présentent un niveau élevé de *connectivité*, en ce que, d'une part, l'action de chaque composante d'un système est susceptible de produire un impact sensible sur l'ensemble de la structure dans laquelle ces composantes évoluent. D'autre part, et corrélativement, cela signifie que les composantes d'un tel système sont étroitement liées entre elles et peuvent avoir un impact sensible les unes sur les autres. Souvent, les conséquences

¹⁷¹ C. BARNARD, "The Charter, the Court - and the Crisis", University of Cambridge, Faculty of Law Research paper No. 18/2013, p. 1. Nous soulignons.

¹⁷² Niccolò Machiavelli considérait déjà, en rupture avec nombre de ses prédécesseurs, le péril comme la règle et les temps de paix comme l'exception inatteignable. Pour lui, « la nécessité cesse d'être exceptionnelle et dérogatoire : elle investit le champ de la normalité ». Voyez F. SAINT-BONNET, *L'État d'exception*, op. cit., pp. 184-186.

produites par l'action d'une composante sur une autre peuvent sembler considérablement éloignées de-, voire étrangères à leur point de départ, jusqu'à ce que les mécanismes produits et la chaîne événementielle suivie soient détaillés et expliqués¹⁷³. La plupart du temps, de telles connexions présentent un caractère non-linéaire.

En effet, la *non-linéarité* constitue également une caractéristique centrale de la théorie de la complexité. Cette caractéristique est liée à l'existence de seuils ou de points de basculement et de mécanismes-déclencheur (« *trigger mechanisms* »¹⁷⁴) provoquant des changements souvent imprévisibles, surprenants et non-linéaires ; le moment auquel apparaissent de tels changements et la vitesse extrême à laquelle ils surviennent constituent des variables distinctes¹⁷⁵. L'apparition d'un déclencheur peut produire des phénomènes qui semblent disproportionnés par rapport à l'importance ou à l'intensité dudit déclencheur, et signifie généralement que les causes et les effets ne sont pas proportionnels les uns par rapport aux autres¹⁷⁶. Cette caractéristique non-linéaire du système peut donner lieu à la survenance de cascades d'événements qu'il peut alors être difficile d'arrêter ou d'atténuer. Il faut souligner que, alors que nous aurions plutôt tendance à concevoir la non-linéarité en termes d'événements soudains et brutaux, de tels événements peuvent cependant aussi prendre la forme de cascades plus lentes conduisant également à une transformation tranquille mais profonde du système concerné. En outre, notons que certains systèmes présentent la caractéristique de s'enfermer sur une voie déterminée et nécessitent donc un bouleversement environnemental notable pour déclencher une modification significative. Ce phénomène dit de « *path-dependency* » est provoqué par les choix répétitifs effectués par les acteurs composant le système¹⁷⁷. Ce phénomène de « dépendance » disparaît souvent de lui-même : aussitôt que les seuils – et donc les points de basculement – sont atteints, le comportement du système suivra alors une autre voie.

¹⁷³T.E. WEBB, « Tracing an outline of legal complexity », *Ratio Juris*, 27/4, December 2014, p. 8.

¹⁷⁴ Comme nous l'avons mentionné ci-avant, une grande majorité de la doctrine portant sur les systèmes adaptatifs complexes est anglophone. Il nous semble ainsi opportun, par endroits, d'utiliser également les termes anglophones.

¹⁷⁵ O. YOUNG, « Beyond Regulation: Innovative Strategies for Governing Large Complex Systems », *Sustainability* 2017, 9, 938, p. 3. En d'autres termes, le caractère non-linéaire des changements survenus n'est pas forcément lié au moment à- et à la brutalité avec laquelle- ils surviennent.

¹⁷⁶ D. HELBIG, *Systemic Risks in Society and Economics*, October 2010, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2413205>.

¹⁷⁷ À cet égard, on peut s'interroger sur la *path-dependency* que sont en train de suivre les acteurs de la zone euro par suite de la crise financière puis de la crise de la dette. En effet, la tendance consistant à recourir à l'intergouvernemental constitue-t-elle à cet égard un choix répétitif effectué par les acteurs du système menant à enfermer le système dans cette voie ? Ces questionnements peuvent également être mobilisés afin d'illustrer également le concept de *bifurcation*, lié à la directionnalité du comportement d'un système adaptatif complexe. Nous nous emploierons à approfondir ces réflexions dans le cadre de l'étude de la gouvernance de la zone euro, que nous comptons mener lors de nos recherches ultérieures.

Troisièmement, le caractère *directionnel* des systèmes complexes implique qu'ils subissent des changements de direction qui peuvent être de deux types. Le premier type de changement directionnel prend la forme de cycles et d'oscillations, qui présentent un caractère relativement prévisible. Le deuxième type de directionnalité prend la forme de bifurcations irréversibles dont la direction et l'intensité sont complètement imprévisibles, voire totalement inverses à celles suivies précédemment par le système¹⁷⁸. Cette caractéristique est à mettre en lien avec la notion de cycle ou de boucle de rétroaction, particulièrement, de « cycle de rétroaction positive », phénomène par lequel une perturbation minime de la nature et/ou de fonctionnement du système considéré est exacerbée, l'effet de la perturbation étant de causer une amplification de sa propre magnitude. Il s'agit donc du retour d'un effet sur sa propre origine, chaque cycle augmentant cet effet et favorisant le basculement du système vers un autre état.

Une autre caractéristique centrale de l'existence d'un système complexe, et des théories de complexité plus généralement, est *l'émergence* de phénomènes autonomes découlant des interactions entre les composantes du système. Davantage que le résultat des trois propriétés précédentes de la théorie de la complexité énumérées ci-dessus, l'émergence est un concept central de la théorie complexité¹⁷⁹. Il implique que l'ensemble des composantes envisagées est davantage que la simple somme des parties¹⁸⁰ : cet ensemble possède ainsi des caractéristiques découlant de l'interaction entre les composantes du système¹⁸¹, aucune des composantes considérées individuellement ne présentant des propriétés similaires à celles revêtues par le système émergent. La théorie de la complexité distingue au moins trois niveaux d'émergence : le niveau *micro*, où sont examinées les interactions entre composantes individualisées ; le niveau *méso* concernant les interactions entre groupes de composantes et le niveau *macro*, où ce sont les propriétés d'un système entier qui sont mises en évidence et analysées. En reliant ces trois niveaux, la théorie de la complexité permet de concevoir l'émergence d'un système dans son entièreté.

L'ensemble de ces caractéristiques, qui forment la théorie de la complexité, sont susceptibles de s'appliquer aux systèmes juridiques, conçus largement comme des ensembles émergents et hybrides composés de normes classiques et de formes de normativités plus souples, telles que permettent de les intégrer les notions de régulation et de gouvernance. Les études appliquant la théorie de la complexité sont en plein essor depuis le milieu des années 1990¹⁸² et ne font que se

¹⁷⁸ O. YOUNG, "Beyond Regulation: *op. cit.* p. 4.

¹⁷⁹ T. E. WEBB, "Exploring system Boundaries", *Law and Critique*, 24, pp. 131-151.

¹⁸⁰ P. HUMPHREYS, *Emergence: A Philosophical Account*, Oxford University Press, 2016.

¹⁸¹ T. E. WEBB, "Exploring System Boundaries", *op. cit.*, p. 142.

¹⁸² J. B. RUHL, "The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and its Practical Meaning for Democracy", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 49, 1996 ; J.B. RUHL, "Complexity Theory as a Paradigm for the Dynamical Law-and-Society System: A Wake-Up Call for Legal Reductionism and the

développer davantage depuis¹⁸³. Plusieurs types de systèmes juridico-institutionnels (systèmes fédéraux, systèmes de type unitaire, systèmes régionaux et globaux, etc.) ont été étudiés *via* ce prisme théorique. Il nous semble ainsi pouvoir nous baser sur ces travaux afin d’appréhender de manière nouvelle les relations qui existent entre État de droit et état d’exception, relations que nous pourrions concevoir comme un changement directionnel de l’état d’un système complexe.

Il nous semble pouvoir affirmer que, du fait de leur adaptativité et des capacités de réorganisation de leurs composantes, les ordres juridiques revêtant les caractéristiques de l’État de droit peuvent être analysé comme des systèmes adaptatifs complexes – plus facilement que ne pourraient l’être des régimes illibéraux voire dictatoriaux plus rigides.

3.2. Quels apports conceptuels de la science de la complexité à la théorie de l’état exceptionnel ?

Parmi les développements que nous avons émis ci-dessus, certains concepts nous semblent pertinents afin d’apporter un regard neuf sur la matière de l’état d’exception, particulièrement dans un contexte globalisé et interconnecté. Comme nous l’avons soulevé ci-avant, une doctrine très dense sur le sujet nous permet de concevoir les systèmes juridico-institutionnels comme des systèmes adaptatifs complexes. Nous l’avons compris, bon nombre de régimes dits « libéraux » connaissent actuellement une réorganisation en profondeur de certaines de leurs composantes normatives et institutionnelles. En effet, il apparaît que, depuis le début des années 2000, les normes liées aux droits fondamentaux et aux processus démocratiques semblent perdre du terrain, voire s’effacer, devant cet état d’exception permanent que nous évoquions théoriquement au point précédent. Indéniablement, nos États de droit connaissent une profonde mutation, marquée par un essoufflement des processus démocratiques au profit d’un exécutif toujours renforcé, ainsi que par un affaiblissement généralisé de certains droits et libertés, politiques comme économiques et sociaux. Il semble également que la seule discipline juridique ne suffise pas à saisir ces mutations dans leur ensemble, et ne permette ainsi pas de les comprendre, de les expliquer et de les solutionner de façon satisfaisante. C’est pourquoi, sans nous cantonner à la seule discipline juridique, nous

Modern Administrative State”, *Duke Law Journal*, Vol. 45, n°5, March 1996 ; J.B. RUHL, “Thinking of Environmental Law as a Complex Adaptive System: How to Clean Up the Environment by Making a Mess of Environmental Law”, *Houston Law Review*, 1997, vol. 34

¹⁸³ Voyez notamment J. PAUWELYN, “At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as a Complex Adaptive System, How it Emerged and How it Can Be Reformed”, *ICSID Review*, 2014 ; J.-F. MORIN, J. PAUWELYN, J. HOLLWAY, “The Trade Regime as an Adaptive Complex System: Exploration and Exploitation of Environmental Norms in Trade Agreements”, *Journal of International Economic Law*, 2017/2, pp. 365-390 ; J. MURRAY, T. E. WEBB, S. WHEATLEY (eds.), *Complexity Theory and Law: Mapping an Emergent Jurisprudence*, New York, Routledge, 2019.

choisissons de mobiliser également la théorie de la complexité permet de mieux saisir les changements se produisant depuis plusieurs années au sein de divers ordres juridiques.

C'est au départ d'une intéressante considération, tenue par Giorgio Agamben que nous avons plus clairement perçu le lien que nous soupçonnions entre théorie de l'état d'exception et théorie des systèmes adaptatifs complexes. Cette réflexion est la suivante : "*the state of exception appears as a threshold of indeterminacy between democracy and absolutism*"¹⁸⁴. Reprenant celle-ci et l'associant aux développements théoriques ci-avant, nous nous situons sur le seuil d'un basculement du système juridique et institutionnel considéré vers un état différent de celui dans lequel il se trouvait avant la perturbation. Ce basculement, cette « bifurcation » pour utiliser le terme développé par la théorie de la complexité, peut être brutale ou lente. Elle a cependant toujours pour effet de modifier profondément la nature et/ou le fonctionnement du système considéré. Or, que constatons-nous lorsque nous nous penchons sur l'ensemble des exemples mobilisés sous le point précédent ? Que la nature du système change fondamentalement, ainsi que son fonctionnement. Puis, et il s'agit de l'une des caractéristiques centrales d'une bifurcation, notons le caractère difficilement réversible des exemples évoqués. Cette caractéristique doit être mise en rapport avec la notion d'*hystérésis*, impliquant que le système considéré déploierait une énergie trop importante pour revenir à son état initial : nous avons constaté que les différents systèmes juridiques analysés, ayant subi une telle modification semblaient incapable de retrouver leur mode de fonctionnement antérieur. Certes, les changements que nous avons décrits au point précédent l'ont été davantage comme un *continuum* que comme un net basculement. Le point de basculement n'est identifiable qu'avec difficulté et incertitude, dans la mesure où chaque événement intégrant ce *continuum* constitue une étape vers le changement d'état du système. C'est ici que l'une des réflexions centrales de Oran Young sur le phénomène de *bifurcation* nous éclaire sur la nature de celle que nos systèmes sont en train de subir : selon lui, en effet, « *bifurcations may play out over substantial periods of time, and it may be difficult to identify the trajectory of change during the early phases of bifurcations* ». Cette identification est d'autant plus ardue que le système complexe, avant de subir une bifurcation, connaît une période plus ou moins longue d'oscillations. Ainsi, si nous intégrons dans notre raisonnement le fait que la bifurcation peut revêtir un caractère tant vif et brutal que lent et progressif¹⁸⁵, il nous semble pouvoir considérer que les différents exemples de passage d'un État de droit à un état d'exception constituent bel et bien un tel phénomène.

¹⁸⁴ G. AGAMBEN, *op. cit.*, p. 3. Nous soulignons.

¹⁸⁵ Rappelons que c'est ce que soutient Oran Young à l'égard du phénomène de bifurcation, susceptible d'adopter plusieurs formes et d'évoluer suivant diverses temporalités.

En relation avec ce qui précède et empruntant à nouveau à la théorie de la complexité, les notions de *seuil* et de *mécanisme déclencheur* peuvent également être utiles à une analyse menée par ce prisme. Ces notions sont susceptibles de nous indiquer le ou les point(s) de basculement intervenant Oran Young¹⁸⁶ identifie essentiellement trois types de mécanismes déclencheurs : l'explosion, la cascade, et les inflexions. Chacun de ces éléments déclencheurs a pour conséquence un type de changement différent. Dans le cas d'une explosion, la bifurcation aura lieu de manière soudaine et abrupte, en une seule fois. Les événements qualifiés de « cascades » ne produisent quant à eux pas de changement brutal : ici, pour reprendre les termes utilisés par Young, « *the triggering event ignites a positive feedback process driving a system step-by-step from its initial state into some qualitatively different state over a period of time* ». Il s'agit donc d'occurrences plus progressives et impliquant un cycle de rétroaction à l'occasion duquel, nous le verrons ci-après, chaque élément ajouté à un autre a pour effet d'amplifier un processus de bouleversement du système. Une inflexion, enfin, se produit à l'occasion d'un déséquilibre existant entre deux paramètres fondamentaux du fonctionnement d'un système. L'évènement déclencheur est alors le point précis où un tel déséquilibre ne permet plus le fonctionnement du système. Concernant le basculement vers un état d'exception permanent, il nous semble pouvoir soutenir que c'est un mécanisme proche de celui de la cascade qui fut à l'œuvre : chaque utilisation de l'état d'exception, chaque pas vers l'entérinement de mesures censées n'être que provisoires, chaque législation ou réglementation supplémentaire, adoptée dans le cadre de chacune des crises évoquées et s'ancrant dans le corpus complexe des systèmes juridiques considérés, a participé à leur profonde et durable transformation. Tant le passage de la République de Weimar au III^e Reich, que la lente agrégation d'instruments juridiques censés permettre la lutte contre le terrorisme et l'adoption successive de mécanismes d'urgence économique, nous semblent proche de ce phénomène de cascade décrit ci-dessus.

À cet égard, il est également utile que nous nous concentrons sur la notion de *feedback loop*, ou *cycle/boucle de rétroaction*. Rappelons que le principe de la boucle de rétroaction étant le retour amplificateur d'un effet sur sa source jusqu'au possible basculement d'un système vers un autre état. Ainsi, tenant compte de la nature des changements intervenus concernant les exemples que nous avons évoqués, nous pourrions en déduire que le glissement d'un état vers un autre est le résultat d'un cycle de rétroaction positif, à l'occasion duquel l'adoption de chaque mesure d'exception, chaque mobilisation de l'état d'urgence, chaque entérinement, ajoutés les uns aux autres durant un certain laps de temps, ont pour effet de tendre vers le point de basculement et de contribuer à une transformation du système, jusqu'à le faire basculer vers un état différent.

¹⁸⁶ O. YOUNG, *Governing Complex Systems: Social Capital for the Anthropocene*, MIT Press, 2017, p. 70.

Enfin, nous choisissons de mobiliser le concept de résilience, afin d’esquisser des voies de sortie du cercle vicieux identifié. De la résilience du système dépendra soit la capacité de retrouver l’état antérieur à la perturbation, soit celle de réorganiser ses composantes de manière à pouvoir continuer à fonctionner efficacement en conservant sa nature essentielle. Dans le cadre plus particulier de l’état d’exception, il s’agira de la capacité du système à fonctionner, même après une perturbation, selon les principes de l’État de droit : si la résilience du système le lui permet, la perturbation aura même pu constituer une intéressante opportunité de réorganiser des composantes qui n’étaient plus agencées de manière à faire fonctionner démocratiquement le système en question. Divers éléments sont susceptibles d’être pris en compte lorsqu’il s’agit de la résilience d’un système juridique revêtant les caractéristiques de l’État de droit, sous la forme des principes que nous avons énoncés lors de l’examen de ce concept. Tout d’abord, la diversité et le nombre des instances et acteurs impliqués dans la prise de décisions – donc le caractère participatif et le plus largement représentatif possible de celles-ci : le maintien des fonctions essentielles de l’État de droit ne permet pas en effet la concentration de la prise de décision dans le chef de l’exécutif. Ensuite, la transparence et la reddition de comptes de la part des instances décisionnelles constitue un élément fondamental de la *légitimité* de la réponse du système à une perturbation. Le respect du principe de proportionnalité, sans le respect duquel la mutation du système vers un état d’exception permanent est grandement facilité, est également central selon nous : cela implique que la réponse à une perturbation soit adaptée non seulement à l’intensité de cette dernière, mais également à sa durée ; dans les exemples que nous avons précédemment examinés, nous avons pu noter que le schéma dans lequel le système s’était enfermé – l’oxymorique « état d’exception durable » – ne correspondait pas au maintien des fonctions essentielles d’un État de droit. En effet, ce type de système constituant un système social, il peut être considéré comme résilient lorsque « *a resilient community anticipates problems, opportunities, and potential for surprises, reduces vulnerabilities relative to development paths, social and economic conditions, and sensitivities to possible threats; responds effectively, fairly and legitimately in the event of an emergency; and recovers rapidly, better, safer, and fairer* »¹⁸⁷

Une perturbation, telle qu’une crise financière, terroriste, politique ou sanitaire, affectera différemment le système selon son degré de résilience : alors que le plus résilient reviendra à son état initial et/ou maintiendra sa nature essentielle et ses fonctions, le moins résilient basculera vers un état différent et sera incapable de revenir à son état initial (état que la science de la complexité nomme pour rappel l’hystérésis) ou de réorganiser ses composantes afin de maintenir sa nature et ses fonctions essentielles.

¹⁸⁷ T. WILBANKS, “How geographic scale matters in seeking community resilience”, *CARRI Research Paper* 2009; (7)

La science de la complexité nous offre un prisme original par lequel concevoir la transformation de nos systèmes démocratiques libéraux. Plus particulièrement, appliquant ce raisonnement à nos réflexions concernant le passage de l'État de droit à un état d'exception permanent, émettons ce raisonnement en six étapes :

1 – Un ordre juridico-institutionnel de nature démocratique et libérale peut être conçu comme un système adaptatif complexe.

2 – Ce système est susceptible de connaître des perturbations affectant potentiellement sa nature et/ou son fonctionnement. Ces perturbations, ou crises, peuvent prendre plusieurs formes : économique, (géo)politique, sanitaire, terroriste, militaire, peuvent être intrinsèques ou extrinsèques au système.

3 – Selon son degré de robustesse, ces perturbations sont susceptibles de déboucher sur un changement d'état du système qui la subit.

4 – Le système juridique peut se retrouver bloqué dans ce nouvel état. Dans ce cas, le retour à son état antérieur lui demande beaucoup plus d'énergie que ce qu'il est capable de fournir. Il évolue donc dans ce nouvel état.

5 – Selon son degré de résilience, le système pourra réorganiser ses composantes afin de pouvoir, même dans ce nouvel état, conserver son fonctionnement et sa nature.

6 – Appliqués à la matière qui a occupé cet écrit, les cinq points précédents nous permettent d'émettre les hypothèses suivantes. Concernant un système juridico-institutionnel, nous avons pu constater que les perturbations pouvaient être de plusieurs types : il peut notamment s'agir de troubles politiques intérieur et/ou extérieurs à l'ordre juridique considéré ; il peut également s'agir de crises économiques et financières ; elles peuvent prendre la forme de menaces à la sécurité étatiques et civile, notamment terroristes ; il peut, enfin, s'agir de crises sanitaires. Ces perturbations ont induit une mutation du fonctionnement des systèmes complexes considérés, qui s'est manifestée par une entrée durable dans un état censé n'être que temporaire, état dans lequel une série de fonctions fondamentales de l'État de droit ne sont plus remplies. Le système juridico-institutionnel peut alors se retrouver dans deux situations : soit, en étant capable de déployer assez d'énergie, il est capable de retourner à son état initial – une situation juridique normale ; soit la dépense d'énergie est trop importante pour ce faire, et le système se trouve alors dans un état d'hystérésis – l'état d'urgence permanent. Dans les deux cas précités, le système pourra être considéré comme résilient si : soit, dans le premier cas, s'il parvient effectivement à retourner dans son état initial sans perdre sa nature et ses fonctions ; soit, dans le deuxième, s'il réorganise ses

compétences afin de pouvoir, dans ce nouvel état, maintenir les fonctions et les caractéristiques qui en font un État de droit.

Ce raisonnement, ainsi que les sous-hypothèses que nous avons développées ensuite, gagneraient à être étayées par des recherches ultérieures, prenant en compte davantage d'exemples historiques et d'ordres juridiques que ce que nous avons fait dans les pages qui précèdent. Nous espérons néanmoins avoir ouvert la voie à une réflexion plus large permettant d'apporter des réponses adaptées à la complexité des défis rencontrés.

CONCLUSIONS – LA THÉORIE DE LA COMPLEXITÉ AU SECOURS DES RÉGIMES LIBÉRAUX. LA RÉCONCILIATION DES INTÉRÊTS ET RÔLE DE LA DIVERSITÉ DANS LA DÉCISION POLITIQUE.

L'épisode que le monde connaît depuis le début de l'année 2020 est bien entendu à distinguer des exemples précédemment évoqués. Cependant, il nous semble pouvoir esquisser quelques points communs entre ces diverses situations exceptionnelles.

Premièrement, entrent toujours en confrontation deux intérêts différents, en apparence inconciliable : 1 - dans le cas des mesures d'exceptions adoptées par l'exécutif dans la République de Weimar, et 2 – dans le cas des mesures exceptionnelles censées lutter contre la menace terroriste, intérêt au respect du droit individuel *versus* sûreté de l'État et sécurité de la collectivité ; 3 – dans le cas des mesures économiques exceptionnelles, intérêt au respect du droit de propriété/des droits aux prestations sociales *versus* santé budgétaire d'une ordre économique déterminé ; 4 – dans le cas de la crise sanitaire, intérêt au respect du droit individuel *versus* droit collectif à la santé.

Deuxièmement, toutes ces situations, y compris celle dans laquelle nous nous trouvons actuellement, impliquent pour les ordres juridiques considérés de se trouver dans un état prétendument exceptionnel et temporaire, mais qui, en pratique, a tendance à se prolonger.

Troisièmement et pour aller plus loin que le point précédent, les changements opérés ont pour conséquence un déséquilibre dans le fonctionnement de l'ordre juridique considéré. Ce déséquilibre revêt plusieurs facettes : un aspect institutionnel d'abord, lorsque l'on examine l'important transfert de pouvoirs entre le législatif et l'exécutif. Un aspect sectoriel ensuite, considérant l'absence de variété des décideurs publics en la matière : chaque crise a en effet été caractérisée par un rôle prépondérant de techniciens, sans associer à la prise de décision d'autres fractions de la société dont l'association aurait pu être nécessaire dans le cadre de perturbation le plus souvent multifactorielles. Un aspect temporel également, lorsque l'on considère le déséquilibre existant entre le caractère supposément éphémère de l'état d'urgence et celui, longève, de la perturbation.

Un aspect géographique enfin, dans la mesure où les crises que nous avons décrites au sein du présent écrit ne sont pas circonscrites territorialement. Ainsi, la théorie de l'État d'urgence, principalement construite en relation avec les notions de frontière et de territoire est en décalage avec les menaces à dimension internationale auxquelles font face les systèmes juridiques analysés.

C'est tenant compte de ces trois différents points que nous proposons une manière différente de concevoir les réponses aux crises systémiques que nous traversons et auquel nous ferons face dans l'avenir. À cet égard, la théorie de la complexité nous permet de percevoir sous une lumière nouvelle les enjeux auxquels nos systèmes juridico-institutionnels sont confrontés.

D'une part, elle permet une appréhension plus nuancée des intérêts apparemment contradictoires : ces intérêts ne sont en effet pas diamétralement opposés mais réconciliables de par leur caractère interconnecté. Ces droits et garanties constituent en réalité autant de composantes d'un système et une perturbation affectant l'une telle aura tendance, du fait de cette importante interconnexion, à se diffuser aux autres. Le fonctionnement équilibré d'un système complexe revêtant les caractéristiques de l'État de droit impose que soit garanti le respect de ces différents impératifs ; en la matière, rappelons que le principe de proportionnalité est selon nous l'un des principes directeurs du bon fonctionnement d'un tel système complexe.

D'autre part, par le prisme notamment des notions de bifurcation, de mécanisme déclencheur, et d'hystérésis, d'appréhender sous un angle nouveau les défis posés par les perturbations systémiques aux constructions complexes et composites que constituent nos ordres juridiques démocratiques ; elle permet également, *via* la notion de résilience des systèmes sociaux, d'intégrer dans la réflexion des éléments relatifs à la participation et à la diversité des acteurs, et à ne plus simplement se pencher sur les exigences liées à la rapidité et à l'efficacité des réponses normatives. L'ensemble des éléments nécessaires à la fabrique de l'État de droit sont ainsi pris en compte afin d'élaborer des solutions aux perturbations affectant nos systèmes : les décisions prises sur une base de décision trop étroite en termes de secteurs et de pans de la société impliqué apparaissent ainsi nettement comme ne présentant pas un degré de résilience suffisant afin de faire face à une crise d'ampleur.