

Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique

Leçons de la crise sanitaire

sous la direction de
Estelle Brosset, Thierry Renoux,
Ève Truilhé, Ariane Vidal-Naquet

18



Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique

Leçons de la crise sanitaire

Estelle Brosset, Thierry Renoux, Ève Truilhé et Ariane Vidal-Naquet (dir.)

DOI : 10.4000/books.dice.12353

Éditeur : DICE Éditions

Lieu d'édition : Aix-en-Provence

Année d'édition : 2022

Date de mise en ligne : 19 décembre 2022

Collection : Confluence des droits

EAN électronique : 9791097578176



<https://books.openedition.org>

Édition imprimée

Nombre de pages : 200

Référence électronique

BROSSET, Estelle (dir.) ; et al. *Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique : Leçons de la crise sanitaire*. Nouvelle édition [en ligne]. Aix-en-Provence : DICE Éditions, 2022 (généré le 16 octobre 2023). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/dice/12353>>. ISBN : 9791097578176. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.dice.12353>.



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-ND 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

RÉSUMÉS

La crise sanitaire que nous traversons, sans doute encore davantage que les autres crises sanitaires avant elle, au-delà des adaptations en droit qu'elle a imposées, a mis et met encore à l'épreuve ce que le droit prévoit en matière de contrôle de la décision publique. Elle en souligne les potentialités mais aussi les limites et invite, peut-être, à repenser les mécanismes qui le caractérisent ou les concepts qui le sous-tendent. Il s'agira ainsi de tirer les leçons de la crise sanitaire en envisageant, en droit, la question de la responsabilité et le contrôle de la décision publique (son objet comme ses modalités) par les citoyens et tous ceux qui s'expriment en leur nom, qu'il s'agisse des parlements ou de la justice.

ESTELLE BROSSET (DIR.)

Estelle Brosset est professeure en droit public et membre de l'Institut universitaire de France. Elle est directrice adjointe du Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC UMR 7318) et co-directrice du Master 2 « Droit de l'environnement ». Elle est spécialiste de droit de l'Union européenne de la santé et de l'environnement.

THIERRY RENOUX (DIR.)

Thierry Serge Renoux est professeur agrégé de droit public, ancien avocat aux barreaux de Paris et de Marseille. Spécialiste de droit constitutionnel, il est l'auteur de nombreuses publications relatives au droit constitutionnel, à la justice et aux droits fondamentaux.

ÈVE TRUILHÉ (DIR.)

Ève Truilhé est directrice de recherche au CNRS (CERIC UMR 7318). Elle est spécialiste de droit européen de l'environnement et s'intéresse particulièrement aux enjeux contentieux des litiges environnementaux. Elle dirige le Centre d'études et de recherches internationales et communautaires (CERIC) et coordonne la Clinique de l'environnement.

ARIANE VIDAL-NAQUET (DIR.)

Ariane Vidal-Naquet est professeure de droit public. Co-directrice du Master 2 « Pratique des droits fondamentaux », elle consacre ses travaux de recherche et ses enseignements au droit constitutionnel, au contentieux constitutionnel ainsi qu'au droit des droits et libertés fondamentaux.



collection d'ouvrages numériques

Dans la même collection

MALJEAN-DUBOIS Sandrine (dir.), *Circulations de normes et réseaux d'acteurs dans la gouvernance internationale de l'environnement*, 2017.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, SEVERINO Caterina (dir.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC ?*, 2017.

RUBIO Nathalie (dir.), *La fabrication du droit de l'Union européenne dans le contexte du « Mieux légiférer »*, 2017.

TABAU Anne-Sophie (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, 2018.

BARDIN Michaël, FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, JENSEL-MONGE Priscilla, SEVERINO Caterina (dir.), *La démocratie connectée : ambitions, enjeux, réalité*, 2018.

BIDOUZO Thierry Sèdjro, *Les Organisations internationales et la résolution des conflits post-bipolaires en Afrique*, 2019.

GESLIN Albane, TOURME JOUANNET Emmanuelle (dir.), *Le droit international de la reconnaissance, un instrument de décolonisation et de refondation du droit international ?*, 2019.

DARGENT, *La consultation en droit public interne*, 2020.

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, TRUILHÉ Ève (dir.), *Procès et environnement. Quelles actions en justice pour l'environnement ?*, 2020.

COURNIL Christel (dir.), *Les grandes affaires climatiques*, 2020.

MEHDI Rostane, *L'agenciarisation de la politique d'immigration et d'asile*, 2020.

LE BOT Olivier, LE BŒUF Romain, *L'inapplication du droit*, 2020.

FUTHAZAR Guillaume, *Les modalités d'influence de l'IPBES sur l'évolution du droit international de l'environnement en Méditerranée*, 2020.

SEVERINO Caterina, ALCARAZ Hubert, *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, 2021.

BROSSET Estelle, MEHDI Rostane, RUBIO Nathalie, *Solidarité et droit de l'Union européenne. Un principe à l'épreuve*, 2021.

BERGÉ Jean-Sylvestre, *Rethinking Flow Beyond Control. An Outreach Legal Essay*, 2021.

FATIN-ROUGE STEFANINI Marthe, MAGNON Xavier, *Les assemblées citoyennes. Nouvelle utopie démocratique ?*, 2022.

<http://dice.univ-amu.fr/fr/dice/dice/publications/confluence-droits>

<https://books.openedition.org/dice/>

BROSSET Estelle, RENOUX Thierry, TRUILHÉ Ève, VIDAL-NAQUET Ariane (dir.), *Justice, responsabilité et contrôle de la décision publique. Leçons de la crise sanitaire*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2022.

ISBN : 979-10-97578-17-6

ISSN : 2556-1162

DICE Éditions

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

dice-editions@univ-amu.fr

**JUSTICE, RESPONSABILITÉ
ET CONTRÔLE DE LA DÉCISION PUBLIQUE**
LEÇONS DE LA CRISE SANITAIRE

XIII^e journée d'études de l'UMR Droits international,
droit comparé, droit européen

sous la direction de

Estelle Brosset

Thierry Renoux

Ève Truilhé

Ariane Vidal-Naquet



SOMMAIRE

Avant-propos	7
Estelle Brosset, Professeure de droit public, membre de l'Institut universitaire de France, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	
Thierry Serge Renoux , Professeur émérite, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Ève Truilhé, Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	
Ariane Vidal-Naquet, Professeur, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
Partie 1. Assumer la décision publique	
La relation experts-politiques à l'épreuve de la crise sanitaire	13
Valentine Delcroix, Doctorante contractuelle, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.	
L'articulation entre décision politique et expertise scientifique face à l'épidémie COVID-19 : l'exemple tunisien	35
Amel Njehi, Docteur en droit public, enseignante chercheuse à l'université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.	
Le politique sous tutelle juridictionnelle au temps de la COVID-19. Inaction carenentielle de l'État et protection des populations vulnérables (Amérique du Sud)	45
Franck Laffaille, Professeur de droit public, Faculté de droit de Villetaneuse (IDPS), Université de Paris XIII (Sorbonne-Paris-Nord).	
Partie 2. Contrôler la décision publique	
L'exercice du contrôle parlementaire durant la crise sanitaire de la COVID-19	59
Chloë Geynet-Dussauze, Maître de conférences en droit public, Sciences Po Lille, CRDP.	
Quelle place pour les citoyens dans le contrôle des mesures prises durant la crise sanitaire ?	81
Marthe Fatin-Rouge Stefanini, Directrice de recherche au CNRS et directrice de l'UMR 7318 DICE, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.	
La proportionnalité comme critère de la régularité de la décision publique dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Une nouvelle « science » administrative ?	109
Afroditi Marketou, Doctorante, Institut européen de Florence.	

Partie 3. Rendre compte de la décision publique

***Responsable, mais pas coupable : maxime du régime politique français ? À propos de la pénalisation malvenue de la gestion gouvernementale de la crise sanitaire* 121**

Julien Padovani, Maître de conférences en droit public à l'École de droit de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne – UMR 8103, Associé au CERCCLE de l'Université de Bordeaux.

***La responsabilité pénalo-politique des gouvernants en cas de crise sanitaire : mythe ou défi ?* 139**

Dominique Viriot-Barrial, Professeur AMU, Centre de droit social.

***COVID-19 et droit de la responsabilité internationale* 155**

Tiphaine Demaria, Maître de conférences, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

***La contribution du devoir de diligence due à l'émergence de l'obligation internationale de protection environnementale* 165**

Pauline Milon, Docteure en droit public, Université d'Aix-Marseille – Université de Lausanne.

***La lutte contre la crise sanitaire en Allemagne* 183**

Claus Dieter Classen, Professeur de droit public, de droit européen et de droit international public à l'université de Greifswald (Allemagne), membre de la Cour constitutionnelle du *Land* de Mecklembourg-Poméranie occidentale et juge à la Cour d'appel administrative de ce *Land*.

AVANT-PROPOS

Estelle BROSSET¹
Thierry Serge RENOUX²
Ève TRUILHÉ³
Ariane VIDAL-NAQUET⁴

Chaque année, l'UMR 7318 DICE organise une journée d'études permettant aux membres du laboratoire, y compris doctorants et docteurs, mais également à des collègues extérieurs, nationaux ou étrangers, de croiser leurs regards sur un sujet susceptible de susciter la réflexion en droit comparé, droit européen et droit international. Cette journée reflète ainsi l'identité plurielle du laboratoire et des centres de recherches qui le composent. Elle a été coorganisée en 2021 par deux équipes de l'UMR : le CERIC (Centre d'études et de recherches internationales et communautaires) et l'ILF-GERJC (Institut Louis Favoreu-Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle).

Le thème de la journée s'est imposé : la crise sanitaire que nous venions de traverser, sans doute encore davantage que les autres crises sanitaires avant elle, avait bouleversé et allait encore continuer de bouleverser nos sociétés, nos modes de vie, nos économies, nos institutions comme notre droit. Même le vocabulaire avait été adapté à ces circonstances exceptionnelles : nous sommes en « guerre contre le virus » expliquait Antonio Guterres, secrétaire général de l'ONU, la France est « en guerre » avait également martelé Emmanuel Macron, « l'ennemi est là, invisible, insaisissable, qui progresse et cela requiert une mobilisation générale ». Qu'il faille envisager les effets de tels bouleversements, en droit, ne faisait aucun doute.

On devait toutefois constater l'abondance des analyses et des réflexions sur ce sujet ; en grande majorité, il s'agissait de mettre au jour et de discuter des multiples adaptations que venaient de connaître nos règles de droit, à l'échelle nationale, européenne ou internationale. On songe principalement aux discussions à propos de la création, en France, d'un nouvel état d'exception (l'état d'urgence sanitaire) avec toutes les conséquences pour les différents droits fondamentaux qu'il peut entraîner. On pense aussi à celles en droit de l'Union à propos du rétablissement des contrôles

1 Professeure de droit public, membre de l'Institut universitaire de France, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 Professeur émérite, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

3 Directrice de recherche au CNRS, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

4 Professeur, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

aux frontières intérieures comme extérieures et du recours à des dérogations ou modulations pour toute une série d'obligations européennes (de l'interdiction des aides d'État aux procédures accélérées d'autorisation de mise sur le marché des vaccins). Dans ce contexte, pendant plusieurs mois, c'est cette « mise en quarantaine » (des obligations du temps normal) qui a retenu l'attention bien plus que la mise en perspective. Il faut dire que la mise en perspective pouvait sembler prématurée. « Quand la maison brûle, on ne s'occupe pas de la facture d'eau ! » avait d'ailleurs rappelé Charles Michel, président du Conseil européen.

Toutefois, un an après le début de cette crise sanitaire, c'est à cette mise en perspective que nous souhaitons procéder, considérant que celle-ci devenait alors possible voire nécessaire. Souvenons-nous qu'alors, dans un contexte, marqué par le début de la vaccination, trop lente pour certains, rejetée par principe par d'autres, se développait déjà l'accusation adressée aux responsables et autorités politiques de ne pas avoir su protéger les populations. Déjà, des recours de dizaines de familles de victimes étaient lancés et ils n'étaient pas uniquement de nature civile et pénale, mais visaient également les hôpitaux, l'administration de la santé ou l'État. Déjà des réflexions sur la possibilité de mettre en cause, au plan international, les États ou tout au moins certains, pour inaction ou insuffisante action et donc violation de leurs obligations internationales s'esquissaient. La responsabilité des organisations internationales en la matière, et notamment de l'OMS, était également évoquée.

C'était alors l'objectif de la journée : tirer, en droit, français, comparé, européen, international les toutes premières leçons de la crise sanitaire en matière de contrôle de la décision politique. Au-delà de l'état d'urgence et des adaptations en droit qu'il impose, cette crise sanitaire permet en effet d'éprouver ce que le droit prévoit pour permettre un tel contrôle par les citoyens et tous ceux qui s'expriment en leur nom, qu'il s'agisse des parlements ou de la justice.

Lors de la journée d'étude se sont succédé trois temps de la réflexion qui sont ici restitués.

Le premier est intitulé « Assumer la décision publique ». En situation de crise sanitaire, le décideur politique doit trancher dans un contexte excessivement incertain, tout particulièrement sur le plan scientifique. Il est donc, par définition, exposé aux critiques et aux mises en cause et ce, d'autant plus que la confusion, voire les contradictions dans la prise de décision sont, du fait même du contexte, parfois inévitables. Les dates de confinement et de déconfinement et ses modalités, la gestion chaotique des masques et des tests, les retards dans la mise en place d'une stratégie vaccinale révèlent les difficultés d'une décision publique claire et certaine dans un tel contexte. Dès lors, le questionnement porte tout autant sur les modalités de la prise de décision en période de crise, caractérisées par la concentration des pouvoirs (et un transfert massif de pouvoirs vers l'exécutif) et le rôle de l'expertise publique ou privée, que sur sa teneur, tout particulièrement lorsqu'elle se caractérise par une abstention.

Le deuxième temps intitulé « Contrôler la décision publique » a pour objectif de répondre à la question suivante : comment et devant qui contrôler la décision publique en période de crise ? Au-delà du contrôle parlementaire, il s'agit d'explorer devant qui (d'autre) un tel contrôle peut s'exercer :

à l'heure de la création d'un comité citoyen pour la vaccination, le contrôle par les citoyens, *via* le débat, doit peut-être être envisagé mais suscite des interrogations. Au « qui » doit également s'ajouter une réflexion sur le « comment » et sur la place de certains principes comme critères du contrôle. La proportionnalité est l'un d'eux car elle semble, en temps de crise, devenir un critère imposant presque exclusif du contrôle, ce qu'il convient de discuter.

Le troisième temps de la réflexion s'intitule « Rendre compte de la décision publique ». La question est attendue : l'incertitude, la place de l'expertise, les difficultés de la prise de décision invitent-elles à repenser la façon de rendre compte de la décision publique ? La crise modifie-t-elle la responsabilité publique ? En France, comme l'ensemble des citoyens, le décideur politique peut, certes, voir sa responsabilité pénale engagée pour un type de décisions intentionnelles, commises durant son mandat, mais détachables de celui-ci. La responsabilité du décideur pour un choix politique erroné, incomplet ou insatisfaisant causant de manière non intentionnelle un dommage à autrui est en revanche moins simple à engager. Au-delà du plan individuel, la décision politique – dans sa dimension collective – peut être naturellement être contrôlée par le juge. Mais quel(s) juge(s) ? « Devant qui » une telle responsabilité pourrait-elle être engagée, y compris au plan international et européen ? La réflexion doit aborder nécessairement la question des chaînes de responsabilités et de l'engagement possible de la responsabilité des organisations internationales. Elle intègre également des questionnements sur les conditions d'engagement de la responsabilité et, face à des dommages d'ensemble, sur les propositions, au plan international, de développement d'une responsabilité objective.

À chaque fois, il s'est agi de croiser les regards, ceux depuis les droits nationaux (français, comme étrangers), ceux depuis le droit de l'Union européenne et enfin ceux depuis le droit international public. Bref, pour cette édition à nouveau, il s'est agi de situer les réflexions à la confluence des droits...

PARTIE 1

ASSUMER LA DÉCISION PUBLIQUE

LA RELATION EXPERTS-POLITIQUES À L'ÉPREUVE DE LA CRISE SANITAIRE

Valentine DELCROIX¹

« Elle est brutale, insidieuse, tenace, récurrente, inexorable... [...] Elle submerge et déstabilise avant qu'on ait pu la nommer et la comprendre. C'est déjà victorieuse qu'elle envahit la scène. Et elle ne se retire qu'après avoir semé les graines de désordre pour l'avenir². »

La crise serait consubstantielle à la pandémie de COVID-19. « Cet ennemi invisible », pour reprendre la rhétorique martiale utilisée à foison par les décideurs politiques, ayant semé victorieusement un désordre durable dans nos sociétés. Elles s'en trouvent déstabilisées, fragilisées, mises en question³. Le constat d'impuissance s'impose assurément face à la difficulté des autorités publiques à gérer ce risque majeur⁴ avec une question latente : la crise était-elle inévitable ? Dans ce contexte la normalité décisionnelle n'est plus : l'urgence commande – *il faut agir* – car un péril grave pour la santé publique est imminent⁵, mais l'incertitude, déjà inhérente à la décision, est décuplée par l'incertitude scientifique – *comment agir* –, comme le dit très justement Jürgen Habermas, « dans le savoir explicite de notre non-savoir »⁶. Alors, s'agissant de circonstances exceptionnelles, le droit s'adapte à la situation d'urgence, un droit d'exception s'élabore, bâtissant une anormalité décisionnelle, dans laquelle la prise de décision est redéfinie pour un temps anormal. Effectivement, la crise correspond à « un régime temporel spécifique » : il s'agit d'un « temps suspendu » marquant une rupture avec le passé et introduisant l'« incertitude sur un avenir bloqué, en panne d'anticipation, condition de l'action volontaire »⁷. Ainsi toute crise est une crise du temps de l'action⁸.

1 Doctorante contractuelle, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 P. LAGADEC, *États d'urgence. Défaillances technologiques et déstabilisation sociale*, Paris, Éd. du Seuil, 1988, p. 21.

3 Pour davantage de détail sur la dynamique de crise, voir P. LAGADEC, *ibid.*, p. 36.

4 Sur le concept de « risque technologique majeur », voir P. LAGADEC, *Le risque technologique majeur. Politique, risque et processus de développement*, Paris, Pergamon Press, coll. Futuribles, 1981, 630 p. Voir également sur la notion de « risque majeur » et la naissance d'une crise, W. DAB, *La décision en santé publique. Surveillance épidémiologique, urgences et crises*, Rennes, Éd. École nationale de la santé publique, 1993, p. 29-30.

5 S. RENARD, « Urgence sanitaire », *RGDM*, n° 76, 2020, p. 29.

6 *Le Monde*, Jürgen Habermas : « Dans cette crise, il nous faut agir dans le savoir explicite de notre non-savoir », 10 avril 2020.

7 C. DUBAR, « Temps de crise et crise des temps », *Temporalités* [En ligne], 13, 2011, mis en ligne le 11 juin 2011, consulté le 26 juin 2021, URL : [<http://journals.openedition.org/temporalites/1563>] ; DOI : [<https://doi.org/10.4000/temporalites.1563>].

8 *Ibid.*

La loi sur l'état d'urgence sanitaire du 23 mars 2020 place le pouvoir exécutif en tant que gestionnaire des risques privilégié, érigeant le Premier ministre comme « clef de voûte »⁹ du dispositif, titulaire d'un nouveau pouvoir de police spéciale : la crise de la COVID-19, par sa gravité et son ampleur, nécessitait un droit encore plus exceptionnel que le droit d'exception déjà existant confiant au ministre de la Santé une police spéciale de l'urgence sanitaire¹⁰. Le pouvoir exécutif est assisté dans l'adoption de ses décisions par le Conseil scientifique COVID-19, spécialement créé pour rendre des avis sur l'état de la crise sanitaire et sur les mesures envisagées pour y faire face¹¹. Experts et politiques, et plus spécifiquement le pouvoir exécutif, apparaissent donc comme les acteurs privilégiés de la fabrique des décisions en situation d'urgence sanitaire. C'est pourquoi notre propos se concentrera sur leur relation dans la prise de décision, relation qui n'est sans doute pas un processus linéaire, rationnel et libre¹², foncièrement complexe et contingent. Il convient dès lors de se demander : de quelle manière la relation experts-politiques s'exprime-t-elle en temps de crise sanitaire ? Autrement dit, dans quelle mesure le contexte de crise sanitaire influe-t-il sur la relation experts-politiques ? Somme toute, qu'apprend-on des rapports entre experts et politiques lors de la prise de décision en temps de crise sanitaire ? Constitue-t-elle un cadre d'analyse typique et didactique ? Afin de répondre à ces interrogations, l'on opéra pour une division de notre propos suivant les deux principales caractéristiques de cette fabrique des décisions en temps anormal, avec l'objectif de voir de quelle manière ladite relation s'en trouve affectée : l'urgence (I) et l'incertitude (II).

I. L'urgence comme cadre de la décision entre experts et politiques

La crise suspend le temps normal de l'action pour en introduire un autre¹³ : le « temps décisionnel »¹⁴ en situation de crise sanitaire est en effet celui de l'urgence. Ce faisant, l'urgence fait peser sur l'action publique une contrainte temporelle, celle du temps présent, conduisant à une accélération du temps de la décision¹⁵. Dès lors, il convient de montrer que tant le processus amenant à une décision (A) que la décision en tant que résultat (B) sont façonnés par l'urgence.

A. Le processus de décision remodelé par l'urgence

Afin d'étudier de quelle façon la prise de décision est remodelée par l'urgence, il convient d'abord de se pencher sur les différents temps d'action présents dans la prise de décision et la manière dont ils sont synchronisés dans la temporalité de l'urgence (1). Puis, l'on verra l'influence de l'urgence dans la procédure d'institutionnalisation du Conseil scientifique COVID-19 (2).

9 S. RENARD, « Urgence sanitaire », *op. cit.*, p. 34.

10 S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *RDLF*, 2020, chron. n° 13 ; S. RENARD, « Urgence sanitaire », *op. cit.*, p. 36. ; O. BEAUD, C. GUÉRIN-BARGUES, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *D. 2020*, p. 891.

11 Règlement intérieur du Conseil scientifique Covid-19 du 15 avril 2020, version corrigée et définitive du 30 avril 2020, p. 1.

12 Pour une critique approfondie du caractère linéaire, rationnel et libre de la décision, voir L. SFEZ, *Critique de la décision*, Paris, Armand Colin, 1973, 367 p.

13 C. DUBAR, *op. cit.*

14 W. DAB, *op. cit.*, p. 74.

15 C. DUBAR, *op. cit.*

1. Des temporalités à coordonner

Comme « l'unité du temps s'est révélée être un mirage »¹⁶, les temporalités sont envisagées au pluriel, chacune d'entre elles étant construite afin de saisir de façon adéquate les sphères de la réalité qui sont étudiées¹⁷. Autrement dit, à chaque objet de la réalité sa temporalité appropriée pour l'analyser. Spécifiquement, dans le cadre de la prise de décision en contexte de crise sanitaire, deux temporalités *a priori* contraires sont à l'œuvre, celle de la science et celle de la politique et il convient de voir de quelle manière celles-ci se coordonnent en vue d'adopter une mesure de gestion des risques. Mais avant tout, il est nécessaire de s'intéresser individuellement à chacune de ces temporalités, dans l'optique de voir comment elles opèrent pour *in fine* tenter de percevoir leur contrariété et envisager leur coordination.

La temporalité de la science est habituellement présentée comme étant longue, en ce qu'il faudrait « penser la science en tant que processus historique »¹⁸. Et plus précisément, cette idée de temps long renvoie à la question de la dynamique des évolutions des connaissances scientifiques, centrale en épistémologie¹⁹. En effet, selon Gaston Bachelard, « [l]e tissu de l'histoire de la science contemporaine est le tissu temporel de la discussion »²⁰, dans le sens où les sciences évoluent au gré de discontinuités, c'est-à-dire de ruptures avec les connaissances antérieures, en renversant les fausses certitudes du passé²¹. Néanmoins, il ne s'agit aucunement de faire « table rase »²² de l'ensemble des connaissances précédentes. Pour Gaston Bachelard, il convient de distinguer les obstacles épistémologiques des actes épistémologiques. Si les premiers sont à délaissier, en ce qu'ils correspondent à des freins dans l'accès à de nouvelles connaissances, qu'il identifie comme étant le négatif dans cet héritage du passé ; les seconds, vus comme un héritage positif, en ce qu'ils sont des accélérateurs de développement scientifique, conservent toute leur utilité dans la pensée scientifique du temps présent²³. Dans une même conception discontinue du progrès scientifique, Thomas Kuhn envisage sous forme cyclique les évolutions scientifiques correspondant à des changements de paradigmes²⁴. Plus précisément, une révolution scientifique intervient au terme du processus par lequel un nouveau paradigme remplace l'ancien²⁵ : il y a nouveau consensus autour de certains contenus théoriques, de certaines normes de la recherche scientifique et d'un type de savoir-faire au sein d'une communauté scientifique²⁶. Ainsi

16 G. GURVITCH, « La multiplicité des temps sociaux », Chap. XIII, in G. GURVITCH, *La vocation actuelle de la sociologie*, tome II, p. 331.

17 *Ibid.*, p. 337, notamment la citation suivante : « la multiplicité des temps s'impose à nous par le contact direct avec les différentes sphères du réel. La construction par les différentes sciences des temps appropriés à leur étude en tant que cadres opératoires met en relief et conceptualise des tendances amorcées dans la réalité. »

18 Intitulé du Chapitre VI : L. SOLER, *Introduction à l'épistémologie*, Paris, Ellipses, 2009, p. 173.

19 Dans le cadre du présent article, afin de saisir cette idée de temporalité longue de la science, l'on se cantonnera à deux exemples : la conception bachelardienne et la conception kuhnienne du progrès scientifique.

20 G. BACHELARD, *Épistémologie*, Textes choisis par D. Lecourt, Paris, PUF, 1980, p. 188.

21 *Ibid.*, p. 118. Sur la conception du progrès scientifique de G. Bachelard, voir L. SOLER, *op. cit.*, p. 212-222.

22 G. BACHELARD, *Épistémologie*, *op. cit.*, p. 195.

23 *Ibid.*, p. 198.

24 Th. S. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2008, 284 p., notamment p. 133-156.

25 *Ibid.*, p. 133.

26 L. SOLER, *op. cit.*, p. 224.

dans ces deux conceptions des évolutions scientifiques, l'on saisit l'importance de « ces dialectiques historiques que présentent la rectification d'une erreur, l'extension d'un système, le complément d'une pensée »²⁷, qui s'inscrivent alors dans une temporalité longue. La pandémie de COVID-19 a donc indubitablement secoué la sphère scientifique et la façon dont procède la science²⁸.

La temporalité de la politique serait quant à elle plus courte, en raison notamment du fait qu'en démocratie le gouvernement est *pro tempore*, c'est-à-dire élu pour un temps limité²⁹. Dans ce cadre, le temps de l'action publique est caractérisé par l'alternance de périodes de relative stabilité et de ruptures brusques³⁰. Or, la crise sanitaire semble constituer l'une de ces ruptures, en marquant une très nette accélération du temps de l'action publique. Et à cet égard, le droit, jouant en tant qu'« exceptionnel révélateur d'un changement de régime de l'action publique »³¹, a rapidement été modifié pour faire face à l'urgence, en illustre la loi du 23 mars 2020 relative à l'état d'urgence sanitaire, venant créer un droit d'exception.

Alors, la question se pose naturellement de savoir comment coordonner la longue temporalité de la science à la temporalité très réduite de l'action publique surtout en temps de crise sanitaire, en vue d'adopter des mesures de gestion des risques ? La synchronisation de ces deux temporalités est permise par le principe de précaution³², lequel évacue le décalage de temporalités en rendant possible l'adoption d'une mesure visant à gérer un risque à un instant T sans attendre de disposer de toutes les connaissances scientifiques nécessaires³³. En revanche, une démarche purement hypothétique du risque est à rejeter³⁴, une évaluation scientifique des risques doit être réalisée au préalable afin de déclencher le principe de précaution³⁵, évaluation qui a incombé, dans la situation d'urgence sanitaire, au Conseil scientifique COVID-19. Au titre de sa mission, ce dernier doit rendre des avis à la fois sur « l'état de la catastrophe sanitaire, sur les connaissances scientifiques qui s'y rapportent et les mesures propres à y mettre un terme »³⁶. Dès lors, il semblerait que l'action dudit comité s'inscrive dans la contingence de l'une et l'autre temporalité, en ce qu'il est à la fois contraint par le (long) processus d'élaboration des connaissances scientifiques sur le virus COVID-19 et qu'il participe au (court) processus de décision publique face à l'urgence sanitaire. La temporalité des experts apparaît alors comme une temporalité en tension, avec pour objectif de coordonner ce temps long et ce temps court en vue d'adopter une mesure. Pourtant,

27 G. BACHELARD, *Épistémologie*, *op. cit.*, p. 118.

28 Voir par exemple : [<https://theconversation.com/what-you-need-to-know-about-how-coronavirus-is-changing-science-137641>].

29 J. J. LINZ, « Democracy's Time Constraints », *International Political Science Review*, vol. 19, n° 1, 1998, p. 19-37.

30 J. COMMAILLE, V. SIMOULIN et J. THOEMMES, « Les temps de l'action publique entre accélération et hétérogénéité », *Temporalités* [En ligne], 19, 2014, mis en ligne le 30 juin 2014, consulté le 29 juillet 2021, URL : [<https://journals.openedition.org/temporalites/2818>] ; DOI : [<https://doi.org/10.4000/temporalites.2818>].

31 *Ibid.*

32 F. OST, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob, 1999, p. 32.

33 Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, du 2.2.2000, COM (2000) 1 final, p. 7 : « La dimension du principe de précaution dépasse les problématiques associées aux risques à un horizon de court ou moyen terme. Elle concerne également des concepts dont la portée temporelle est davantage le long terme et le bien-être des générations futures. »

34 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health / Conseil*, aff. T-13/99, pt. 143 ; TPICE, 11 septembre 2002, *Alpharma / Conseil*, aff. T-70/99, pt. 156.

35 Communication Commission sur le recours au principe de précaution, préc., p. 16.

36 Article L3131-19 du Code de la santé publique.

parce qu'instituée dans le cadre de la prise de décision en état d'urgence sanitaire, la temporalité d'action du Conseil scientifique est une temporalité intrinsèquement d'urgence. Il contribue à rendre crédible une action publique rapide en contexte de crise sanitaire : il se réunit sans délai en cas de déclaration d'état d'urgence sanitaire, rend ses avis publics sans délai et sa dissolution est concomitante à la fin de l'état d'urgence sanitaire³⁷.

Il en résulte que la prise de décision en situation d'urgence sanitaire doit composer avec des temporalités plurielles, dont la coordination est permise par la mise en œuvre du principe de précaution, qui implique le recours à l'évaluation scientifique des risques. Il convient dès lors d'étudier plus en détail la procédure d'institutionnalisation du Conseil scientifique.

2. *L'institutionnalisation précipitée du Conseil scientifique Covid-19*

S'intéresser au statut du Conseil scientifique Covid-19 amène à s'interroger sur la façon dont ont été organisés les rapports avec le pouvoir exécutif dans la prise de décision en temps de crise sanitaire³⁸. Ce faisant, il s'agit ici de voir quelle a été la procédure d'institutionnalisation d'un tel organe, quelle fonction occupent ses membres et quel est le statut des avis qu'il rend, autant d'éléments qui participent de la transparence du processus de prise de décision, la transparence constituant, de surcroît, un des facteurs d'acceptabilité des décisions. Or, le Conseil scientifique Covid-19 a été mis en place de manière informelle le 10 mars 2020, régularisé *a posteriori* par loi du 23 mars 2020. Les nominations en son sein ont été officialisées par décret le 3 avril 2020 et le règlement intérieur publié le 15 avril 2020. Cette création précipitée témoigne de la « crise organisationnelle »³⁹ qu'a provoqué la pandémie pour l'action publique. Mais surtout, l'élaboration tardive du statut du Conseil scientifique a eu pour effet d'obscurcir la prise de décision, en ce qui concerne les rôles dévolus à chacun, si bien que lorsqu'a été institué le 24 mars 2020 un autre comité, le « comité analyse, recherche et expertise », dit CARE, l'instauration d'une « République des experts » a été crainte⁴⁰. Et à cet égard, il en a résulté une confusion autour de la notion d'expert et d'expertise en droit. En effet, alors que dans un sens commun du terme, un expert peut être toute personne compétente dans un domaine spécifique, en droit, l'expert désigne la personne qui met à profit ses connaissances à l'égard d'un commanditaire dans le cadre d'un processus de décision⁴¹. Dès lors, pour qu'il y ait expertise, trois caractéristiques doivent être réunies : une fonction d'« éclairage » dans le cadre d'un processus de décision, une commande effectuée par le gestionnaire des risques et une procédure selon laquelle elle

37 *Ibid.*

38 R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002, 103(3), p. 379.

39 H. BERGERON, O. BORRAZ, P. CASTEL, F. DEDIEU, *Covid-19 : une crise organisationnelle*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 2020, 131 p.

40 *Le Monde*, Coronavirus : comment Emmanuel Macron s'appuie sur les experts pour gouverner en temps de crise sanitaire, 26 mars 2020.

41 O. LECLERC, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise. Réflexions sur le lien de droit », in Y. BÉRARD, R. CRESPIEN (dir.), *Aux frontières de l'expertise. Dialogue entre savoirs et pouvoirs*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010, p. 197-210 ; O. LECLERC, « Droit de l'expertise », in E. HENRY, C. GILBERT, J.-N. JOUZEL, P. MARICHLAR (dir.), *Dictionnaire critique de l'expertise : santé, travail, environnement*, Paris, Presses de Sciences Po, 2015, p. 114-119 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « Pour une théorie juridique de l'expertise », *Experts*, 2007, n° 77, p. 7.

doit être opérée⁴². Il apparaît ainsi que le Conseil scientifique Covid-19 est un organe d'experts dont les avis scientifiques adoptés sont des expertises dans un sens juridique du terme, contrairement au CARE, qui certes est composé de scientifiques et rend des avis, mais n'intervient pas directement dans la prise de décision.

Le règlement intérieur du Conseil scientifique effectue divers renvois à la charte de l'expertise sanitaire, prévue à l'article L. 1452-2 du Code de la santé publique, ce qui a permis de compléter son statut, notamment en lui appliquant des principes non expressément mentionnés en son sein, tels que les principes de pluralité et de contradictoire⁴³. Effectivement, si des principes cardinaux de l'expertise, à l'instar de la probité, de l'indépendance et de l'impartialité, sont clairement évoqués et précisés dans le texte du règlement intérieur afin de régir le fonctionnement dudit conseil, la pluralité et le contradictoire, ne sont admis que par renvois, ce qui semble les reléguer comme principes de second rang. S'agissant du principe du contradictoire, le règlement intérieur dispose toutefois que : « Quand il le juge utile, il rend compte des opinions divergentes ». Il ressort de cette formulation le caractère fortement discrétionnaire de la publication des opinions divergentes par le Conseil scientifique, témoignant de la volonté de promouvoir la vision d'une expertise consensualiste. Cependant, l'expression d'avis divergents a plus que jamais son importance en période de crise sanitaire, au risque de construire une expertise qui présente « un état du consensus du moment, en omettant, minimisant ou lissant les hypothèses marginales contraires à l'opinion dominante »⁴⁴.

Par ailleurs, en ce qui concerne le principe de pluralité, son évocation est tout autant laconique : « Les membres du Conseil scientifique appartiennent à différents domaines académiques. Un membre représente le monde associatif. » Ce principe renvoie à l'idée que l'expertise doit englober diverses formes de connaissances, devant ainsi être pluridisciplinaire et multisectorielle, et faisant appel à des experts universitaires, à des porteurs d'enjeux et à la société civile⁴⁵. Si le Conseil scientifique s'est successivement élargi afin d'aller vers davantage de pluridisciplinarité, passant initialement de douze scientifiques⁴⁶ à aujourd'hui⁴⁷ dix-sept⁴⁸, reste que le nombre de porteurs d'intérêts ou de représentants de la société n'a pas évolué, seule une représentante du milieu associatif y est incluse. Pourtant, le Conseil scientifique rappelait « la nécessité d'associer des membres de la société civile au processus de décision » et appelait, pour ce faire, à la création d'un « comité de liaison citoyenne »⁴⁹.

42 O. LECLERC, « Droit de l'expertise », *op. cit.*, p. 114-119.

43 Article L1452-1 du Code de la santé publique.

44 M.-A. HERMITTE, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, p. 91.

45 Rapport du groupe de travail (Groupe I.b), Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes, Livre blanc sur la gouvernance, Chantier n° 1 « Élargir et enrichir le débat public sur les enjeux européens », version finale du 2.7.2001, p. ii-iii.

46 Décret du 3 avril 2020 portant nomination des membres du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de COVID-19, *JORF* n° 0082 du 4 avril 2020.

47 Août 2021.

48 Décret du 16 février portant nomination des membres du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire déclaré pour faire face à l'épidémie de COVID-19, *JORF* n° 0041 du 17 février 2021.

49 Avis du Conseil scientifique COVID-19, 3 septembre 2020, Stratégie et modalités d'isolement, p. 13. Avis du Conseil scientifique Covid-19, 2 juin 2020, 4 scénarios pour la période post-confinement. Anticiper pour mieux protéger, p. 23.

Dans le même sens, le Comité consultatif national d'éthique a pu recommander, dans ses avis, la mise en place d'une instance mixte d'experts scientifiques de différentes disciplines et de membres de la société⁵⁰ ou encore de créer les conditions du dialogue avec la société civile. À noter que, tout en maintenant la société civile hors du processus de prise de décision, deux mécanismes ayant pour objectif d'associer davantage la société civile ont été mis en place. Il s'agit d'abord du « comité de contrôle et de liaison Covid-19 » chargé d'associer la société civile et le Parlement aux opérations de lutte contre la propagation de l'épidémie par suivi des contacts et au déploiement de systèmes d'information prévus à cet effet⁵¹. Il s'agit ensuite de la Commission temporaire du Conseil économique, social et environnemental (CESE) qui a été créée afin de produire des recommandations à destination du gouvernement pour accompagner la campagne de vaccination⁵². Il n'en demeure pas moins que « la consultation de l'ensemble de la société lors de la crise sanitaire liée à la COVID-19 s'est révélée insuffisante, défailante »⁵³.

Ainsi, afin de répondre à l'urgence, le Conseil scientifique Covid-19 a été institué de façon précipitée, au départ sans statut, le principe de transparence en a fortement pâti. De plus, l'élaboration accélérée de ce statut a pu témoigner de certaines défaillances qui ont attisé la défiance de la société à l'égard de l'instauration d'un tel Conseil, dont les liens avec le pouvoir exécutif dans la prise de décision ont pu paraître très confus. Outre le processus de prise de décision qui a été remodelé par l'urgence, comme on l'a vu au regard des acteurs intervenant et de l'organisation de leurs rapports, les mesures mêmes qui en ont résulté ont été dictées par l'urgence.

B. Des mesures dictées par l'urgence

En temps de crise sanitaire, l'urgence conditionne l'adoption d'une mesure de gestion des risques, car en effet, il naît de ce contexte anormal une obligation d'agir pour les décideurs politiques (1). Mais plus encore, l'urgence, en induisant un rapport au temps qui lui est spécifique, oriente le choix des mesures, en venant les ancrer dans cette même temporalité, en les « temporalisant » (2).

1. Une obligation d'agir

Si le recours au principe de précaution peut déboucher sur l'adoption d'une mesure, il n'y a là rien d'automatique car la réponse des politiques dans une situation donnée peut consister en une décision d'agir ou de ne pas agir et, si action il y a, elle n'est pas nécessairement traduite par l'adoption d'actes produisant des effets juridiques susceptibles d'être contrôlés par le juge⁵⁴. Le choix d'agir ou de ne pas agir est foncièrement lié au niveau de risque « acceptable » encouru par la société, fixé par le décideur politique. Dès lors, à quel moment un risque devient-il « inacceptable » ? Quelle valeur s'agit-il de protéger en définitive ?

50 Comité consultatif national d'éthique, Avis du 13 mars 2020, La contribution du CCNE à la lutte contre COVID-19 : Enjeux éthiques face à une pandémie, p. 10.

51 Article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, *JORF* n° 0116 du 12 mai 2020 ; Décret n° 2020-572 du 15 mai 2020 relatif au Comité de contrôle et de liaison Covid-19, *JORF* n° 0120 du 16 mai 2020.

52 Site internet : [<https://participez.lecese.fr>].

53 Comité consultatif national d'éthique, Avis 137 du 20 mai 2021, Éthique et santé publique, p. 27.

54 Communication Commission sur le recours au principe de précaution, préc., p. 15.

La protection de la santé est érigée en tant que droit fondamental à l'article L. 1110-1 du Code de la santé publique, qui « doit être mis en œuvre par tous les moyens disponibles au bénéfice de toute personne ». Or, la politique de santé relève de la responsabilité de l'État, en vertu de l'article L. 1411-1 du même code, laquelle vise à garantir le droit à la protection de la santé de chacun. Avec l'émergence de la notion de sécurité sanitaire dans les années 1990, un renouveau de l'ordre public sanitaire s'est opéré, comme le soutient Stéphanie Renard, en plaçant la sécurité au cœur de l'action des pouvoirs publics dans la protection de la santé publique⁵⁵. La protection de la santé étant une fonction régaliennne de l'État, les autorités publiques doivent agir dès lors qu'un risque constitue un trouble à l'ordre public sanitaire, susceptible de mettre gravement en péril la santé publique⁵⁶. Le maintien de l'ordre public sanitaire peut ainsi justifier une intervention obligatoire d'urgence des autorités publiques⁵⁷. Seulement l'obligation d'agir d'urgence ne saurait exister sans un certain seuil de gravité dépassé : une menace réelle, un péril sérieux doit porter atteinte à certains droits fondamentaux protégés, en revanche, une simple nuisance causée à ceux-ci ne saurait être créatrice d'une obligation d'agir d'urgence⁵⁸. De plus, le péril doit être imminent pour qu'il y ait urgence à agir, c'est-à-dire que sa réalisation intervienne dans un temps proche. L'urgence induit donc, selon Pierre-Laurent Frier, une perte de choix du moment de l'action : les autorités publiques se doivent d'agir en vitesse lorsqu'une menace grave et imminente pèse sur un intérêt essentiel ou lorsque celle-ci s'est déjà réalisée⁵⁹.

Parce que la valeur affectée par le risque causé par le virus COVID-19 est la santé publique, que la gravité est telle que le contracter peut être mortel et que le péril est imminent du fait de la pandémie engendrée, le seuil de risque inacceptable a été franchi. Telle en illustre la formule retenue pour caractériser l'état d'urgence sanitaire, déclaré « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »⁶⁰. Ainsi, s'abstenir d'agir ne semble pas être une option envisageable de la part des décideurs politiques en situation de crise sanitaire ; l'urgence que pose le risque lié à la COVID-19 à la santé publique, constatée à partir d'un critère matériel (la gravité) et d'un critère temporel (l'imminence), crée une obligation d'agir pour les décideurs politiques, qui plus est, avec célérité. Un retard de l'action serait donc en principe fautif⁶¹. Mais plus encore, à l'obligation d'agir vite, née de l'urgence, s'ajoute le fait que l'action de l'autorité publique doit être à même de répondre au trouble porté à l'intérêt protégé⁶². C'est ainsi que les mesures adoptées par le Premier ministre, au titre de l'article L3131-15 du Code de la santé publique, le sont « aux seules fins de garantir la santé publique ». Se pose alors la question de savoir, pour le décideur politique, comment respecter cette obligation d'agir en urgence : soit par les compétences

55 S. RENARD, *L'ordre public sanitaire (Étude de droit public interne)*, Thèse, Université Rennes I, 2008, HAL Id: tel-01525379, 727 p.

56 *Ibid.*, p. 174-177.

57 P.-L. FRIER, *L'urgence*, Paris, LGDJ, 1987, p. 23 ; S. RENARD, *L'ordre public sanitaire, op. cit.*, p. 570.

58 P.-L. FRIER, *L'urgence, op. cit.*, p. 32-33.

59 *Ibid.*, p. 40-43.

60 Article L3131-12 du Code de la santé publique.

61 P.-L. FRIER, *L'urgence, op. cit.*, p. 46.

62 *Ibid.*, p. 43-56.

qui lui sont normalement dévolues, soit par la mise en place de pouvoirs d'exception⁶³. À cet égard, Stéphanie Renard évoque comme constante la logique réformatrice du droit de la santé publique en période de crise et la crise sanitaire provoquée par la COVID-19 n'y échappe pas⁶⁴. L'autorité publique la plus à même d'agir avec promptitude se voit donc conférer des pouvoirs d'exception, les formes et procédures de la prise de décision sont simplifiées afin de lui garantir une action rapide et le type des mesures est conditionné par l'urgence (dans le sens où si ladite autorité conserve un pouvoir discrétionnaire dans le choix des moyens permettant de faire cesser le risque grave et imminent porté à la santé publique, le contenu même des décisions est exceptionnel, celles-ci ne sauraient être légales en dehors d'un contexte anormal⁶⁵).

Ainsi, pour le décideur politique, à la question de savoir s'il faut agir, quand et comment, l'urgence y répond sans la moindre équivoque : il est tenu d'agir avec célérité en adoptant des mesures à même de faire cesser le risque inacceptable posé à la santé publique par le virus COVID-19. Mais concrètement, quelles mesures adopte-t-il en situation d'urgence sanitaire ?

2. Des mesures temporalisées

Il s'agit ici plus précisément de voir comment s'opère le choix des mesures par le gestionnaire des risques, alias le pouvoir exécutif, en temps de crise sanitaire. L'urgence a-t-elle conduit à l'adoption de certaines mesures plutôt que d'autres dans la défense de la santé publique ? En définitive, comment vient-il hiérarchiser les différents intérêts en jeu dans la « lutte » contre la COVID-19 au moment de la prise de décision ?

La balance bénéfices-risques est présentée comme étant une méthodologie de la prise de décision en matière sanitaire par le gestionnaire des risques, laquelle compare les bénéfices et les risques qui résulteront d'une décision pour la santé publique, afin de s'assurer qu'elle n'emportera pas plus de risques qu'elle ne procure de bénéfices⁶⁶. Autrement dit, ce rapport permet de mesurer l'efficacité d'une décision au regard des aspects positifs et négatifs qu'elle induit pour la santé, plus exactement, sous l'angle de la sécurité sanitaire, pour la réduction voire la suppression des risques pour la santé⁶⁷. Alors, dans le cadre de cette balance, il s'agit pour le décideur de qualifier et de hiérarchiser les risques, du moindre risque au plus élevé, à partir des cinq critères suivants posés par Didier Tabuteau : le degré du risque, selon qu'il est vital ou léger ; sa réalité, le risque peut être avéré ou plausible ; la fréquence de celui-ci, massive ou bien marginale ; la durée de ses effets dommageables ; et enfin la nécessité de la prise de risque selon qu'il existe ou non des alternatives possibles⁶⁸. Si la méthode de la balance bénéfices-risques n'apporte que peu d'intérêt dans l'appréciation de l'acceptabilité du

63 *Ibid.*, p. 56.

64 S. RENARD, « Urgence sanitaire », *op. cit.*, p. 33.

65 P.-L. FRIER, *L'urgence*, *op. cit.*, p. 344-345.

66 S. RENARD, *L'ordre public sanitaire*, *op. cit.*, p. 397 ; D. TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, Paris, Berger-Levrault, 1^{re} éd., 1994, p. 17.

67 S. RENARD, *L'ordre public sanitaire*, *op. cit.*, p. 423.

68 D. TABUTEAU, *La sécurité sanitaire*, *op. cit.*, p. 18. Voir aussi S. RENARD, *L'ordre public sanitaire*, *op. cit.*, p. 399.

risque sanitaire lié à la COVID-19, puisqu'on l'a vu, en raison de l'urgence, le décideur politique est tenu d'agir, celle-ci garde en revanche toute son utilité dans l'évaluation de l'adéquation des mesures à la situation sanitaire⁶⁹. En effet, dans son discours devant l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2021, annonçant de nouvelles mesures, cette idée d'adaptation des décisions en fonction du moment de la crise sanitaire ressort de manière limpide des propos du Premier ministre Jean Castex : il faut « agir ni trop tôt ni trop tard, en s'adaptant en *temps réel* aux évolutions de l'épidémie »⁷⁰. Ce temps réel doit alors être déterminé à partir de données de surveillance épidémiologique renseignant de l'état de la situation sanitaire à l'instant T de la prise de décision. C'est pourquoi l'article L3131-13 du Code de la santé publique dispose que « les données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire qui ont motivé la décision sont rendues publiques ». Ce faisant, carte et données sont mises à jour quotidiennement sur le site du gouvernement rendant compte de l'évolution de la situation épidémiologique, l'on trouve notamment le nombre moyen de nouveaux cas confirmés, le taux d'incidence, le nombre moyen de nouvelles hospitalisations, le nombre moyen de nouvelles entrées en soins critiques ainsi que les nombres relatifs à la vaccination⁷¹. Il apparaît alors que ces données épidémiologiques revêtent une « valeur décisionnelle », telle qu'entendu par Wiliam Dab, dans le sens où « elle permet d'explicitier un ou plusieurs critères utilisés dans la prise de décision »⁷².

À titre d'exemple, l'on peut citer l'allocution du président de la République du 28 octobre 2020 annonçant le deuxième confinement, dans laquelle il commençait par dresser l'état de la situation de l'épidémie :

« Le virus circule en France à une vitesse que même les prévisions les plus pessimistes n'avaient pas anticipée. Le nombre de contaminations rapporté à la population a doublé en moins de deux semaines. Hier, 527 de nos compatriotes sont décédés du COVID-19. Hier, nous avons dénombré près de 3 000 personnes en réanimation, soit plus de la moitié des capacités nationales⁷³. »

Par la suite, dans son adresse aux Français en date du 24 novembre 2020, Emmanuel Macron débutait en revenant sur l'évolution de l'épidémie, un mois après la décision de confinement :

« Le nombre de cas positifs journaliers à la COVID-19 a fortement reculé. Il a été supérieur à 60 000, il s'est établi la semaine dernière à 20 000 cas par jour en moyenne.

« Après avoir atteint 33 500 patients hospitalisés le 16 novembre, soit plus que lors de la première vague, nous avons aussi commencé une lente décrue. Le nombre de personnes en réanimation du fait de la COVID-19 est passé à 4 900 le 16 novembre à 4 300 aujourd'hui. De ces données, il ressort que le pic de la seconde vague de l'épidémie est passé⁷⁴. »

69 S. RENARD, *L'ordre public sanitaire*, op. cit., p. 403-407.

70 Discours de M. Jean Castex, Premier ministre, Déclaration du Gouvernement relative à l'évolution de la situation sanitaire et aux mesures nécessaires pour y répondre, 1^{er} avril 2021.

71 [<https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/carte-et-donnees>].

72 W. DAB, op. cit., p. 68.

73 Allocution du président de la République, 28 octobre 2020.

74 Adresse aux Français, 24 novembre 2020.

Ainsi, à travers cet exemple, il est possible de saisir très clairement la valeur décisionnelle accordée aux données épidémiologiques dans la prise de décision. La mesure la plus efficace en termes de protection de la santé publique sera celle ayant la meilleure efficacité épidémiologique, c'est-à-dire appréciée au regard de son impact sur les données épidémiologiques. En outre, prendre en compte la situation sanitaire en « temps réel » implique inmanquablement un certain « présentisme »⁷⁵ privilégiant une vision court-termiste des mesures. En effet, le caractère imminent de l'atteinte à la santé publique peut conduire à favoriser l'adoption de mesures ayant un effet immédiat dans la protection d'une telle valeur fondamentale, occultant, par conséquent, d'autres intérêts potentiellement altérés, rendus alors secondaires. Dit autrement, la hiérarchisation des objectifs à prendre en compte dans la réponse à la crise sanitaire s'opère selon une échelle temporelle qui, au moment de la décision du deuxième confinement, prenait l'ordre suivant : n° 1 sauver le maximum de vies en protégeant les personnes âgées et les plus vulnérables afin d'éviter la saturation du système de soin ; n° 2 protéger les plus jeunes ; n° 3 protéger les soignants ; n° 4 protéger l'économie⁷⁶. Comme l'affirmait Emmanuel Macron : la recherche de l'équilibre dans le choix des mesures se fait « sans jamais perdre de vue un principe intangible : pour nous, rien n'est plus important que la vie humaine »⁷⁷.

Il en résulte ainsi que les mesures, devant être « strictement proportionnées aux risques encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu », se trouvent temporalisées, en raison du fait que le contexte décisionnel est fortement évolutif en période de crise sanitaire. Le choix des mesures se fait selon des échelles temporelles différentes (court terme / long terme) visant des intérêts divers (santé publique / intérêts économiques, par ex.), en fonction de l'évolution de la situation épidémiologique et de l'acceptabilité des décisions à un moment donné.

À l'issue de ce premier temps de notre propos, il ressort que l'urgence constitue le cadre de l'action respective des experts et des politiques dans la prise de décision, dans le sens où elle a conduit à l'instauration (trop ?) rapide du Conseil scientifique Covid-19 afin de permettre l'éclairage nécessaire du décideur politique, tenu d'adopter en temps réel des mesures propres à mettre un terme au risque inacceptable porté à la santé publique. Il convient ensuite d'étudier la façon dont l'incertitude présente dans la prise de décision en temps de crise sanitaire vient ordonner les rapports entre experts et politiques.

II. L'incertitude comme déterminant des rapports entre expertises et décisions

L'incertitude présente dans le cadre de la fabrique des décisions en situation d'urgence sanitaire est double. Elle apparaît d'abord intrinsèque à l'agissant, au choix, et *a fortiori* au processus de décision ; l'incertitude s'impose au décideur politique, en tant qu'individu dans son action de décider,

75 C. DUBAR, *op. cit.* Selon l'auteur, le « présentisme », utilisé par F. Hartog et M. Gauchet, désigne « la réduction du temps au seul présent, le rétrécissement de l'univers symbolique, l'illusion de l'immédiat, la tyrannie de l'éphémère ».

76 Allocution du président de la République, 28 octobre 2020.

77 *Ibid.*

dans la mesure où il est confronté à une diversité de choix possibles⁷⁸. Mais en situation de crise sanitaire, s'ajoute à cette incertitude « politique », une incertitude scientifique renvoyant au caractère peu sûr, variable, non fixé, indécis ou encore douteux⁷⁹ des connaissances scientifiques relatives au risque sanitaire à gérer. Alors, confronté à cette incertitude bicéphale, comment le décideur peut-il garantir le rôle de « préservation sociale »⁸⁰ des mesures de gestion des risques adoptées ? L'incertitude est déterminante à la fois car elle explique la recherche d'une source de légitimation appropriée pour les mesures de gestion des risques prises (A) et la recherche de la confiance dans le processus de gestion des risques confronté au défaut d'information (B).

A. La recherche d'une source de légitimation

En raisonnant en termes de légitimation, la question qui se pose est celle de savoir comment les mesures prises pour faire face à la crise sanitaire peuvent être acceptées⁸¹. Le gestionnaire des risques se met en effet en quête d'une source de légitimation pour les décisions de sécurité sanitaire qu'il adopte, fortement restrictives de liberté, afin de gérer la crise sanitaire. Dans le but de saisir cette quête, il est nécessaire d'évoquer les risques de deux ordres auxquels doit faire face le décideur politique lors de la prise de décision (1), avant de se pencher sur l'intérêt d'invoquer un consensus comme source de légitimation d'une mesure (2).

1. Des risques bidimensionnels

Lors de l'élaboration des décisions en contexte de pandémie, les dirigeants politiques doivent faire face à des risques de double nature : sanitaire et politique, le second découlant du premier lui étant « associé »⁸². La COVID-19 constitue un risque sanitaire en ce qu'il s'agit d'une maladie nouvelle pour laquelle les connaissances scientifiques relatives aux modalités de son occurrence, aux remèdes à y apporter et à ses effets dommageables sur la santé humaine sont limitées voire inexistantes. Or, comme on l'a vu, les autorités publiques peuvent, sur la base du principe de précaution, adopter des mesures de protection de la santé sans avoir à attendre que la réalité et la gravité du risque sanitaire soient pleinement démontrées⁸³. C'est précisément lors de l'action du décideur que les risques politiques interviennent et s'ajoutent aux risques sanitaires. Il convient d'entendre ici le risque politique, en reprenant la définition donnée par Olivier Borraz, comme étant à la fois la possibilité de mise en cause *a priori* de la responsabilité des décideurs politiques et la possibilité d'une déstabilisation du pouvoir politique remettant en cause la légitimité des institutions et leur capacité d'agir⁸⁴. La première dimension du risque politique pourrait être rapprochée de celle de « risque

78 G. BRONNER, *L'incertitude*, Paris, PUF, 1997, p. 39 et p. 50-51. Cette situation d'incertitude pourrait correspondre à ce que G. Bronner identifie comme étant une « incertitude de finalité ».

79 Définition du terme « incertain » : E. LITTRÉ, *Le Littré, Dictionnaire de la langue française en un volume*, Paris, Hachette, 2000.

80 L. SFEZ, *op. cit.*, p. 26.

81 S. GOYARD-FABRE, « Légitimité » in P. RAYNAUD, S. RIALS, *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 2012, p. 388-393.

82 O. BORRAZ, *Les politiques du risque*, Paris, Presses de Sciences Po, 2008, p. 101-102.

83 CJCE, 5 mai 1998, *National Farmers' Union*, aff. C-157/96, pt. 63.

84 O. BORRAZ, *op. cit.*, p. 117.

réputationnel »⁸⁵ en ce que l'État, en tant que gestionnaire des risques, est confronté à sa propre vulnérabilité et à ses échecs antérieurs, pouvant dès lors porter atteinte à la légitimité de son action⁸⁶. La seconde fait référence à l'idée de « risque institutionnel »⁸⁷, atteignant la légitimité des règles et méthodes du gestionnaire des risques, ce qui l'amène, par conséquent, à privilégier la gestion de ces risques menaçant les institutions de son pouvoir⁸⁸. Finalement, ces trois notions sont relativement proches et visent à rendre compte du risque pour le décideur politique de perdre la légitimité qu'il détient en tant que gestionnaire des risques en raison de ses propres vulnérabilités. De plus, comme Olivier Borraz le précise, afin de cerner véritablement comment se forme le risque politique, deux mécanismes complémentaires doivent être évoqués. D'abord, le « risque perçu »⁸⁹ qui correspond à la façon dont les décideurs se représentent la perception des risques par la population, lequel est exacerbé en situation de crise, les rendant d'autant plus vigilants vis-à-vis des signes précurseurs de déstabilisation⁹⁰. C'est ensuite qu'intervient le second, dit « biais de négativité »⁹¹, selon lequel les dirigeants ont tendance à davantage redouter les potentielles conséquences négatives de leurs décisions plutôt que d'attacher de l'importance à un éventuel crédit résultant de conséquences positives, ce qui les amène à agir de manière à les éviter⁹².

Dès lors, en vue de prévenir la déstabilisation de son pouvoir dans la réponse à la crise sanitaire, le décideur politique, tenté par une réaction forte et parfois excessive⁹³, s'attache à ancrer les décisions adoptées à une source de légitimation adéquate. De ce fait, il convient de voir plus en détail les sources de légitimation invoquées dans la prise de décision par les autorités politiques en temps de crise sanitaire en s'intéressant tout particulièrement à la notion de consensus.

2. *Un consensus comme source de légitimation*

Afin d'étudier les sources de légitimation des mesures de gestion des risques, l'on prendra principalement pour exemple les décisions de confinement généralisé en France métropolitaine (voir Annexe n° 1), en ce qu'elles sont, parmi les diverses mesures prophylactiques, *a priori* les plus difficilement acceptables par la société au regard de leur caractère fortement attentatoire aux libertés fondamentales et en ce qu'il y a matière à les comparer entre elles. À titre complémentaire et toujours de comparaison, seront également évoquées les décisions de maintien ou de report des élections, intervenant notamment au moment du premier et du troisième confinement (voir Annexe n° 2), s'agissant de mesures non strictement sanitaires, dans l'objectif de voir si les sources

85 M. POWER, « The risk management of everything », *The journal of risk finance*, 5(3), 2004, p. 57-65.

86 O. BORRAZ, *op. cit.*, p. 29-31.

87 H. ROTHSTEIN, M. HUBER, G. GASKELL, « A theory of risk colonization: The spiralling regulatory logics of societal and institutional risk », *Economy and Society*, 35(1), 2006, p. 91-112.

88 O. BORRAZ, *op. cit.*, p. 32-33.

89 *Ibid.*, p. 202, O. Borraz se réfère à la notion de « risque perçu » de M. SETBON, *Risques, sécurité sanitaire et processus de décision*, Paris, Elsevier, 2004.

90 O. BORRAZ, *op. cit.*, p. 202-203.

91 R. K. WEAVER, « The Politics of Blame Avoidance », *Journal of Public Policy*, 6(4), 1986, p. 371-398.

92 O. BORRAZ, *op. cit.*, p. 203.

93 D. TABUTEAU, *Démocratie sanitaire. Les nouveaux défis de la politique de santé*, Paris, O. Jacob, 2013, p. 95.

de légitimation divergent ou non. En définitive, en s'intéressant à la question de la légitimation des décisions adoptées en temps de crise sanitaire, ce sont les liens entre les avis scientifiques rendus par le Conseil scientifique Covid-19 et les discours annonçant les mesures de gestion des risques adoptées par les politiques qu'il s'agit d'étudier.

L'utilisation d'une ou de plusieurs sources de légitimation d'une mesure dépend étroitement du contexte décisionnel dans lequel elle s'inscrit, c'est-à-dire en fonction, d'une part, de l'incertitude et, d'autre part, du niveau d'acceptabilité apprécié en termes d'opinion publique. Il convient ici de s'intéresser spécifiquement aux liens entre l'incertitude scientifique et politique et le choix d'une source de légitimation d'une mesure, le rôle de l'opinion publique sera en effet abordé ultérieurement. Alors, dans quelle mesure le degré d'incertitude scientifique amène-t-il le décideur politique à choisir une source de légitimation plutôt qu'une autre dans la prise de décision ? Le caractère prescriptif des avis scientifiques change-t-il en fonction du degré d'incertitude au moment de l'adoption d'une mesure ? Finalement, les sources de légitimation invoquées par le décideur politique diffèrent-elles selon l'« état des connaissances » du moment et selon qu'il s'agit d'une mesure prophylactique ou d'une mesure politico-juridique ?

Au paroxysme de l'incertitude, le début de la pandémie était caractérisé par une situation de méconnaissance concernant le nouveau virus COVID-19, ce qui a eu pour effet de renforcer l'incertitude politique concernant la réaction à opter. C'est précisément à ce moment-là de la crise sanitaire que les avis scientifiques rendus par le Conseil scientifique Covid-19 ont été les plus prescriptifs, comme l'illustrent ceux relatifs au premier confinement et que la légitimité scientifique a été invoquée avec le plus de vigueur et de clarté par les décideurs politiques, *a priori* la mieux à même afin d'enrayer tout risque politique dans la prise de décision. À cet égard, il convient de noter que cette source de légitimation a été employée à la fois à titre principal concernant la première décision de confinement et à titre complémentaire s'agissant de la décision de maintenir le premier tour des élections municipales, en effet justifiée par l'existence d'un « consensus scientifique et politique ». Au moment de la décision du deuxième confinement, l'incertitude scientifique demeurait toujours forte, les connaissances relatives au virus restaient limitées bien que des données épidémiologiques existaient. Néanmoins, contrairement à la décision du premier confinement, la mesure ne reposait pas uniquement sur une légitimité scientifique et des intérêts purement sanitaires, elle était aussi le résultat d'« un choix politique et social » prenant en compte d'autres considérations. Quant à la troisième décision de confinement, le contexte décisionnel dans lequel elle est intervenue était bien différent des deux autres, caractérisé par l'amorce d'une stabilisation des connaissances scientifiques sur la COVID-19, quoiqu'incertaine face à l'apparition des variants, et par l'acceptabilité fortement questionnée d'un nouveau confinement⁹⁴. Ce faisant, les sources de légitimation de ce confinement ont davantage été politique et démocratique, témoignant d'une prise de distance du décideur vis-à-vis des recommandations des avis scientifiques et d'une écoute plus attentive de l'opinion publique, ceci visant à contrer un éventuel « biais de négativité ».

94 *Le Monde*, Covid-19 : le risque de la fatigue démocratique, 27 janvier 2021 ; *Le Monde*, Confinement : l'Élysée cherche une nouvelle formule, mêlant « acceptabilité » et efficacité, 29 janvier 2021.

Il en résulte que les sources de légitimation employées afin de faire accepter une mesure correspondent souvent à l'émergence d'un consensus, entendu comme étant la convergence d'opinions⁹⁵. En effet, en période de forte incertitude scientifique, l'existence d'un consensus, à connotation scientifique, voire scientifico-politique, est invoquée par les décideurs politiques en vue de rendre une décision plus acceptable⁹⁶, comme en illustrent les décisions des premier et deuxième confinements ainsi que le maintien du premier tour des élections municipales. Dans le cadre du processus d'expertise, c'est même la recherche d'un « consensus dur »⁹⁷ qui est privilégiée par le Conseil scientifique Covid-19 dans les recommandations qu'il formule dans ses avis. Par ailleurs, l'« état actuel des connaissances scientifiques », dressé au début de chaque avis scientifique, donne la mesure de ce qui fait consensus dans les connaissances scientifiques sur la COVID-19 et de ce qui fait toujours l'objet d'incertitude à un moment donné de la prise de décision. Reste que la légitimation invoquée en ce qui concerne les mesures non strictement sanitaires, à l'instar des décisions relatives aux élections, demeure davantage politique, qu'il y ait absence de consensus politique comme lors de la décision de report des élections municipales au mois de juin 2020, ou bien l'apparence d'un, au terme d'une large consultation d'acteurs politiques comme pour les élections régionales et départementales de juin 2021.

En somme, la source de légitimation d'une mesure coïncide le plus souvent avec l'existence d'un consensus, notamment en raison de sa « fonction sociale d'apaisement »⁹⁸ mise en exergue par Sophie Gambardella et Nils Kessel, qu'il soit scientifique, politique, démocratique, ou bien combiné, afin de contrer d'éventuels risques politiques. Dès lors, dans la quête de légitimation d'une mesure, l'incertitude semble jouer tel un curseur dans la relation entre experts et politiques, notamment dans les rapports entre expertises et décisions, qui seront plus ou moins fusionnels ou distants. Alors *quid* du lien entre incertitude et recherche de la confiance dans la prise de décision ?

B. La recherche de la confiance

L'appel à la confiance, que ce soit dans les avis scientifiques ou dans les discours politiques visant à annoncer des mesures de gestion des risques, a été continu. Pourquoi un tel constat ? Quel lien unit le contexte d'incertitude dans lequel se réalisent la prise de décision et cette recherche de la confiance ? Il s'agit de voir quel rôle joue la confiance dans la fabrique des décisions en contexte de crise sanitaire marquée par une information parcellaire. Mais avant de venir dresser le constat d'une défiance dans l'ensemble du processus d'analyse des risques (2), il convient de s'intéresser à la communication sur les risques et à son influence sur leur perception par la société (1).

95 S. GAMBARDELLA, N. KESSEL, « Introduction », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* [En ligne], 12, 2021, mis en ligne le 7 mai 2021, consulté le 13 août 2021, URL : [<http://journals.openedition.org/cdst/3418>] ; DOI : [<https://doi-org/10.4000/cdst.3418>].

96 *Ibid.*

97 S. GAMBARDELLA, N. KESSEL, « Consensus et incertitude scientifique. Retour d'expérience d'un membre du Conseil scientifique Covid-19 », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, [En ligne], 12, 2021, mis en ligne le 7 mai 2021, consulté le 13 août 2021, URL : [<http://journals.openedition.org/cdst/3503>] ; DOI : [<https://doi-org/10.4000/cdst.3503>].

98 S. GAMBARDELLA, N. KESSEL, « Introduction », *op. cit.*

1. *L'influence de la communication sur les risques*

À côté de l'évaluation scientifique et de la gestion du risque, la communication sur le risque constitue le troisième pan de l'approche structurée de l'analyse du risque par laquelle s'exécute la mise en œuvre du principe de précaution⁹⁹. La communication sur les risques est présentée comme étant un processus interactif entre les expéditeurs et les destinataires d'information sur un risque¹⁰⁰. Dès lors, il s'agit de se demander dans quelle mesure la communication sur les risques liés à la COVID-19 vient façonner la perception que la société a de ceux-ci. La perception des risques est en effet un élément essentiel de l'acceptation des mesures prises, en ce qu'elle se réfère aux différentes attitudes adoptées et aux jugements portés par un individu à l'égard des risques auxquels il est exposé¹⁰¹. Plus précisément, la perception des risques se compose d'interprétations des risques façonnées par des facteurs individuels et collectifs, de divers ordres : social, culturel, psychologique ou encore émotionnel¹⁰². Or, au moment de la transmission d'information sur les risques s'opère une « amplification sociale », qui correspond selon Roger E. Kaperon *et al.*, « au phénomène par lequel les processus d'information, les structures institutionnelles, le comportement des groupes sociaux et les réponses individuelles façonnent l'expérience sociale du risque, contribuant ainsi aux conséquences du risque »¹⁰³. En somme, d'après ces auteurs, un risque n'a de sens que dans la mesure où il permet de renseigner les divers processus sociaux qui le fabriquent, venant donc renverser l'opposition artificielle entre le risque « vrai », qui existerait par lui-même, et le risque « déformé », qui serait déterminé par la société¹⁰⁴. Alors à l'occasion de la diffusion d'information, Roger E. Kaperon *et al.* montrent que le phénomène d'amplification sociale peut jouer de deux manières : en intensifiant ou minimisant certaines informations sur le risque à destination de la société, d'une part, et en filtrant l'information en fonction des caractéristiques du risque et de leur importance, d'autre part¹⁰⁵. À cet égard, ils identifient des « stations d'amplification » par lesquelles un phénomène d'amplification sociale peut se produire, pouvant s'agir d'experts scientifiques, d'institutions gestionnaires des risques, de médias, d'organisations sociales, d'agences publiques ou autres¹⁰⁶.

Mais à l'ère « hyperconnectée » où l'information circule instantanément et librement, provenant de sources officielles ou non, le phénomène d'amplification sociale liée à la diffusion d'information sur un risque peut s'avérer d'autant plus ample et profond, surtout lorsqu'il s'agit de fausses informations qui entrent directement en conflit avec l'information officielle délivrée par le gestionnaire des risques,

99 Communication de la Commission sur le recours au principe de précaution, préc.

100 J. FESSENDEN-RADEN, J. M. FITCHEN, J. S. HEATH, « Providing Risk Information in Communities: Factors Influencing What Is Heard and Accepted », *Science, Technology, & Human Values*, 12(3/4), Special Issue on the Technical and Ethical Aspects of Risk Communication, 1987, p. 94.

101 P. SLOVIC, *The Perception of Risk*, London, Earthscan, 2000, p. xxxvii.

102 L. CORI, F. BIANCHI, E. CADUM and C. ANTHONJ, « Risk perception and COVID-19 », *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 17(9), 2020, 3114 ; P. SLOVIC, *The Perception of Risk*, *op. cit.*, p. 220-231.

103 R. E. KASPERSON, O. RENN, P. SLOVIC, H. S. BROWN, J. EMEL, R. GOBLE, J. X. KASPERSON and S. RATICK, « The Social Amplification of Risk: A conceptual framework », *Risk Analysis*, 8(2), 1988, p. 181 (traduction libre de la citation).

104 *Ibid.*

105 *Ibid.*

106 *Ibid.*

provoquant alors des interférences dans sa réception¹⁰⁷. L'OMS a parlé à ce propos d'« infodémie », s'agissant de la surabondante diffusion de fausses informations concernant le virus COVID-19 menaçant l'efficacité des mesures adoptées¹⁰⁸, ce qui illustre bien l'impact qu'un phénomène d'amplification sociale peut avoir sur les comportements¹⁰⁹. Il a ainsi été rappelé lors de la 73^e Assemblée mondiale de la santé, qu'il incombait aux autorités publiques, en tant que gestionnaire du risque lié à la COVID-19, de communiquer à la population des informations « fiables et complètes sur la COVID-19 et sur les mesures prises »¹¹⁰ afin d'assurer la confiance. Or, là réside toute la difficulté de la communication en contexte de forte incertitude scientifique, puisqu'elles sont justement manquantes. Alors, de quelle manière la communication sur les risques a-t-elle été effectuée par le décideur politique afin de garantir l'adhésion de la société aux différentes mesures de confinement ?

Le choix des décideurs politiques d'user de l'analogie à la guerre comme stratégie de communication, lors de la décision du premier confinement, a permis d'assurer une adhésion générale de la société, dans un contexte de connaissances quasi inexistantes, du fait de son caractère performatif, dans le sens où la peur est venue dicter les conduites¹¹¹. Toutefois, à l'approche de la deuxième vague de l'épidémie, le Conseil scientifique a suggéré la mise en place d'une nouvelle politique de communication tournée vers des outils de communication plus ouverts et participatifs, en soulignant le caractère descendant et à dominance sanitaire des stratégies jusque-là déployées¹¹². La communication concernant les deuxième et troisième confinements a donc davantage misé sur l'idée de confiance et opté pour une démarche plus pédagogique dans l'explication du choix des mesures.

Par ailleurs, les phénomènes d'amplification sociale n'ont pas non plus été étrangers au Conseil scientifique Covid-19 et à ses membres, lui-même participant à la communication sur les risques avec les médias, identifiée comme étant « un sujet sensible » au sein de son règlement intérieur. À cet égard, l'on peut citer par exemple les positionnements à contre-courant de Didier Raoult, au départ membre du Conseil scientifique, sur l'hydroxychloroquine, positionnements ayant eu pour effet d'attiser la défiance envers les institutions politiques et médiatiques officielles¹¹³.

Si la communication sur les risques joue sur la perception que les individus ont de ceux-ci et, par voie de conséquence, influe sur l'adhésion des mesures appréciée au regard de l'opinion publique ou des comportements adoptés, il reste que, quelle que soit la stratégie de communication employée, son succès ou son échec résidera corrélativement dans le degré de confiance accordé au gestionnaire des risques¹¹⁴, qu'il convient à présent d'étudier.

107 J. FESSENDEN-RADEN, J. M. FITCHEN, J. S. HEATH, *op. cit.*, p. 101.

108 [<https://www.who.int/fr/news/item/23-09-2020-managing-the-covid-19-infodemic-promoting-healthy-behaviours-and-mitigating-the-harm-from-misinformation-and-disinformation>].

109 R. E. KASPERSON *et al.*, *op. cit.*, p. 182.

110 Résolution WHA73.1, 73^e Assemblée mondiale de la santé, 19 mai 2020.

111 L. CORI *et al.*, *op. cit.*

112 Avis du Conseil scientifique Covid-19, Se préparer maintenant pour anticiper un retour du virus à l'automne, 27 juillet 2020, p. 26.

113 Enquête chez les soutiens du Professeur Raoult, 15 juillet 2020.

114 P. SLOVIC, « Perceived Risk, Trust, and Democracy », *Risk Analysis*, 13(6), 1993, p. 677. Voir également le Baromètre Covid-19 un projet pour la science citoyenne, enquête réalisée pour l'association DataCovid, mai 2020.

2. La défiance dans le processus d'analyse des risques

Pour Georg Simmel, la confiance s'apparente à « un état intermédiaire entre le savoir et le non-savoir sur autrui »¹¹⁵, dans le sens où, une personne qui entend se fier à une autre, soit directement soit par le biais d'une institution, ne dispose que d'une quantité limitée de connaissances à son sujet. La confiance présuppose une situation d'incertitude, de telle sorte qu'un individu dans un monde complexe est confronté à une infinité de choix et donc d'avenirs possibles¹¹⁶. Là réside la fonction de la confiance, identifiée par Niklas Luhmann, qu'il synthétise de manière suivante : « l'un a confiance, de manière anticipatoire, dans le fait que l'autre maîtrisera avec succès des situations ambiguës, qu'il réduira donc la complexité, et l'autre, par cette confiance qui lui est accordée, a effectivement plus de chances de réussir »¹¹⁷. L'on saisit ainsi l'importance que peut avoir la confiance dans la gestion d'un risque¹¹⁸, d'où son invocation constante dans la communication sur les risques liés à la COVID-19. Mais précisément envers qui est-elle invoquée ? Et surtout devient-elle performative ?

L'appel à la confiance dans la science a semble-t-il été avancé, lors de la décision du premier confinement, du fait de l'existence d'un capital de confiance élevé dans la science en tant qu'institution (78 %)¹¹⁹, venant ainsi corroborer la source de légitimation choisie. De plus, les enquêtes d'opinion menées par le Centre de recherches politiques de Sciences Po ont montré que le degré de confiance diffère selon les acteurs de la « science » visés, de sorte que le « personnel médical » bénéficie d'une confiance supérieure à celle de l'institution « science » (87 %), et les « scientifiques » disposent d'un degré légèrement inférieur (75 %)¹²⁰. D'où les diverses références aux scientifiques, médecins et autres « blouses blanches » faites par les décideurs politiques à l'occasion du premier confinement. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'experts scientifiques venant conseiller le gouvernement, le taux de confiance diminue singulièrement (66 %)¹²¹, ce qui pourrait s'expliquer par la défiance persistante qui existe à l'égard de la politique¹²² venant se répercuter sur la procédure d'évaluation des risques. La confiance a ensuite été invoquée de manière réciproque dans la gestion de la crise, des politiques envers les citoyens et vice-versa¹²³. Cependant, le constat qui est dressé est celui d'une défiance envers les gestionnaires des risques tout au long de la crise sanitaire : la confiance de la société à l'égard des politiques reste faible et leur action est, de manière générale, perçue

115 G. SIMMEL, « Chapitre 5 : Le secret et la société secrète », in G. SIMMEL, *Sociologie, Études sur les formes de socialisation*, Paris, PUF, 1999, p. 356.

116 O. ALLARD, M. CAREY, R. RENAULT, « De l'art de se méfier », *Tracés. Revue de Sciences Humaines* [En ligne], 31, 2016, mis en ligne le 1^{er} janvier 2017, consulté le 25 août 2021, URL : [<http://journals.openedition.org/traces/6684>] ; DOI : [<https://doi.org/10.4000/traces.6684>].

117 N. LUHMANN, *La confiance, Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Paris, Economica, 2006, p. 28.

118 Voir notamment : P. SLOVIC, « Perceived Risk, Trust, and Democracy », *op. cit.*, p. 676-677.

119 Sciences Po CEVIPOF, Baromètre de la confiance politique, Vague 11 bis, avril 2020 ; Sciences Po CEVIPOF, Note de recherche, Le Baromètre de la confiance politique, Vague 12, février 2021, « Faire confiance à la science ? ».

120 Sciences Po CEVIPOF, Note de recherche, Le Baromètre de la confiance politique, Vague 12, février 2021, « Faire confiance à la science ? ».

121 Sciences Po CEVIPOF, Baromètre de la confiance politique, Vague 11 bis, avril 2020 .

122 Sciences Po CEVIPOF, Baromètre de la confiance politique, Vague 12, février 2021, « Résilience des institutions et lassitude des opinions ».

123 Voir notamment : Allocution du président de la République, 28 octobre 2020 ; Allocution télévisée de M. Emmanuel Macron, président de la République, 31 mars 2021.

négativement¹²⁴. En témoigne les qualificatifs utilisés pour qualifier la gestion de la crise par le gouvernement : l'incompétence, l'impréparation, le manque de transparence et l'irresponsabilité¹²⁵.

Finalement, cette défiance voire méfiance¹²⁶ envers l'institution politique s'est diffusée sur l'ensemble du processus d'analyse des risques, que ce soit l'évaluation scientifique, la gestion des risques liés à la COVID-19 ou leur communication. L'incertitude appelle la confiance, néanmoins invoquer la confiance dans la « science » et dans ses acteurs ne suffit pas à inspirer la confiance dans la gestion des risques.

Il ressort ainsi de ce second temps de notre propos que la relation entre experts et politiques en période de crise sanitaire est en partie déterminée par l'incertitude. À forte incertitude, la source de légitimation utilisée pour une mesure sanitaire a souvent été scientifique, étayée par la confiance invoquée dans la science. En revanche, au fur et à mesure de l'avancement de la crise, la légitimité de la science et les considérations sanitaires n'ont plus suffi à maintenir la fonction de préservation sociale des mesures adoptées, le décideur politique a plutôt cherché à gagner la confiance de la société tout en affirmant sa propre légitimité.

Que tire-t-on de la relation experts-politiques en temps de crise sanitaire ? D'abord, il apparaît que la crise est un champ d'études privilégié de la relation en ce qu'elle est particulièrement mise en lumière, extraite de son état nébuleux naturel. La relation experts-politiques est davantage visible et elle est plus encore explorée, questionnée et revendiquée. En fin de compte, la crise sanitaire a permis d'éclairer les bases et les dessous de la relation entre experts et politiques, des liens entre expertises et décisions. Mais si l'urgence et l'incertitude constituent les principales caractéristiques de la prise de décision en situation de crise sanitaire, elles restent plus largement intrinsèques à la fabrique des mesures de gestion des risques, jouant en permanence sur les rapports entre experts et politiques, qui seront alors plus ou moins transparents ou confus, plus ou moins imbriqués ou distants. De plus, ces rapports renseignent à leur tour nombre d'enseignements, en ce qu'ils sont finalement le reflet plus global du rapport gouvernant-gouvernés.

124 Sciences Po CEVIPOF, Baromètre de la confiance politique, Vague 12, février 2021, « Résilience des institutions et lassitude des opinions ».

125 Sciences Po, CEVIPOF, Baromètre de la confiance politique, Vague 12b, mai 2021, « En qu(o)i les français ont-ils confiance aujourd'hui ? ».

126 Ces termes ne correspondent pas à l'absence de confiance mais respectivement à la crainte d'être trompé en ne se fiant qu'avec précaution (défiance) et à la croyance d'être trompé en ne se fiant pas (méfiance), voir les définitions des termes « défiance » et « méfiance » : E. LITTRÉ, *op. cit.* ; L. ÉLOI, « Chapitre 1 : Les définitions de la confiance », in L. ÉLOI, *L'économie de la confiance*, Paris, La Découverte, 2019, p. 24.

Annexes

Annexe n° 1 : Tableau des sources de légitimation des mesures de confinement (cf. II. A. 2.)

Types de mesure	Degré d’incertitude scientifique	Caractère prescriptif des avis scientifiques (AS)	Source(s) de légitimation utilisée(s) dans le discours politique
Décision de confinement n° 1 ¹²⁷	<p>Situation de méconnaissance</p> <p>AS, 12 mars 2020 : « Conscient de la gravité des questions qui lui étaient posées et des décisions à prendre, le Conseil scientifique s’est efforcé d’y répondre de la manière la plus satisfaisante possible <i>au regard des arguments scientifiques connus, dans des conditions incertaines, inhabituelles et particulièrement difficiles</i> »¹²⁸.</p> <p>Président de la République, 13 avril 2020 : « Nous avons donc dû parer à l’urgence, prendre des décisions difficiles à partir d’informations partielles, souvent changeantes, nous adapter sans cesse, car ce virus était inconnu et il porte encore aujourd’hui beaucoup de mystères. »¹²⁹</p>	<p>Prescriptif</p> <p>AS, 23 mars 2020 : « Le confinement est actuellement <i>la seule stratégie réellement opérationnelle</i> [...] <i>Le confinement doit être strictement mis en œuvre</i> et bénéficier d’une large adhésion de la population, comme ceci semble être le cas. »¹³⁰</p> <p>« Le Conseil scientifique considère dès lors <i>indispensable de prolonger le confinement</i>. »¹³¹</p> <p>AS, 2 avril 2020 : « Le Conseil scientifique souligne un point essentiel. La réflexion sur la sortie de confinement, les stratégies post-confinement sont nécessaires. La <i>priorité demeure cependant la poursuite d’un confinement renforcé dans la durée</i>. »¹³²</p>	<p>Scientifique</p> <p>Président de la République, 12 mars 2020 : « Un <i>principe nous guide pour définir nos actions</i>, il nous guide depuis le début pour anticiper cette crise puis pour la gérer depuis plusieurs semaines et il doit continuer de le faire : c’est la <i>confiance dans la science. C’est d’écouter celles et ceux qui savent</i>. »¹³³</p> <p>Premier ministre, 14 mars 2020 : « Vous le savez, nous mettons tout en œuvre pour protéger la population et notre système de santé, <i>sur le fondement des recommandations de nos meilleurs médecins, de nos meilleurs scientifiques</i>. »¹³⁴</p>
	Décision de confinement n° 2 ¹³⁵	<p>Connaissances limitées</p> <p>Données épidémiologiques existantes concernant le virus COVID-19 : Note, 26 octobre 2020 : « On observe depuis une dizaine de jours une accélération importante du nombre de nouveaux cas journaliers, de type quasi exponentielle (autour de 50 000 cas diagnostiqués, correspondant probablement à 80 000 – 100 000 infections réelles par jour, compte tenu d’une proportion importante de cas non diagnostiqués). »¹³⁶</p> <p><i>Incertitude persistante</i> relative aux effets du COVID-19 notamment : Président de la République, 28 octobre 2020 : « Et nous ne savons pas dire aujourd’hui quelles sont les séquelles à long terme. Perte d’odorat, perte de goût, difficultés respiratoires : contracter ce virus, n’est jamais anodin, même lorsqu’on a 20 ans. »¹³⁷</p>	<p>Incitatif</p> <p>Note, 26 octobre 2020 : « Le Conseil scientifique <i>identifie trois options</i>, qui ne sont ni exhaustives ni exclusives les unes des autres. Les options 2 et 3 ont pour objectif de faire baisser la circulation du virus. »</p> <p>« Option 2 : Couvre-feu sanitaire étendu, pouvant aboutir à un confinement et mesures d’accompagnement des personnes les plus fragiles »</p> <p>« Option 3 : Confinement “aménagé” suivi d’un couvre-feu sanitaire dans la phase de déconfinement »</p> <p>« Le Conseil scientifique estime que les deux dernières options doivent être envisagées très rapidement (option 3 sera la plus efficace sur le plan sanitaire). »¹³⁸</p>
Décision de confinement n° 3 ¹⁴¹		<p>Stabilisation des connaissances incertaine</p> <p>AS, 11 mars 2021 : « Un an après le début de l’épidémie de COVID-19 en France, le Conseil scientifique <i>dresse un état des lieux et fait le point sur les avancées scientifiques</i>. »</p> <p>« La <i>littérature internationale et l’étude ComCor</i> en France permettent désormais de mieux estimer la dangerosité des situations vis-à-vis du risque d’infection par le SARS-CoV2, les lieux et circonstances de contamination et donc d’identifier des activités plus ou moins à risque de transmission du virus. Elles ne prennent néanmoins pas en compte la transmissibilité accrue du <i>variant</i> UK. »</p> <p>« La situation actuelle confirme l’inquiétude que le Conseil scientifique a eu l’occasion d’exprimer à plusieurs reprises. L’arrivée des <i>variants complique une situation sanitaire et épidémiologique déjà tendue</i>. »¹⁴²</p> <p>Premier ministre, 1^{er} avril 2021 : « Ayons l’humilité de reconnaître que <i>nous ne savons pas tout</i>. Tout simplement parce que nous faisons face à un <i>risque nouveau dont nul ne peut dire avec certitude comment il est susceptible d’évoluer</i>. »¹⁴³</p>	<p>Informatif</p> <p>Note, 29 janvier 2021 : « 1. Avec beaucoup d’incertitudes et d’humilité.</p> <p>2. <i>Un confinement strict</i> sur une période de 4 semaines à partir de début février (vacances scolaires) <i>permet</i> de : - Ramener la circulation du virus autour de 5 000 contaminations journalières ; Ralentir la pénétration du variant VOC et probablement du variant sud-africain ; - Mais, il ne permet pas d’éviter une reprise de la circulation du virus avec le variant VOC dans le mois de mars. Cette reprise peut être ralentie par une stratégie très stricte de “Tester-Tracer-Isoler”.</p> <p>3. <i>Un confinement strict permet</i> de “gagner du temps” : - Construction d’un dépistage des variants alliant RT-PCR et séquençage ; - Construction d’une stratégie de dépistage dans des lieux à risque de circulation s’appuyant sur de nouveaux tests (prélèvements salivaires..) ; - Permet à la vaccination de se terminer dans les EHPAD ; - Mise en place d’une nouvelle stratégie pour la prise en charge des personnes âgées (>70 ans) ou à risque »¹⁴⁴.</p>

¹²⁷ Décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus Covid-19, *JORF* n° 0066 du 17 mars 2020.

¹²⁸ Avis n° 1 du Conseil scientifique Covid-19, 12 mars 2020, p. 6.

¹²⁹ Adresse aux Français, 13 avril 2020.

¹³⁰ Avis n° 4 du Conseil scientifique Covid-19, 23 mars 2020, p. 1.

¹³¹ *Ibid.*, p. 2.

¹³² Avis n° 6 du Conseil scientifique Covid-19, 2 avril 2020, p. 7.

¹³³ Adresse aux Français, 12 mars 2020.

¹³⁴ Déclaration de Monsieur Édouard Philippe, Premier ministre sur le COVID-19, 14 mars 2020.

¹³⁵ Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 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° 0264 du 30 octobre 2020.

¹³⁶ Note du Conseil scientifique Covid-19, 26 octobre 2020, Une deuxième vague entraînant une situation sanitaire critique, p. 3.

¹³⁷ Allocution du président de la République, 28 octobre 2020.

¹³⁸ Note du Conseil scientifique Covid-19, 26 octobre 2020, Une deuxième vague entraînant une situation sanitaire critique, p. 14-16.

¹³⁹ Allocution du président de la République, 28 octobre 2020.

¹⁴⁰ Avis n° 8 du Conseil scientifique Covid-19, 27 juillet 2020, Se préparer maintenant pour anticiper un retour du virus à l’autonome, p. 2.

¹⁴¹ Décret n° 2021-384 du 2 avril 2021 modifiant les décrets n° 2020-1262 du 16 octobre 2020 et n° 2020-1310 du 29 octobre 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° 0080 du 3 avril 2021.

¹⁴² Avis du Conseil scientifique Covid-19, 11 mars 2021, Anticiper et différencier les stratégies pour sortir des phases aiguës de l’épidémie.

¹⁴³ Discours de M. Jean Castex, Premier ministre, Déclaration du Gouvernement relative à l’évolution de la situation sanitaire et aux mesures nécessaires pour y répondre, 1^{er} avril 2021.

¹⁴⁴ Note d’éclairage du 29 janvier 2021, Point de situation sur les variants, modélisations, perspectives pour le mois de mars.

¹⁴⁵ Allocution télévisée de M. Emmanuel Macron, Président de la République, 31 mars 2021.

¹⁴⁶ Discours de M. Jean Castex, Premier ministre, Déclaration du Gouvernement relative à l’évolution de la situation sanitaire et aux mesures nécessaires pour y répondre, 1^{er} avril 2021.

Annexe n° 2 : Tableau des sources de légitimation des décisions de maintien ou de report des élections (cf. II. B. 2.)

Types de mesure	Formulation de la frontière évaluation-gestion des risques Caractère prescriptif des AS	Source(s) de légitimation utilisée(s) dans le discours politique
Décision de maintenir le premier tour des élections municipales du 15 mars 2020	<p align="center">Incitatif</p> <p>AS, 12 mars 2020 : « Le conseil scientifique a été questionné sur un éventuel report des élections. Il a souligné que <i>cette décision, éminemment politique, ne pouvait lui incomber</i>. Il a considéré que si les élections se tenaient elles devaient être organisées dans des conditions sanitaires appropriées [...]. Dans ces conditions, <i>il n'identifiait pas d'argument scientifique</i> indiquant que l'exposition des personnes serait plus importante que celle liée aux activités essentielles (faire ses courses). Le conseil scientifique a alerté le gouvernement sur le fait que d'un point de vue de santé publique, il était important pour la crédibilité de l'ensemble des mesures proposées qu'elles apparaissent dénuées de tout calcul politique »¹⁴⁷.</p> <p>AS, 14 mars 2020 : « » Dans ces circonstances sanitaires exceptionnelles, et dans l'urgence, le conseil scientifique a formulé son avis en son âme et conscience, avec humilité et gravité, et <i>dans les limites de ses responsabilités scientifiques de conseil, qui n'ont pas vocation à se substituer aux avis et aux décisions des institutions publiques</i> compétentes en matière de libertés fondamentales. <i>Il a considéré que l'exercice de la démocratie, garanti par la sécurité sanitaire du vote, gagnait à être préservé</i> afin que la population conserve dans la durée une confiance indispensable au respect de mesures extrêmement contraignantes qui lui seraient exigées par les autorités démocratiques du pays pour garantir sa protection sanitaire. »¹⁴⁸</p> <p>AS, 16 mars 2020 : « Dans ces conditions, il semble inopportun de maintenir le second tour des élections municipales. »¹⁴⁹</p>	<p align="center">Scientifique - Politique</p> <p>Président de la République, 16 mars 2020 : « Dans la journée de jeudi, <i>un consensus scientifique et politique</i> s'est formé pour maintenir le premier tour des élections municipales, et j'ai pris, avec le Premier ministre, la décision de maintenir le scrutin. »</p> <p>« Dans ce contexte, après avoir <i>consulté le Président du Sénat, le Président de l'Assemblée nationale mais également mes prédécesseurs</i>, j'ai décidé que le second tour des élections municipales serait reporté. Le Premier ministre en a informé aujourd'hui même les chefs de parti représentés au Parlement. <i>Cette décision a fait l'objet d'un accord unanime.</i> »¹⁵⁰</p>
Décision de report du second tour des élections municipales au 28 juin 2020	<p align="center">Informatif</p> <p>AS, 18 mai 2020 : « cet avis n'a pas vocation à exprimer une orientation ou une préférence du Conseil scientifique ou de ses membres quant aux décisions à prendre, notamment quant à un éventuel report des élections, décision qui relèvent de la seule responsabilité des autorités publiques et que le Conseil scientifique se contente, pour ce qui le concerne, d'éclairer par des éléments d'analyse. »</p> <p>« Pour toutes ces raisons, il est encore trop tôt pour évaluer le niveau de circulation de SARS-CoV-2 durant le mois de juin 2020. Les premières estimations ne seront sans doute disponibles que dans quelques semaines. <i>Cette évaluation pourrait alors motiver, selon ses résultats, une nouvelle interruption du processus électoral.</i> »</p> <p>« Quelle que soit l'option décidée par les Autorités publiques concernant l'organisation du 2^e tour des élections municipales, le Conseil scientifique appelle à tenir compte de la situation épidémiologique dans les 15 jours précédant la date décidée du scrutin, ainsi qu'à une surveillance soutenue 15 jours après le scrutin. »</p> <p><i>Opinion dissidente</i>, Jean- Laurent Casanova : « il est nécessaire de reporter les deux tours au mois de septembre. »¹⁵¹</p> <p>AS, 8 juin 2020 : « En France métropolitaine, considérant les éléments relatifs à la situation épidémiologique ainsi que les risques associés à la tenue du second tour des élections municipales, le Conseil scientifique estime <i>ne pas avoir à apporter d'éléments de nature à modifier substantiellement l'avis qu'il a rendu le 18 mai 2020</i>. Il appartient aux autorités publiques de choisir les dispositions qu'elles décident de mettre en œuvre dans ce contexte. »¹⁵²</p> <p>AS, 14 juin 2020 : conclusion identique¹⁵³.</p>	<p align="center">Politique</p> <p>Premier ministre, 22 mai 2020 : « J'ai rendu public mardi dernier l'avis du conseil scientifique. Chacun a pu en prendre connaissance. Pour ma part j'en retiens quatre éléments [...]. Avant de prendre la décision que nous avons traduite dans le rapport que le Gouvernement vient d'envoyer aux présidents des deux assemblées, <i>j'ai souhaité consulter l'ensemble des forces politiques du pays.</i> [...] Autour de la table, la question difficile de savoir si le second tour des élections municipales devait avoir lieu en juin ou non <i>n'a pas fait consensus.</i> »</p> <p>« Il appartient donc désormais au Gouvernement de prendre et d'assumer seul sa décision. »¹⁵⁴</p>
Décision de report des élections régionales et départementales aux 20 et 27 juin 2021	<p align="center">Informatif</p> <p>AS, 29 mars 2020 : « Il incombe aux <i>seules autorités politiques de procéder en toute légitimité démocratique aux appréciations générales</i>, qui dépassent les seuls aspects sanitaires, ainsi qu'aux arbitrages nécessaires, qui sont <i>éminemment politiques s'agissant de l'organisation des élections.</i> »</p> <p>« Quels que soient les éléments sanitaires associés aux différentes situations, ces éléments devront être mis en regard de considérations sociales et politiques plus générales, qui ne sont pas spécifiquement sanitaires. Ils devront également être appréciées en comparaison avec des décisions prises à propos d'autres activités sociales mises en œuvre ou interrompues dans ces différents contextes. <i>Il n'appartient pas au Conseil scientifique de se prononcer sur ces choix, qui sont de nature politique.</i> »¹⁵⁵</p>	<p align="center">Politique</p> <p>Premier ministre, 1^{er} avril 2020 : « Nous devons également nous prononcer sur les conditions d'organisation des élections régionales et départementales prévues les 13 et 20 juin prochain. Ces élections ont déjà été reportées pour cause de Covid. Comme je l'ai déjà indiqué et comme je le redis ce matin devant la Représentation nationale, seules des raisons sanitaires impérieuses, de nature à compromettre l'organisation de la campagne ou du scrutin, pourraient justifier un nouveau report. En application de la loi du 22 février 2021, le Conseil scientifique a rendu sur ce sujet un avis lundi dernier.</p> <p>J'observe que cet avis, particulièrement balancé, ne préconise pas clairement et explicitement un report des élections. »¹⁵⁶</p> <p>Premier ministre, 13 avril 2021 : « Au termes des <i>consultations</i> conduites [des présidents des assemblées, des présidents des groupes parlementaires, des responsables des partis politiques représentés au Parlement et des présidents d'associations d'élus locaux], et après l'avis du Conseil scientifique, je prends acte d'une <i>forte orientation pour le maintien de ces élections en juin</i>, ce qui <i>rejoint la position de principe du Gouvernement.</i> »¹⁵⁷</p>

147 Avis du Conseil scientifique Covid-19, 12 mars 2020.

148 Avis du Conseil scientifique Covid-19, 14 mars 2020.

149 Avis du Conseil scientifique Covid-19, 16 mars 2020.

150 Adresse aux Français, 16 mars 2020.

151 Avis du Conseil scientifique Covid-19, 18 mai 2020, Modalités sanitaires du processus électoral à la sortie du confinement.

152 Avis du Conseil scientifique Covid-19, 8 juin 2020, Analyse épidémiologique en prévision du scrutin du 28 juin 2020.

153 Avis du Conseil scientifique Covid-19, 14 juin 2020, Analyse épidémiologique en prévision du scrutin du 28 juin 2020.

154 Déclaration de M. Édouard Philippe, Premier ministre sur l'organisation du second tour des élections municipales, 22 mai 2020.

155 Avis du Conseil scientifique Covid-19, 29 mars 2021, Élections régionales et départementales : analyse des enjeux sanitaires.

156 Discours de M. Jean Castex, Premier ministre, Déclaration du Gouvernement relative à l'évolution de la situation sanitaire et aux mesures nécessaires pour y répondre, 1^{er} avril 2021.

157 Déclaration de M. Jean Castex, Premier ministre, sur le décalage des élections départementales et régionales aux 20 et 27 juin et la mise en œuvre des protocoles sanitaires renforcés en vue de leur organisation, 13 avril 2021.

L'ARTICULATION ENTRE DÉCISION POLITIQUE ET EXPERTISE SCIENTIFIQUE FACE À L'ÉPIDÉMIE COVID-19 : L'EXEMPLE TUNISIEN

Amel NJEHI¹

Introduction

Dans tous les pays où la crise est traitée de manière rationnelle et efficace, la parole est donnée d'abord à des scientifiques travaillant dans des domaines en rapport avec la nature de la pandémie : virologues, infectiologues, épidémiologistes, immunologistes, biologistes, anesthésistes-réanimateurs, urgentistes, gériatres, etc. Qu'ils soient praticiens, chercheurs ou les deux à la fois, ces scientifiques font des observations, s'informent en temps réel et publient pour faire avancer le savoir, de jour en jour, heure par heure.

Les hommes politiques peuvent faire valoir que la recherche doit se cantonner dans l'explication du fonctionnement de toute chose et se garder de faire des recommandations politiques sur la façon dont elles devraient être gérées. C'est le fameux argument de Max Weber dans *Le savant et le politique*² selon lequel le savant doit fonder sa recherche sur un jugement de fait, suivant le principe de neutralité axiomatique, pour expliquer le fonctionnement de la société, tandis que le rôle de politicien est d'user de son jugement de valeur et de ses convictions pour décider de ce qui lui semble être le meilleur pour la société.

Cette crise sanitaire se révèle exceptionnelle à plus d'un titre. Elle est planétaire. Elle touche un grand nombre de personnes et a déjà engendré un grand nombre de victimes. Elle a donné lieu à une restriction des libertés publiques qu'on n'avait pas connue depuis de nombreuses décennies. C'est une période exceptionnelle au sens où ce n'est pas arrivé depuis un certain temps. Il y a eu une épidémie de choléra et de peste dans les années 1800. La moitié, voire les deux tiers des habitants ont été emportés par la maladie. Des cités entières ont disparu. L'agriculture et l'artisanat ont été dévastés et les rescapés se précipitaient sur les routes fuyant un mal insaisissable.

1 Docteur en droit public, enseignante chercheuse à l'université d'Avignon et des Pays de Vaucluse.

2 M. WEBER, *Le savant et le politique*, La découverte, 2003, p. 67.

Le contexte change au XIX^e siècle. Le « siècle de fer » sera le temps des crises, du marasme et des épidémies. La peste de 1818-1820 sera le prélude à une série d'épidémies. Apparue initialement en Égypte en 1813, elle se propage d'abord en 1814 en Méditerranée et en particulier à Malte, puis elle réapparaît en Égypte en 1816 où elle perdurera pendant 4 ans. Après 1820, la Régence sera épargnée par la peste durant une longue période. Cependant, d'autres fléaux vont s'abattre sur le pays, notamment le choléra qui va frapper à trois reprises : en 1836, 1849-50 et 1856. L'intensification des échanges maritimes avec l'Europe ainsi que le circuit classique du retour de pèlerinage en sont les principales causes.

Sous le Protectorat³, les épidémies seront moins meurtrières et plus variées que durant les siècles précédents : de 1886 jusqu'au début du XX^e siècle, on assiste à la propagation de la variole qui réapparaîtra après la Grande Guerre. Elle s'attaquera aux enfants, et surtout à ceux souffrant de malnutrition.

Durant ces années, le pouvoir husseinite compte à son actif plusieurs initiatives de prévention des épidémies et de réduction progressive de la contagion. Les mesures sont plus ou moins importantes d'un règne à l'autre au cours des époques moderne et contemporaine. Sous Hammouda Pacha, des mesures ont été prises pour contrôler et inspecter systématiquement les navires accostant à Tunis. Par ailleurs, des campagnes ont été organisées pour combattre l'accumulation des déchets ou pour inhumer les morts dans des tombes de plus d'un mètre de profondeur. Le Bey a également ordonné de brûler les vêtements des morts, de verrouiller leurs maisons, d'obliger les étrangers à se laver dans les cimetières et d'isoler les malades d'entre eux dans les entrepôts de Qallaline.

Au XIX^e siècle, des centres de confinement ont été mis en place. La caserne du Souk Louzar a été transformée en centre de soins et l'île de Zembra, en lieu de confinement sanitaire. En 1835, un Conseil de la santé a été mis en place pour observer les maladies infectieuses et a été soutenu en 1868 par une structure policière et militaire pour assurer le contrôle des déplacements des malades.

Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, le Premier ministre Kheireddine Pacha a pris une série de mesures pour protéger le port de La Goulette ainsi que les frontières terrestres et d'autres mesures pour isoler les villes infectées. Bien entendu, ces mesures sont parfois restées lettre morte. En d'autres occasions, elles ont été appliquées partiellement, tant la résistance aux contraintes sanitaires était forte et alimentée par le « fatalisme savant » ou les croyances populaires qui préféraient les soins par les herbes au vaccin qui finira par devenir obligatoire en 1922. Cette combinaison entre « science » et superstition était profondément ancrée dans la population en raison du fossé entre l'État et la société.

Ces crises épidémiques sont un moment de dévoilement de l'impuissance beylicale à réaménager le territoire et en particulier l'espace urbain pour faire face aux fléaux. Laissant les populations sans filets protecteurs, les autorités beylicales n'ont pas pour autant desserré l'étau fiscal. La démission de

3 1881-1956.

l'État souligne *a contrario* le rôle joué par les sociétés de bienfaisance⁴ qui vont organiser l'entraide, prodiguer des soins aux populations et ouvrir en temps de crise des espaces de convivialité entre les musulmans, la minorité juive et les colonies chrétiennes.

Durant le XIX^e siècle, de nouveaux acteurs entrent en scène, à savoir les médecins européens, qui étaient aussi les médecins du Bey et de la Cour comme ce fut le cas de Jean- André Peyssonnel, Carlo Antonio Standarti, Louis Franck, Abraham Lumbroso, etc.

Dans le Tunis colonial, la politique du protectorat en matière de santé s'est focalisée autour de deux axes majeurs : le dispositif juridique et l'infrastructure sanitaire. Un ensemble de décrets beylicaux, d'arrêtés ministériels et de notes de la Résidence générale, portant sur la politique d'hygiène, ont été élaborés en rapport avec les épidémies successives. Le décret beylical du 20 février 1885 a ainsi institué un nouveau Conseil sanitaire. Suivirent la création d'un Conseil central d'Hygiène publique et de salubrité⁵ et la création de la Direction de la Santé⁶. Enfin, un décret relatif à la vaccination jennérienne est promulgué en 1922⁷. Les infrastructures, jusque-là rudimentaires, vont se développer grâce à la mise en place d'établissements sanitaires, de laboratoires et d'infirmiers-dispensaires. S'agissant des principaux établissements, outre l'Hôpital Sadiqi⁸ inauguré en 1880, des hôpitaux militaires ont été construits après l'installation du Protectorat, à Tunis, Sousse, Bizerte et Gabès. Ils ont été suivis par la construction de l'Hôpital civil français en 1898.⁹ Il y a aussi lieu de mentionner l'Hôpital italien qui a pris le nom de Garibaldi pour devenir l'Hôpital de la Libération¹⁰.

L'Institut Pasteur de Tunis a été créé au début du XX^e siècle. Nommé à la tête de l'Institut et de la Société des sciences médicales de Tunisie, le Dr Charles Nicolle¹¹ va jouer, avec ses collègues européens et tunisiens, un rôle majeur dans la lutte contre les épidémies¹².

Après l'Indépendance en 1956, le nouvel État va s'atteler à consolider l'infrastructure sanitaire et à doter le pays d'un personnel médical aux compétences reconnues. La création de la Faculté de médecine en 1964 et la politique sociale de la santé vont permettre à l'Institut Pasteur de devenir une pièce maîtresse dans la recherche épidémiologique, dans la préparation des vaccins, le contrôle et la réduction des affections endémiques. L'implication des cadres et de la direction de l'Institut dans la lutte contre le coronavirus ainsi que leur présence hautement pédagogique dans les médias témoignent de l'importance du rôle que celui-ci continue à jouer. Cet épisode que nous vivons fait donc partie d'événements qui ne sont pas si fréquents dans l'Histoire tunisienne.

4 Chrétiennes surtout.

5 Décret du 5 janvier 1889.

6 Décret du 26 mai 1890.

7 Décret du 5 mai 1922.

8 Actuellement Aziza Othmana.

9 Devenu Hôpital Charles Nicolle en 1944.

10 Actuellement Hôpital Habib Thameur.

11 Le futur prix Nobel, récompensé pour ses travaux sur le typhus exanthématique, dirigera l'établissement pendant 33 ans sans discontinuer, et réussira à lui donner un rayonnement international dans la recherche épidémiologique et dans la lutte contre les fléaux de la peste, du choléra, de la variole et de la tuberculose, etc.

12 M. HUET, *Le pommier et l'olivier, Charles Nicolle, une biographie*, Paris, Éditions Sauramps médical, 1995, p. 66.

L'une des grandes nouveautés dans cette crise est que, pour la première fois dans l'Histoire de l'humanité, s'exprime une volonté de ne laisser personne sur le côté. Le principe darwinien qui veut que, par souci d'efficacité, on soigne avant tout ceux qu'on a le plus de chances de sauver en laissant de côté les plus faibles n'est pas le principe qui prévaut dans la réponse sanitaire apportée. On essaie, autant que faire se peut, de soigner tout le monde, tous ceux qui ont besoin de l'être. Il n'y a pas d'exemple de ce genre par le passé. Une autre nouveauté est qu'on assiste à un bouleversement de l'échelle des valeurs. On s'aperçoit que des professions jusqu'ici peu considérées et peu rémunérées s'avèrent essentielles en cette période de crise. C'est le cas exemplairement de tous les métiers de la chaîne logistique, des caissières de supermarchés, des chauffeurs-livreurs. Nous découvrons que leur rôle est essentiel au bon fonctionnement de la société.

Cette crise sanitaire liée à la pandémie de COVID-19 a marqué un retour au premier plan de la figure de l'expert scientifique. L'expertise a joué, dans un contexte de forte incertitude et face à la contrainte de l'urgence, un rôle d'éclairage de la décision publique. Les situations de crise que la Tunisie a connue récemment ont très bien illustré l'importance d'une collaboration étroite et efficace entre les experts scientifiques et les décideurs publics. En effet, face à cette crise sanitaire, les décideurs politiques doivent travailler de manière très étroite, efficace et rapide avec les spécialistes de ces maladies pour éviter des retombées graves sur la population civile. Pour être efficace dans ces situations, il faut que la relation entre le décideur et l'expert obéisse à des règles précises, connues des deux et que chacun des deux acteurs joue son rôle.

Avec la mise en place du gouvernement Fakhfakh, le mot d'ordre était à bon droit la gestion de l'urgence sanitaire en premier lieu, celle des urgences économiques et sociales en second lieu. La priorité accordée au volet sanitaire est le reflet de la primauté du scientifique dans les décisions gouvernementales, contre vents et marées politiques ou économiques. Monsieur Fakhfakh le dit lui-même, c'est le Comité scientifique de suivi de la propagation du coronavirus qui est à l'origine des mesures prises pour l'atténuation de la propagation¹³. Le 22 mars 2020, le pays a opté pour la création d'un groupe de travail *ad hoc*, qui regroupe de hauts cadres des ministères de l'Intérieur, de la Santé et des Affaires sociales, et ce, dans l'objectif d'imposer le respect total des mesures de lutte contre le virus¹⁴. La création de cette instance vise à garantir l'application des mesures adoptées pour lutter contre le virus dans toutes les régions du pays¹⁵.

Nous relevons ainsi que pendant cette période difficile de COVID-19, le recours à l'expertise est une étape incontournable dans la construction de l'action publique et dans la prise de décision (I). Toutefois, la place du Comité scientifique a fait l'objet de jugements sévères, surtout au début

13 S. BEN SAID SAFFAR, « Gestion sanitaire de la pandémie de COVID-19 en Tunisie : Les dessous d'un enchantement national », in H. REDISSI (dir.), *La Tunisie à l'épreuve du Covid-19*, La Friedrich-Ebert-Stiftung, Bureau de Tunis, 2020, p. 60.

14 Le 11 mars 2020 Emmanuel Macron décide la création du [Conseil scientifique Covid-19](#), placé auprès du ministre de la Santé, Olivier Veran, « pour éclairer la décision publique dans la gestion de la situation sanitaire liée au coronavirus ». Il est présidé par le professeur Jean-François Delfraissy, et compte dix autres experts.

15 *La Presse*, « Fakhfakh annonce la création d'une instance nationale de lutte contre le Coronavirus », mise en ligne, le 25 mars 2020, consulté, le 25 décembre 2020. Disponible sur : [<https://lapresse.tn/54689/fakhfakh-annonce-la-creation-dune-instance-nationale-de-lutte-contre-le-coronavirus/>]

de l'épidémie. On a parlé d'un nouveau pouvoir médical dépourvu de légitimité démocratique. En effet, les experts ne peuvent avoir qu'un rôle consultatif, ils ne décident pas. Ce rôle est l'apanage du politique. Il peut en résulter des incompréhensions et des tensions, car les préoccupations du politique ne sont pas toujours celles des experts, ne coïncident pas nécessairement avec elles. Il incombe aux uns et aux autres de s'accorder le mieux possible pour servir le bien commun¹⁶ (II).

I. Le recours à l'expertise, une étape incontournable dans la construction de l'action publique et dans la prise de décision

Les dirigeants recourent de plus en plus fréquemment à des experts dans la prise de décision politique et le rôle des experts est plus important qu'autrefois surtout pendant cette période difficile de COVID-19, car la société est plus compliquée qu'elle ne l'était et que les décisions politiques touchent à la vie des individus sous tous les aspects (A). Depuis les premiers jours de l'apparition de ce virus, un Comité scientifique composé d'experts a été institué pour conseiller le gouvernement sur les mesures à prendre pour lutter contre l'épidémie (B).

A. La nécessité de l'expertise dans le processus politique

Confrontés à des problèmes de plus en plus complexes et difficiles à surmonter, les décideurs politiques sont amenés à faire toujours davantage appel à des experts, dotés du savoir nécessaire pour éclairer les choix : le recours à l'exercice est devenu un exercice imposé, une étape incontournable dans la construction de l'action publique et dans la prise de décision politique. Un saut qualitatif est franchi dès l'instant où les experts sont invités, non plus seulement à produire des connaissances utiles pour le décideur, mais encore à formuler des propositions visant à orienter le sens des décisions. L'expertise acquiert alors une dimension prescriptive, qui pose la question du pouvoir qu'elle détient par rapport au politique. Si, à première vue, la ligne de démarcation entre expertise et politique reste claire, le décideur politique restant maître du sort qu'il réserve aux préconisations des experts, le partage des rôles est moins clair en réalité¹⁷.

En cas de besoin, le décideur – reconnaissant ses lacunes – doit donc faire appel au Conseil d'un ou plusieurs spécialistes. Ce recours à l'expert n'a rien de nouveau. La relation entre le pouvoir et le savoir ou entre le prince et son conseiller a déjà fait l'objet de nombreuses analyses, puisqu'elle existe dans tous les systèmes politiques et administratifs. Par le passé, le procédé était simple : le prince sollicitait son conseiller pour un avis. Celui-ci n'intervenait pas dans la décision autrement que par une simple recommandation sur la base de son expérience ou de ses compétences particulières. On avait d'ailleurs recours le plus souvent à un seul conseiller ou « expert » par domaine.

16 J.-M. PONTIER, « Expertise scientifique et décision politique dans la lutte contre l'épidémie de COVID-19 », *RGDM*, 2020, p. 43.

17 Le club des juristes, « Expertise scientifique et décision politique », mise en ligne, le 23 mars 2020, consulté, le 25 décembre 2020. Disponible sur : [<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/expertise-scientifique-et-decision-politique/>]

Être le conseiller du prince était une fonction stable, un titre et un métier à plein temps. Le choix de l'expert obéissait moins à des considérations professionnelles qu'à des réseaux de connaissances ou des logiques purement politiques. Dans un système démocratique, cela n'est plus envisageable. Le processus de prise de décision doit être le plus transparent possible. Ainsi on se questionne aujourd'hui davantage sur la légitimité de l'expert et l'adéquation entre ses compétences et le dossier sur lequel il est censé donner un avis¹⁸.

Le dialogue entre scientifiques et politiques, et la répartition de leurs rôles pendant la crise sanitaire, est un élément structurant de la réponse à la pandémie. Dans chaque pays, la crise du COVID-19 a mis à l'épreuve les dispositifs institutionnels et reconfiguré les rapports entre science et politique. Alors que les États-Unis et la Grande-Bretagne étaient dotés des systèmes de veille et d'alerte les plus formalisés, la décision politique a brutalement remis en cause les cadres prévus pour la gestion de crise, avec par exemple, aux États-Unis, le dessaisissement du Center for Disease Control au profit d'une task force très politique, sous la présidence de Mike Pence. À l'inverse, c'est la rencontre fortuite entre le gouverneur de la Vénétie, Luca Zaia, et du Professeur Andrea Crisanti, chercheur de l'Imperial College qui venait de s'installer à l'université de Padoue, qui a permis une gestion de crise particulièrement efficace dans cette région du nord de l'Italie, reposant notamment sur une stratégie de dépistage très volontariste, et l'isolement rapide des premiers foyers infectieux. En Allemagne, le Robert Koch Institut joue un rôle profondément structurant : centre de santé publique rattaché à l'État fédéral, il centralise l'ensemble des données liées à la maladie et élabore la doctrine scientifique sur chacun des aspects de la réponse sanitaire. Son directeur, Lothar Wieler, informe aussi bien le gouvernement fédéral, chaque semaine lors du Conseil des ministres, que le public lors de conférences de presse particulièrement suivies¹⁹.

La crise sanitaire actuelle apparaît comme un révélateur de l'ambivalence des relations entre expertise et politique. Dans ce contexte, d'une exceptionnelle gravité, les experts ont été amenés à jouer un rôle essentiel. En Tunisie par exemple, depuis la mise en place du confinement, le 22 mars 2020, les décideurs politiques se sont fondés sur des avis d'experts scientifiques. Aucune décision n'a été prise sans consultation préalable des groupes de professionnels de la santé qui se sont spontanément constitués. Les échanges et les observations en amont nourrissent la décision finale.

Le Chef de gouvernement Fakhfakh a privilégié la gestion technique à celle politique, dans la période allant du 27 février²⁰ au 26 mai²¹ le Conseil des ministres s'est réuni à 5 reprises, le Chef du gouvernement préférant les Conseils restreints des ministres²² et les séances de travail ministérielles. Parallèlement, il a tenu 6 réunions avec la Commission scientifique et 7 autres avec l'Instance nationale de lutte contre le coronavirus. En faisant appel aux spécialistes, la parole technocratique

18 Z. DOBIASOVA, *L'expertise scientifique et la décision publique*, mémoire, L'ENA, 2008, p. 44.

19 Institut Montaigne, « L'action publique face à la crise du Covid-19 », Note, juin 2020, p. 21.

20 Date de la prestation de serment du gouvernement.

21 Date du début de la deuxième phase du déconfinement.

22 7 réunions.

a remplacé la politique et les décisions gouvernementales ont été un simple développement des recommandations techniques et médicales des conseillers de la crise sanitaire²³.

B. L'institution d'un Comité scientifique de lutte contre le COVID-19

Notre pays vit, depuis l'installation de l'épidémie du coronavirus, une atmosphère de crise sanitaire sans précédent depuis au moins un siècle et demi. Toutefois, des voix s'élèvent pour déplorer l'absence d'un éclairage indépendant, visible et transparent, fondé sur des données probantes et prenant en considération la crise sanitaire dans toutes ses dimensions. Elles craignent que cette lacune ne porte préjudice à l'efficacité des actions louables entreprises par l'État pour limiter la propagation du virus. 16 associations et organisations non gouvernementales tunisiennes appellent, pour y remédier, le gouvernement tunisien à constituer un Comité scientifique chargé de donner régulièrement un avis sur l'évolution de l'épidémie et de proposer les mesures adéquates inspirées des acquis les plus récents en matière de lutte contre la pandémie, compte tenu de l'évolution de la situation sanitaire et des moyens du pays.

Dans le même esprit, le Professeur Slaheddine Sellami, ancien ministre de la Santé publique, appelle, à la mise en valeur du point de vue des scientifiques, qui doivent être « indépendants des politiques » et qui doivent bénéficier de la liberté totale sur certains aspects de la crise. Il appelle à la mise en place en urgence d'un Comité scientifique composé de nos plus grands épidémiologistes, virologues, réanimateurs, infectiologues, spécialistes dans les politiques de santé publique, et ce en dehors de la cellule de crise. Il confère à ce Conseil la charge de constituer une cellule de veille scientifique, d'analyser tous les articles qui paraissent, de conseiller les pouvoirs publics et d'anticiper les complications²⁴.

Le 22 mars 2020, le président de la République a mis en place le Comité national de lutte contre le COVID-19, composé de chercheurs et médecins. Le Comité reçoit des demandes du gouvernement et propose rapidement un avis. Il analyse la pertinence des nombreuses propositions scientifiques, technologiques et thérapeutiques innovantes remontant d'une grande diversité d'acteurs, scientifiques, laboratoires de recherche, entreprises, etc.

Le Comité permanent de suivi de la propagation du COVID-19, installé par le ministère de la Santé publique, est un comité composé des représentants des différents ministères concernés par la crise et de l'Observatoire national des maladies nouvelles et émergentes, qui sont à saluer pour leur excellent travail. Il a une tâche essentielle, certainement lourde et extrêmement accaparante dont il s'acquitte en faisant preuve de beaucoup de vigilance et d'abnégation. Mais on ne peut pas demander à ses membres, en charge du suivi de la situation sanitaire très évolutive, d'avoir le temps et le recul

23 S. KHALFAOUI, « Reconfigurations de l'exécutif tunisien pendant la crise du Covid-19 », in H. REDISSI(dir), *La Tunisie à l'épreuve du Covid-19*, La Friedrich-Ebert-Stiftung, Bureau de Tunis, 2020, p. 205.

24 *Leaders*, « H. Kazdaghli et H. Mellakh : Pour un haut Comité scientifique consultatif dans la lutte contre le Covid-19 », mise en ligne, le 5 avril 2020, consulté, le 20 décembre 2020. Disponible sur : [<https://www.leaders.com.tn/article/29583-h-kazdaghli-et-h-mellakh-pour-un-haut-comite-scientifique-consultatif-dans-la-lutte-contre-le-covid-19>]

nécessaires pour donner un avis serein, détaché de la pression du quotidien et basé sur les derniers acquis de la recherche scientifique multidisciplinaire en rapport avec la pandémie. Ils seraient plus efficaces s'ils se concentraient sur la gestion quotidienne de la crise et s'appuyaient sur une haute autorité scientifique dédiée uniquement à la tâche précitée.

Dès sa mise en place, le Comité scientifique a insisté dans ses trois premiers avis, sur la nécessité de mesures urgentes, évoquant la possibilité d'adopter des mesures de confinement, tout en admettant la difficulté de leur mise en œuvre. Prenant en compte les implications économiques et démocratiques, ainsi que le critère d'acceptabilité sociale, les experts ont été ainsi conduits à admettre le prisme de la rationalité politique.

Parmi les recommandations émises par la Commissions figurent, l'interdiction des rassemblements, des fêtes privées et publiques, l'application du protocole sanitaire, l'interdiction des déplacements entre les gouvernorats et la prolongation du couvre-feu jusqu'à la mi-janvier²⁵. Aussi, la poursuite de la suspension de la tenue des foires, colloques et congrès, fermeture des cafés à partir de 19 h, port obligatoire des masques dans tous les lieux et espaces, la nécessité de respecter les mesures préventives : distanciation physique, aération et lavage des mains. Par ailleurs, le Comité a appelé les gouverneurs à suivre l'application de ces mesures sur le plan régional. Une modification a également été effectuée au niveau des mesures prises par rapport aux restrictions de voyage. À cet effet, les voyageurs arrivant en Tunisie devraient présenter un test PCR négatif effectué dans les 72 heures avant l'embarquement. Le Comité a, également affirmé que tous les secteurs sont appelés à appliquer les protocoles sanitaires adoptés et mis à jour et veiller sur leur mise en œuvre dès leur adoption²⁶.

II. Les liens entre le Comité scientifique et le pouvoir exécutif

La place du Comité scientifique a fait l'objet de jugements sévères, surtout au début de l'épidémie. On a parlé d'un nouveau pouvoir médical dépourvu de légitimité démocratique, (A). Toutefois, la décision finale ne peut appartenir qu'aux politiques et, en démocratie, aux représentants du peuple (B).

A. Les jugements envers le Comité scientifique : un nouveau pouvoir médical dépourvu de légitimité démocratique

Les liens entre le Conseil scientifique et le pouvoir exécutif ont été mis en cause par de nombreux observateurs, parfois vivement. La place du Comité scientifique a fait l'objet de jugements sévères, surtout au début de l'épidémie. On a parlé d'un nouveau pouvoir médical dépourvu de légitimité démocratique ou d'*épistocratie*, en se référant avec plus ou moins de grandiloquence à Platon et à Max Weber.

25 *Directinfo*, « Les recommandations de la Commission nationale pour les prochains jours », mise en ligne, le 22 décembre 2020, consulté, le 25 décembre 2020. Disponible sur : [<https://directinfo.webmanagercenter.com/2020/12/22/tunisie-coronavirus-les-recommandations-de-la-commission-nationale-pour-les-prochains-jours/>]

26 M. SAANOUNI, « Le couvre feu maintenu jusqu'au 30 décembre », mise en ligne, le 6 décembre 2020, consulté, le 25 décembre 2020. Disponible sur : [<https://www.aa.com.tr/fr/sante/covid-19-tunisie-le-couvre-feu-maintenu-jusqu-au-30-d%C3%A9cembre-/2067719>]

L'élargissement du mandat donné aux experts n'implique jamais pour autant que leur soit transféré le pouvoir de décision. Le sort réservé aux préconisations qu'ils formulent dépend des arbitrages politiques et ceux-ci sont fonction d'un ensemble de paramètres qui conduisent les décideurs à prendre plus ou moins de distance avec les propositions des experts. Les politiques de santé n'échappent pas à cette exigence. Elles ne constituent qu'un élément de l'agenda gouvernemental, qui est subordonné à d'autres considérations et les experts qui gravitent dans les cercles du pouvoir, au premier rang desquels figure le directeur général de la santé, sont eux-mêmes amenés à intérioriser le poids de cette contrainte. On touche ici aux limites intrinsèques du pouvoir d'expertise, qui ne saurait se substituer au pouvoir politique, eu égard aux fondements de la légitimité politique. L'élargissement en l'espèce du mandat donné aux experts, même dans la situation dramatique présente, ne signifie pas qu'ils puissent prétendre dicter le contenu des choix politiques²⁷.

Sur ce sujet, le Comité scientifique dispose que :

« En tout état de cause, nous avons dû assumer cette proximité avec le pouvoir politique, qui a rapidement mis notre rôle en avant. Nous savions que cette proximité était une source de critiques. Mais elle était aussi une condition de notre efficacité. Nous savions que nous allions prendre des coups, être l'objet de critiques et parfois d'une certaine colère. Mais il nous a semblé important d'accélérer le pas dans un premier temps, puis de consolider une stratégie orientée par des enjeux sanitaires auprès des décideurs dans un deuxième temps. Nous avons aussi cherché à consolider notre indépendance. Notre rôle a toujours été strictement consultatif et s'est limité aux seules dimensions sanitaires de l'épidémie. Les aspects sociaux qui nous ont intéressés étaient liés à des questions sanitaires, plutôt qu'à des enjeux politiques ou économiques plus généraux. S'il nous est arrivé d'en souligner l'importance, voire d'indiquer qu'ils devaient évidemment être pris en compte, c'était pour indiquer aussitôt qu'ils ne relevaient pas de notre appréciation. Nous nous sommes interdit tout avis sur ces sujets, à propos desquels nous n'avons aucune légitimité particulière ».

Il prévoit aussi que :

« Notre autonomie était aussi renforcée par le fait que nous n'existions que pour une durée limitée. Nous n'avons de plus aucune position dans la hiérarchie des pouvoirs. Nous n'étions subordonnés à personne, contrairement aux agences sanitaires par exemple. Cela nous a permis de nous sentir très libres. En pratique, nous avons toujours travaillé et délibéré à l'abri de toute interférence politique. Il nous est arrivé de consulter des acteurs administratifs à notre demande et pour notre information, en préservant notre capacité d'appréciation. Nous avons nous-mêmes rédigé tous nos avis comme nous l'entendions, de manière aussi précise, claire et circonstanciée que possible. Nous avons d'emblée souhaité qu'ils soient écrits et rendus publics, afin de minimiser les interprétations. C'est sur ces bases que se sont construits nos échanges avec les autorités

27 Le club des juristes, « Expertise scientifique et décision politique », mise en ligne, le 23 mars 2020, consulté, le 25 décembre 2020. Disponible sur : [<https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/libres-propos/expertise-scientifique-et-decision-politique/>]

publiques, notamment lors de réunions régulières avec le président de la République et le Premier ministre, auxquelles participaient tout ou partie du Comité scientifique. Concernant nos avis, je n'ai jamais observé de distorsion manifeste de la part des autorités publiques. Nous avons parfois été gênés par l'importance apparente qui leur était attribuée, dans les premiers jours de l'épidémie en particulier. Mais dans la mesure où nos avis étaient publics, il était difficile de les distordre sans que cela apparaisse publiquement. Il pouvait cependant s'écouler quelques jours avant qu'ils soient rendus publics, ce qui permettait aux autorités de prendre des dispositions. Nous avons daté nos avis afin que leur antériorité soit actée. Les autorités publiques ont bien entendu pu prendre des décisions s'écartant de nos avis, comme il est parfaitement normal. Ces décisions tiennent compte de nombreux autres aspects que strictement sanitaires, auxquels nous nous tenions strictement. L'ouverture des écoles ou la sortie du confinement ont par exemple été décidées dans cet esprit. Nous en avons pris acte ».

B. La décision ne peut appartenir qu'aux politiques et en démocratie aux représentants du peuple

Face à des attentats, les experts renseignent le pouvoir exécutif. Face à un virus inédit et inconnu, insidieux et contagieux, s'impose plus que jamais de recueillir les avis des virologues, infectiologues, épidémiologistes et immunologistes sur tous les aspects du virus et de sa propagation, ceux des réanimateurs, urgentistes, généralistes, pharmaciens, économistes de la santé sur les capacités du système de santé. Mais la décision *in fine* est politique et n'appartient donc qu'aux politiques²⁸. Cela dit, nombre des décisions de pouvoirs publics exigent d'être éclairées par les analyses d'experts. Ce sont évidemment les politiques qui décident, le Comité scientifique est là pour les aider à prendre des décisions qui sont extrêmement difficiles, et en aucune façon il n'y a eu ni l'envie, ni une tentative de pouvoir médical.

Pour les théoriciens de la sociologie politique, à l'instar de Max Weber, l'État représente le monopole de la violence légitime et commande en droit. L'organisation politique des institutions de l'État repose sur l'imposition de sa volonté au reste de la communauté. L'obéissance de ce dernier n'est point une soumission obligatoire mais un devoir envers l'ordre. Ainsi, en démocratie, la décision ne peut appartenir qu'aux représentants du peuple. Le peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants.

Les missions du Comité scientifique sont d'éclairer la décision publique. Ainsi, les mesures prises par le Comité scientifique doivent être approuvées par le ministère de la Santé. Le Comité scientifique n'avait aucune responsabilité opérationnelle. Il n'avait pas non plus à statuer sur telle ou telle étude ni à être en lien direct avec les communautés scientifiques, qui ont pu apporter leurs contributions auprès d'un autre comité, le Comité analyse, recherche et expertise, créé auprès du ministère chargé de la Recherche.

28 Institut Montaigne, « Covid-19 : Comment concilier décision politique et savoir médical ? », mise en ligne, le 11 mai 2020, consulté, le 25 décembre 2020. Disponible sur : [<https://www.institutmontaigne.org/blog/covid-19-comment-concilier-decision-politique-et-savoir-medical>]

LE POLITIQUE SOUS TUTELLE JURIDICTIONNELLE AU TEMPS DE LA COVID-19

INACTION CARENTEILLE DE L'ÉTAT ET PROTECTION DES POPULATIONS VULNÉRABLES (AMÉRIQUE DU SUD)

Franck LAFFAILLE¹

Les actes juridiques adoptés par l'État – vecteurs normatifs de son décisionnisme politique – sont déférés traditionnellement devant le juge aux fins d'annulation. L'État est – parfois, souvent – condamné pour ce qu'il a fait ou mal fait. Alors que le débat se concentre sur les actions carentielles de l'État, il est de notable intérêt de s'intéresser à l'abstention coupable de l'État. Il est alors loisible d'aborder la question de la responsabilité de l'État sous un autre angle, négatif : à raison de son inaction carentielle. La question du non-agir étatique se pose en effet avec acuité lorsque les institutions publiques refusent d'exercer leurs compétences en période de pandémie. Saisi, le juge se dresse en figure herculéenne, arbitre et censeur.

L'Amérique latine est un terrain particulièrement fertile quant à la propension du juge à contraindre l'État à adopter des mesures positives. Cela est *a fortiori* vrai en présence de populations dites vulnérables. L'Argentine et le Brésil sont ici les terres juridiques retenues pour se pencher sur le sort de trois groupes vulnérables : les patients atteints de handicap mental, les personnes âgées, les communautés indigènes. Pour être hétérogènes, ces différentes populations présentent une identique caractéristique : être oubliées, voire méprisées par l'État (et une partie de la société). Aussi sont-elles contraintes de se tourner vers le juge pour demander des *medidas cautelares*, des mesures de protection spécifiques en adéquation avec leur spécifique vulnérabilité. La survenance de la pandémie accroît les menaces pesant sur leur santé et leur existence même.

Qu'il s'agisse de la décision de la Cour d'appel de contentieux administratif de la Plata (Argentine, 20 juin 2020, *Mendes c. ministère de la Santé de la Province de Buenos Aires* : personnes âgées), de la décision du juge de 1^{re} instance de contentieux administratif et financier (Argentine, 14 mai 2020, *Centre d'études légales et sociales c. Gouvernement de la Cité autonome de Buenos Aires* : personnes handicapées mentalement), de la décision du Tribunal suprême fédéral (Brésil, 21 octobre 2020, *ADPF 709/DF* : communautés indigènes), un point commun émerge : est imposée aux autorités compétentes l'adoption de mesures positives pour protéger ces catégories vulnérables de la population.

¹ Professeur de droit public, Faculté de droit de Villeteuse (IDPS), Université de Paris XIII (Sorbonne-Paris-Nord).

Au-delà même des mesures objet d'injonctions, c'est à une réflexion sociétale que se livre le juge : en ces temps de Covid, les personnes vulnérables constituent une population devant recevoir protection spécifique. Cela implique agir spécifique des autorités compétentes.

L'État – local (Argentine) ou national (Brésil) – ne peut faire montre d'omission² ; par le truchement du droit, il doit adopter une série de prestations à contenu positif. Une telle tâche lui échoit car il est responsable tant de la santé physique que mentale des citoyens. Cela implique l'instauration d'une stratégie sanitaire préventive, d'une attention préventive pour que soient respectées les valeurs du pacte social. L'inaction de l'État s'avère coupable en ce qu'elle se traduit par la violation des droits fondamentaux des personnes visées. Le droit à la santé – déclinaison du matriciel principe du droit à la vie – est le premier principe constitutionnel évoqué. Il est aussitôt rejoint par le principe de dignité de la personne humaine, et par les principes d'égalité et de non-discrimination. Le respect de ces principes implique l'action positive de l'État dès lors que sévit une urgence sanitaire.

Le juge adopte une stratégie herméneutique extensive : injonction à adopter des *medidas cautelares* il doit y avoir non pas seulement quand un droit est violé mais aussi quand il semble, en apparence, violé. Point de certitudes obligatoires exigées par le juge pour imposer une action positive à l'État : il suffit d'une situation de fait vraisemblable. Quand il y a péril en la demeure, s'applique la théorie du risque : une protection immédiate et efficace doit alors survenir au profit des personnes vulnérables. En présence, selon toute vraisemblance, d'un préjudice extrême et non réparable, la responsabilité de l'État commande l'adoption de mesures de protection. En défense de son non-agir, l'État ne peut prétendre alourdir le fardeau probatoire de son adversaire : sollicité d'adopter des *medidas cautelares*, le juge nuance la rigueur du *fumus boni iuris*. Il suffit que soit avancée la raisonnable d'un risque de préjudice non réparable pour que la demande de *medidas cautelares* soit accueillie.

L'État doit d'autant adopter – au temps de la Covid – des actions positives qu'il fait montre, dans le passé, de coupables carences. Pour opérer injonction présente, le juge morigène les autorités en raison de la non-application de certaines lois, de la non-prise en compte des besoins spécifiques des personnes vulnérables. Ces dernières – parfois qualifiées d'invisibles – n'ont jamais constitué une priorité pour l'État. Les normes adoptées depuis le début de la pandémie – non adaptées à leur situation spécifique – peuvent même parfois ne pas les mentionner. Elles souffrent d'une évidente position asymétrique. Quant à la thèse de l'État selon lequel des injonctions jurisprudentielles affecteraient un intérêt public, elle n'est pas recevable ; bien au contraire – estiment les juges – elles contribuent à limiter l'extension de la pandémie. Grâce à cette juste herméneutique, les principes constitutionnels du droit à la vie, à la santé, à la dignité de la personne humaine sont (davantage) respectés ; le juge se fait le vecteur d'un *derecho a la salud integral*.

² Les mots en italiques sont issus des décisions de justice commentées ; ils sont de nouveau cités (entre guillemets) lorsque la décision dont ils émanent est abordée.

Pour achever cette introduction, revenons sur l'incipit afin d'insister sur le point suivant : la responsabilité principale de l'État n'est peut-être pas celle découlant de son agir normatif. Il appert que le non-agir carenciel des autorités compétentes représente la principale menace quant à la protection effective des droits fondamentaux. Surtout en des temps de pandémie, surtout en présence de populations manifestement vulnérables. Trois axes pour étudier l'inaction carencielle de l'État quant à la protection des populations vulnérables au temps de la COVID-19 et observer combien le politique est sous tutelle juridictionnelle : obligation positive spécifique de l'État il y a aux fins de protéger ces populations vulnérables que sont les patients handicapés mentaux (I), les personnes âgées (II), les communautés indigènes (III).

I. Obligation positive de l'État et protection spécifique des patients handicapés mentaux

La première décision digne d'attention émane du juge de 1^{re} instance (contentieux administratif et fiscal n° 12) de Buenos Aires en date du 14 mai 2020. Le Centre d'Études Juridiques et Sociales (CELS) soulève une action d'*amparo* collectif contre le Gouvernement de la Ville de Buenos Aires (GCBA). L'objectif : ordonner l'adoption de mesures adéquates et immédiates aux fins de protéger les personnes handicapées mentales soignées dans les hôpitaux alors que sévit la pandémie de la COVID-19. Ces personnes étant sous la responsabilité de l'État de Buenos Aires, le CELS dénonce l'inaction – par lui jugée carencielle – du GCBA.

Le juge fait droit à cette demande : l'inaction de l'État méconnaît « le droit intégral à la santé [...] « droit humain fondamental ». Il précise même qu'il convient d'aller « *mas allá* » (au-delà) du droit à la santé : par fondamentalité, il faut entendre *le* droit matriciel qu'est « le droit à la dignité », « droit à la dignité de la vie ». Les sources juridiques nationales invoquées sont la Constitution nationale (CN), la Constitution de la Ville de Buenos Aires, la Loi Fondamentale de la Santé n° 153, la Loi locale n° 448 sur la Santé mentale, la Loi nationale sur la Santé mentale n° 26.657. Le droit à santé mentale est une composante du droit intégral à la santé (Loi locale n° 448) ; « l'État est le garant et le responsable du droit à la santé mentale », droit qui s'entrevoit à la lumière du principe du « droit à la dignité de toutes les personnes concernées par le système de santé mentale ». Quant à la Loi nationale de Santé mentale n° 26.657 et à son décret d'application n° 613/13, ils commandent que les politiques publiques prennent en compte la « singularité des personnes ».

Le juge s'appuie encore sur nombre de traités internationaux (possédant valeur constitutionnelle en vertu de l'article 75-22 de la CN) : la Déclaration universelle des droits de l'homme, les deux Pactes de 1966 (droits civils et politiques ; droits économiques, sociaux et culturels), le pacte de San José de Costa-Rica, la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, la Convention des droits des personnes handicapées... Le juge insiste particulièrement sur la résolution 1/20 de 2020 de la Commission interaméricaine des droits humains : elle enjoint aux États d'adopter des mesures de protection spécifiques au profit des « personnes et groupes en situation de vulnérabilité spéciale ». Adopter des « *enfoces diferenciados* » (approches différenciées) est l'unique voie

satisfaisante pour garantir les droits de ces personnes. Une méthode différentialiste s'avère indispensable au regard des discriminations passées et présentes, des conditions quotidiennes d'existence et des risques encourus à l'aune de la pandémie.

Outre les textes nationaux et internationaux, le juge fait mention de la politique jurisprudentielle de la Corte Suprema de Justicia de la Nacion (CSJN). Dans « quatre décisions paradigmatiques » (2005, 2007, 2008, 2008), elle applique le « principe d'immédiateté » au profit de personnes en situation de vulnérabilité. À l'État national échoit la mission suivante : être le « garant du droit à la préservation de la santé, y compris *via* des actions positives ». L'existence d'une telle obligation au niveau national n'implique pas renoncement, de la part des autorités locales, à intervenir lorsque la situation sanitaire le commande (le droit à la santé fait l'objet de compétences concurrentes entre la Nation et les provinces). Selon la CSJN, le « principe de subsidiarité » – au cœur des relations entre la Nation et les provinces – s'articule avec le « principe de solidarité sociale » : toutes les autorités doivent « garantir une couverture assistantielle à tous les citoyens, sans aucune discrimination sociale, économique, culturelle ou géographique ».

Retour à notre juge, de Buenos Aires qui morigène l'État à raison de son inaction. Dès le début de la pandémie, les personnes frappées de handicap mental n'ont pas été une « priorité » aux yeux des autorités. Quand est venu l'heure d'adopter des mesures aux fins de protéger la population, il n'a même pas été fait mention de ces personnes et de leur spécifique vulnérabilité. La situation présente ne fait que mettre en relief leur condition minorée : elles sont « depuis des décennies [...] isolées et invisibles pour tous ». Le comportement de l'État – vis-à-vis de ces populations historiquement victimes de « stigmatisation, de discrimination et de marginalisation » – « augmente les possibilités que soient violés leurs droits humains ». Cela est d'autant – coupablement – paradoxal qu'elles constituent une « population à risque » lorsque sévit un virus comme la COVID-19.

L'État ne saurait s'affranchir d'adopter les mesures nécessaires au profit de ces personnes vulnérables. Il lui revient, de surcroît, d'adopter des mesures compensatoires ; en raison de leur « position asymétrique », elles doivent bénéficier d'un traitement juridique préférentiel. Cette forme de discrimination positive n'en est que plus indispensable au regard de l'incurie – passée, présente – des autorités. Le juge fait en effet le procès des politiques publiques de la ville de Buenos Aires : « el estado no cumple ». L'État n'adopte pas les normes nécessaires en matière de protection sociale ; lorsqu'il les édicte, il peut ne pas les mettre en œuvre. Il revient donc au juge de « veiller à leur application ». Puissance et humilité du pouvoir herméneutique juridictionnel vont de concert : le juge refuse d'aborder la « polémique » relative à la gestion des hôpitaux psychiatriques. Cela reviendrait – dit-il – à sortir du cadre de l'espèce qu'il doit trancher. Il ajoute cependant aussitôt que l'État – quelle que soit la politique sociale-sanitaire retenue – doit assumer ses obligations : prévoir des ressources suffisantes et des infrastructures adaptées pour rendre effectifs les droits humains des personnes vulnérables. En cas « d'omission [...] en matière de politiques sanitaires, de concrétisations de principes constitutionnels dans le domaine de la santé mentale », il revient au juge d'ordonner des *medidas cautelares*. Cela est d'autant plus impératif que l'« omission » des autorités ne représente pas seulement un danger pour une catégorie de personnes mais pour l'entière population.

Les « gouvernements sont autant responsables de la santé mentale des citoyens que de leur santé physique ; gestionnaires du système sanitaire, « ils doivent assumer la responsabilité de veiller au développement et à l'application des politiques de santé mentale ». Cette responsabilité prend particulièrement sens lorsque survient une pandémie. Il est avéré que les personnes concernées connaissent un risque accru d'infection : moindre conscience des dangers, moindre propension à adopter des gestes barrières, promiscuité liée à l'enfermement. Le juge ne s'arrête pas à préservation de la santé physique ; il envisage également les conséquences psychologiques de la pandémie sur les personnes vulnérables : une peur, une anxiété et une dépression plus importantes que la majorité de la population. C'est la raison pour laquelle l'État local doit manifester une « attention adéquate et nécessaire envers les personnes victimes de maladies mentales » : l'épidémie ne frappe pas toutes les populations « *por igual* », de manière identique, et l'inaction étatique renforce la propagation du virus.

La responsabilité de l'État local est d'autant plus engagée qu'il ne respecte pas les règles qu'il a lui-même édictées. Le ministère de la Santé de la Nation a en effet élaboré un schéma directeur à l'attention des structures accueillant les personnes handicapées mentales. L'exécutif insiste sur la nécessité d'adopter des mesures préventives pour que ces personnes soient traitées dignement ; leur protection effective implique des « stratégies articulées » selon le Ministère. Or, l'État local ne peut s'affranchir des règles par lui posées et imposées aux autres institutions. Est infligée aux autorités publiques une leçon de théorie constitutionnelle : au sein d'un État de droit, l'État est subordonné au droit qu'il édicte. C'est une « série de prestations à contenu positif » que l'État doit accomplir ; au regard de l'émergence sanitaire, aucune attitude dilatoire ne saurait être acceptée (« *no admitirian dilacion* »). En raison du confinement, les personnes vulnérables subissent une exclusion sociale synonyme de déshumanisation ; cette a-socialisation constitue une forme de réification (un sujet sans lien social risque d'être transformé en « objet »).

Pour qu'il y ait injonction juridictionnelle et « *medidas cautelares* », trois conditions sont exigées (cf. l'article 14 de la loi n° 2145) : que la violation d'un droit apparaisse vraisemblable, qu'il y ait péril en la demeure, qu'il ne soit pas porté atteinte à un intérêt public. Quant au premier point (« *verosimilitud del derecho* »), la jurisprudence de la CSJN n'impose pas une exigence de certitude mais recourt seulement à la notion d'apparence : il suffit qu'il soit plausible – et non pas certain – que le droit invoqué soit lésé. La notion de « *peligro en la demora* » – second critère – se définit comme le risque probable que le droit invoqué soit violé en raison des circonstances matérielles et temporelles de l'espèce. La notion de péril en la demeure est d'importance puisqu'elle permet – en présence d'un « risque extrême et irréparable » – de tempérer « la rigueur du *fumus* » (*fumus boni iuris*). Le juge fait appel – *via* une formule négative – au principe de raisonnable : « il n'apparaît pas déraisonnable de conclure que les préjudices qui seraient causés dans le cas présent seraient bien supérieurs en l'absence de mesures de protection ». La troisième condition est également remplie : le juge ne voit pas dans quelle mesure un intérêt public serait présentement lésé par des *medidas cautelares*. Bien au contraire, protéger les personnes vulnérables est une mission d'intérêt général inhérente à la préservation de l'ordre public sanitaire.

L'État ne peut renoncer au rôle de « garant » qui fait de lui le protecteur du « droit à la dignité humaine ». Au regard de la situation pandémique exceptionnelle, le principe de solidarité doit connaître une application renforcée en présence de groupes marginalisés et d'extrême vulnérabilité.

À l'aune de ces diverses considérations, le juge impose à l'État local les obligations suivantes (dans un délai de trois jours) :

- opérer les arbitrages nécessaires pour doter le personnel des hôpitaux psychiatriques d'équipements de protection adaptés,
- réaliser un protocole d'action spécifique pour les hôpitaux psychiatriques accueillant des personnes handicapées mentales en tenant compte de « leur situation particulière »,
- adopter des mesures renforcées pour désinfecter les services hospitaliers,
- garantir le droit à la communication des patients avec leur famille et toute personne autorisée,
- indiquer au tribunal comment les personnels soignants et les patients ont été dûment informés des mesures adoptées.

II. Obligation positive de l'État et protection spécifique des personnes âgées

Au regard des obligations positives de l'État dans le cadre de la pandémie, une seconde population vulnérable mérite intérêt : les personnes âgées. Dans la décision *Mendez Hector Oscar c/ Ministerio de salud de la provincia de Buenos Aires* (n° 25.621, 30 juin 2020), la Cour d'appel de la Plata (Argentine, contentieux administratif), se prononce sur la requête du sieur Mendes. Ce dernier – agissant au nom de sa mère qui réside dans un établissement gériatrique – exige l'intervention de l'État : afin que soient réalisés des tests PCR sur le personnel soignant et les résidents, afin que soient adoptées des mesures spécifiques pour prévenir la propagation du virus au sein de l'établissement.

Après avoir rappelé le contexte sanitaire national et international – cf. la déclaration de l'OMS du 11 mars 2020 qualifiant la propagation du coronavirus de pandémie – la Cour pose cette évidence : les personnes âgées représentent une « population vulnérable », vulnérabilité accrue à raison de l'actuelle pandémie et reconnue par les autorités (cf. le site du ministère provincial de la Santé). Au sein de l'établissement gériatrique où réside madame Mendez, la majorité des personnes sont âgées de plus de 65 ans, porteuses dans la plupart des cas d'infirmités. Il ne s'agit pas seulement d'*un* groupe vulnérable – constate le juge – mais *du* groupe probablement le plus vulnérable au sein de la population.

L'inaction des pouvoirs publics ne saurait être admise ; une obligation positive s'impose à eux tant au regard de la Constitution nationale (article 75-23) que de la Constitution provinciale (articles 36-5 et 36-6). Cette obligation d'agir se manifeste – lorsque les circonstances l'exigent – par des « actions positives ; seules ces dernières « sont de nature à garantir le plein exercice des droits constitutionnels au profit d'un groupe porteur d'une extrême vulnérabilité, à l'instar des personnes âgées ». Cela commande l'adoption « en urgence de mesures préventives afin de sauvegarder l'intégrité d'une population à risque ».

À défaut de telles mesures préventives, « le droit à la santé, entendu comme l'un des corollaires du droit à la vie et prérogative inhérente à la personne » s'en trouverait violé. Un non-agir normatif de l'État impliquerait non-respect des standards constitutionnels. La Cour d'appel s'appuie sur la jurisprudence de la CSJN (*fallo* 321 : 1684, 1998). Le droit à la préservation de la santé – entendu comme partie du droit à la vie » – entraîne l'obligation suivante pour l'État : « garantir ce droit avec des actions positives ». Le droit à la vie est même qualifié de « premier droit de la personne humaine » (CSJN, *fallo* 302 : 1284, 1980).

La Cour d'appel s'appuie sur le droit supranational régional. En vertu de la jurisprudence de la Cour IDH, « des devoirs spéciaux » sont à la charge de l'État en présence de personnes « en situation de vulnérabilité » jouissant d'une « protection spéciale »³. Plus encore – toujours selon la Cour IDH lue par la Cour d'appel de la Plata – il revient aux États d'adopter des « mesures de différenciation positives » pour protéger, de manière efficace, les personnes vulnérables. Quant à la Commission IDH (résolution n° 1/20, *Pandemia y Derechos Humanos en las Americas*), elle exhorte les États à intervenir pour que soient respectés les droits humains des personnes vulnérables. Vis-à-vis de ces dernières, la Commission IDH appelle à une « protection renforcée »⁴.

Trois critères sont appréciés par la Cour d'appel pour apprécier le bien-fondé de la requête : le caractère vraisemblable de la violation d'un droit, l'existence d'un péril en la demeure, l'absence d'atteinte à un intérêt public. Le premier critère ne fait guère de doute quant à sa réception : les personnes âgées constituent un groupe de grande vulnérabilité. Il est vraisemblable que leur droit à la santé, leur droit à la vie et le principe de dignité de la personne humaine ne soient pas respectés – en l'absence d'intervention étatique – en période de pandémie. Identique constat s'agissant du second critère (péril en la demeure) : les personnes âgées constituent un « groupe à risque » qui, frappées par le virus, connaissent « des complications de santé plus sévères que les personnes plus jeunes, le plus souvent avec des conséquences irréversibles ». Des mesures de précautions étatiques s'imposent sur le fondement du principe de raisonnable : il est raisonnable de penser qu'elles permettront « d'éviter un grave et imminent préjudice qui pourrait se transformer en un préjudice irréparable ». Troisième critère, celui de l'absence de lésion d'un intérêt public : il ne semble pas qu'une injonction adressée à l'État se traduise par l'affectation d'un quelconque intérêt public. Bien au contraire, une telle injonction semble en parfaite adéquation avec un intérêt public bien compris : la protection de la santé des citoyens par les autorités compétentes. L'obligation d'agir et d'organiser des tests PCR permet en effet de diagnostiquer les personnes atteintes du virus ; grâce à cette « stratégie sanitaire préventive », l'État peut connaître et isoler les personnes contaminées qui – à défaut de tests – contamineraient d'autres individus. Le non-agir de l'État risquerait ainsi de conduire à « une probable extension silencieuse de la pandémie sociale, avec de graves conséquences pour le système de santé publique ».

La Cour d'appel de la Plata infirme le jugement de première instance. Celui-ci s'était notamment fondé – pour rejeter la demande de *medidas cautelares* – sur l'absence de personnes infectées au sein de l'établissement gériatrique, qu'il s'agisse des résidents ou du personnel. Le Tribunal de Alzada

3 CIDH citée par la Cour d'appel de la Plata.

4 CIDH citée par la Cour d'appel de la Plata.

n'avait donc guère été sensible à la théorie du risque, à la notion de raisonnable, et à l'extrême vulnérabilité de la population concernée. Selon le Tribunal, il suffisait de suivre les recommandations des experts : isoler les personnes testées positives. Raisonnablement inacceptable pour la Cour d'appel qui accueille la demande de *medidas cautelares* : le ministre provincial de la santé doit, dans un délai de 5 jours, adopter les dispositions nécessaires pour protéger, efficacement, les résidents et le personnel de l'hôpital gériatrique.

III. Obligation positive de l'État et protection spécifique des communautés indigènes

Passons de l'Argentine au Brésil, des juges fédérés au juge fédéral. Dans sa décision du 21 octobre 2020 (*ADPF 709/DF*), le Tribunal suprême fédéral du Brésil ordonne à l'État fédéral d'adopter des mesures de protection spécifiques au profit des communautés indigènes. Populations vulnérables, elles méritent une protection spécifique en période de pandémie ; l'inaction de l'État s'avère carentielle, en violation des normes tant constitutionnelles (Constitution fédérale de 1988) qu'internationales.

La requête comporte deux demandes : l'adoption de mesures de protection pour les indigènes Povos isolés et de contact récent, l'adoption de mesures de protection pour les indigènes Povos en général. Les *medidas cautelares* demandées le sont en raison de la particulière vulnérabilité des populations indigènes. Le taux de mortalité au sein de ces communautés est – en proportion – extrêmement élevé. Les biens constitutionnels que sont le droit à la santé, à la vie, au respect de la dignité humaine doivent alors se lire à l'aune de cette spécificité sanitaire. Il est avéré que les indigènes représentent un groupe beaucoup plus vulnérable – d'un point de vue immunologique – que la majorité de la population. Historiquement moins exposés à ces pathologies, ils sont davantage sensibles aux maladies infectieuses et contagieuses.

Des *medidas cautelares* adoptées par l'État s'imposent encore en raison de données sociales-culturelles synonymes de plus grande vulnérabilité sanitaire dans la cadre d'une pandémie. Le style de vie des populations indigènes est de nature communautaire-holiste ; l'articulation sociale – au sein de laquelle l'individu vaut par son appartenance au groupe – augmente les risques de contamination. Les contacts entre membres d'une même communauté sont incessants, les maisons communautaires accueillent une importante quantité de personnes, nombre d'ustensiles et de biens sont partagés⁵. Le *modus vivendi* communautaire est propice à la propagation du virus.

La vulnérabilité des indigènes se mesure encore d'un point de vue historico-social-politique. Marginalisés historiquement, victimes de discriminations, n'ayant pas un accès à des soins identiques à ceux de la majorité de la population, ils souffrent d'une faible représentation politique. La culture, les valeurs, les problèmes de diverses natures de ces groupes minoritaires ne représentent guère une priorité pour l'État brésilien.

5 [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_es_es/anexo/STFDecisio769npueblosindi769genas.pdf].

En défense de leurs prétentions, les requérants mettent en exergue les carences du Plan Général adopté par l'État fédéral : qualifié de « superficiel et générique », il ne comporte pas de mesures adéquates au regard de la menace pesant sur les populations indigènes. Ainsi, n'ont pas été instituées de barrières sanitaires efficaces ; sont particulièrement menacées les personnes en isolement volontaire qui risquent d'être contaminées par l'entrée, sur leurs territoires, d'intrus. Le Plan général s'avère encore inadéquat à raison du manque d'informations à l'attention des indigènes, informations vitales pour éviter la contagion. Enfin, la participation des communautés indigènes aux processus décisionnels permettant de lutter contre la propagation n'est pas prise en compte.

Nonobstant les arguments de l'Union soulignant que nombre de mesures spécifiques ont été adoptées au profit des communautés indigènes, le Tribunal suprême fédéral fait droit aux demandes portées devant lui. Le Plan général est qualifié « d'insatisfaisant » : alors que la pandémie existe depuis environ 7 mois, l'Union n'a pas adopté des mesures à la hauteur de l'enjeu sanitaire et de la situation spécifique des communautés indigènes. Cela est vrai s'agissant du bénéfice des services de santé, de la lutte contre l'intrusion de personnes étrangères sur leurs territoires, de l'édiction de barrières sanitaires efficaces, de l'organisation de tests, de la mise à disposition de personnels compétents de santé, de l'aide alimentaire. La conséquence de cette (ces) inaction(s) carentielle(s) est connue : un « risque grave quant à la santé et la vie des Povos Indigènes ». À l'aune d'un tel constat, le juge enjoint à l'État de réaliser un plan général de lutte contre la pandémie comportant des « éléments concrets, des critères objectifs, des indications quantitatives, des mesures d'exécution, les résultats escomptés ». Le Tribunal insiste sur les principes de précaution et de prévention, principes clés pour éviter que la situation sanitaire n'empire.

L'inaction carentielle de l'État est d'autant plus condamnable que l'obligation de protection des populations indigènes par les autorités relève de l'évidence ; c'est une leçon de droit constitutionnel que le Tribunal adresse à l'Exécutif. Il revient en effet à l'État d'assumer « la défense de l'ordre juridique et des garanties constitutionnelles », de « coordonner et promouvoir la sécurité publique », de protéger « les droits des Indiens, en particulier le droit à la santé ». À défaut d'assumer leurs attributions par des mesures effectives, les différents ministères engagent la responsabilité de l'État.

Injonction est faite à l'État de réaliser un document unique : des mesures générales destinées à l'ensemble des indigènes Povos, des mesures spécifiques visant les indigènes Povos en situation d'isolement et de contact récent, des dispositions permettant l'isolement des étrangers indument présents sur leurs territoires⁶. L'État doit encore supprimer toutes les initiatives à finalité touristique, sauf si cela emporte des conséquences sur la santé des indigènes ; il n'est pas encore temps, précise le juge, de promouvoir des actions visant au redémarrage de l'économie. Seule compte la question sanitaire, ici la protection d'une population vulnérable et particulièrement sensible au virus. Le nouveau Plan général doit être édicté par l'État dans un délai de 20 jours à compter de la décision du Tribunal.

6 Ces « *invasores* » sont des personnes pénétrant en territoire indigène pour y exercer des activités minières illégales. [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_es_es/anexo/STFDecisio769npueblosindi769genas.pdf].

Ce dernier – dans la seconde partie de sa décision – se penche sur la nécessaire participation des indigènes aux processus décisionnels en matière de santé et de lutte contre la pandémie. Injonction est faite à l'État de réunir, dans les plus brefs délais, une Conférence nationale pour débattre des intérêts spécifiques des indigènes. En vertu du principe de participation – relié au principe d'interculturalité – les indigènes doivent être conviés à la table des négociations afin d'élaborer la stratégie de lutte contre la propagation du virus. La prise en compte de leur situation particulière n'appelle pas seulement l'édiction de mesures spécifiques et le respect du droit à l'information ; cela commande que le principe d'interculturalité soit au centre du dialogue entre le pouvoir et les communautés. L'État ne peut plus se contenter de la traditionnelle verticalité normative unilatérale ; les normes par lui édictées doivent, au préalable, être négociées avec les communautés indigènes afin que leurs valeurs et coutumes soient respectées. Le Tribunal repousse l'argument de l'Union selon laquelle une injonction judiciaire de créer une Conférence nationale violerait le principe de la séparation des pouvoirs. La création d'une telle Conférence est nécessaire pour que reçoive application le principe d'interculturalité.

Les deux premières décisions mentionnées dans cette article – l'une relative aux personnes âgées, l'autre aux personnes porteuses d'un handicap mental – émanent de juges argentins. La décision visant les populations indigènes émane du Tribunal suprême brésilien. Dans les trois configurations, les juges mentionnent les engagements internationaux – ratifiés par les États – que ceux-ci doivent respecter. Le cas brésilien est particulièrement intéressant ; quand bien même le Tribunal suprême brésilien fait – seulement et rapidement – mention de la Convention 169 de l'OIT, sa décision ne peut être lu sans référence au droit international (régional).

En effet, le 17 juillet 2020, la Commission interaméricaine des droits humains adopte la Résolution 35/2020 (*Medida cautelar* n° 563-20, peuples indigènes Yanomami et Ye'kwana). Pour certes ne pas être obligatoire, ce type de résolution représente une évidente pression diplomatique tant le système interaméricain des droits humains influence les juridictions nationales. La Commission IDH exhorte l'État fédéral – au regard des critères de gravité, d'urgence et d'irréparabilité – à intervenir normativement pour : protéger le droit à la santé, à la vie et à l'intégrité des membres des communautés indigènes, adopter des mesures efficaces – « dans une perspective culturellement adéquate » – pour éviter la propagation du virus, agir en coordination et concertation permanente avec les représentants des communautés indigènes, informer les entités concernées des actions réalisées pour éviter la réitération des faits à la source de la présente décision de *medida cautelar*.

On retrouve dans la décision du juge supranational nombre d'éléments retenus par le TSF. Pour accueillir la demande de *medida cautelar*, la Commission IDH se prononce au regard de trois éléments : gravité de la situation, urgence de la situation, caractère non réparable du préjudice. La condition de gravité est remplie : sont menacés de manière grave le droit à la santé, le droit à la vie, le droit à l'intégrité personnelle des membres des communautés indigènes. La condition d'urgence est remplie en raison de la particulière vulnérabilité des populations concernées et du non-agir (ou de l'agir insuffisant) de l'État pour prévenir le danger les menaçant. La condition

d'irréparabilité est remplie par la seule atteinte possible au droit à la santé, au droit à la vie, à l'intégrité personnelle.

La Commission IDH insiste sur la vulnérabilité spécifique des communautés et les carences de l'État. Quant au premier point, il est souligné combien la pandémie frappe ce type de communautés avec une puissance accrue ; les facteurs explicatifs sont d'ordre physique et culturel. S'impose alors une « nécessité spéciale de protection ». Quant aux carences de l'État, elles sont mises en évidence par la Commission IDH : il existe une « faiblesse de la chaîne d'attention en ce qui concerne la santé indigène » ; elle existe d'ailleurs de tout temps au regard d'un passé synonyme de passif (marginalisation, discrimination). L'État n'a aucunement adopté les mesures idoines au regard de l'enjeu en présence et de la menace pandémique ; il en va de même s'agissant de son inaction alors même que des « invasores », pratiquant l'activité minière illégale, pénètrent sur les territoires indigènes. Ce n'est pas seulement son inaction coupable qui est reprochée à l'État ; celui-ci s'avère incapable d'expliquer comment il entend, de manière concrète, protéger les communautés indigènes et faire respecter leurs droits fondamentaux. Est réalisée, à l'attention des autorités publiques, une leçon de théorie de l'État : comment l'État souverain peut-il oublier qu'il a pour tâche la « préservation des droits à la vie, à l'intégrité personnelle de toutes les personnes individuelles qui se trouvent sous sa juridiction » ? La souveraineté ne se limite pas à la protection de l'ordre public et à la sûreté de l'État ; elle implique des responsabilités en matière de respect des droits fondamentaux. Certes, l'entité supranationale qu'est la Commission IDH n'entend pas se substituer (« *sin que las sustituya* ») aux juridictions nationales ; encore faut-il que l'État démontre que les mesures par lui adoptées « ont eu un impact substantiel dans la diminution des risques » encourus par les populations indigènes. D'autant que le non-agir étatique ne menace pas seulement leur santé physique ; est également en jeu la survie culturelle – identitaire – de populations forgeant des communautés spirituelles depuis plusieurs siècles.

La lecture croisée de la décision de la Commission IDH et du TSF est riche d'enseignements. Elle montre une identité de vue conceptuelle et une similarité sémantique. Droit national et droit supranational se conjuguent – souvent malheureusement de manière théorique – au profit des membres des communautés indigènes.

Porter le regard sur le sort des personnes particulièrement vulnérables a le mérite de mettre en exergue cette évidence : les discriminations s'accroissent de manière exponentielle quand sévit une pandémie. Les exigences à l'égard des pouvoirs publics ne peuvent que s'en trouver accrues : l'État-puissance ne demeure légitime que s'il se fait État social-sanitaire.

PARTIE 2

CONTRÔLER LA DÉCISION PUBLIQUE

L'EXERCICE DU CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DURANT LA CRISE SANITAIRE DE LA COVID-19

Chloë GEYNET-DUSSAUZE¹

En 2020, l'apparition d'un nouveau coronavirus a mis à l'épreuve l'équilibre institutionnel des démocraties parlementaires. Partout, face à l'urgence de la situation, les chambres parlementaires se sont rapidement dessaisies de leur capacité de décision au profit des exécutifs. Cet abandon a mené à une centralisation politique des principales compétences de gestion de la crise sanitaire en faveur des gouvernements².

Face à l'ampleur de la crise sanitaire, la plupart des États choisissent, dans un premier temps, de consacrer une législation d'exception³. Si certains – comme l'Italie ou l'Espagne – déclarent un « état d'urgence » ou un « état d'alerte » déjà prévu par leur arsenal normatif, d'autres estiment plus pertinent de consacrer un nouvel état d'exception. Au Royaume-Uni, par exemple, alors que le Parlement de Westminster aurait pu recourir à deux textes existants (le Public Health [Control of Disease] Act de 1984 et le Civil Contingencies Act de 2004), celui-ci a cependant préféré fixer un nouveau cadre juridique, en adoptant le Coronavirus Act, qui permet au Gouvernement de prendre l'ensemble des mesures nécessaires à la gestion de la crise sanitaire. En France, alors que les premières mesures pour lutter contre la pandémie sont fondées sur le Code de la santé publique, le Gouvernement souhaite rapidement instaurer un nouvel état d'exception, « l'état d'urgence sanitaire », afin de répondre « aux crises d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles »⁴. Consacré par la loi du 23 mars 2020⁵, ce nouveau régime d'exception s'inspire de celui de l'état d'urgence reconnu par la loi du 3 avril 1955, jugé non pertinent en l'espèce⁶. L'exposé des motifs du projet de loi d'urgence

1 Maître de conférences en droit public, Sciences Po Lille, CRDP.

2 Voir en ce sens : A. FOURMONT, B. RIDARD, « Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire », *Questions d'Europe*, n° 558, 11 mai 2020.

3 Voir notamment en ce sens : E. BOTTINI, C. SEVERINO, « La réaction juridique italienne face à la crise sanitaire du Covid-19 », en ligne [<https://www.youtube.com/watch?v=d4z9i0zcmdA>] ; A. TORRES GUTIÉRREZ, « De la nécessité de procéder à une profonde révision des Règlements du Congrès des députés et du Sénat », in E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE, *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des Parlements en Europe*, Fondation Robert Schuman, 2020, p. 41-49 ; S. MUNOZ MACHADO (dir.), « Coronavirus... y otros problemas », *El Cronista*, mars-avril 2020, n° 86-87, 139 p.

4 Exposé des motifs du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

5 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 (1), *JORF* n° 0072 du 24 mars 2020, texte n° 2.

6 Cette appréciation a pu faire l'objet de critiques, voir not. en ce sens : P. CASSIA, « L'état d'urgence sanitaire : remède, placebo ou venin juridique ? », *Blog Mediapart*, 24 mars 2020 ; S. RENARD, « L'état d'urgence sanitaire : droit d'exception et exceptions au droit », *RDS*, 2020, n° 95, p. 372-378. La mise en œuvre de l'article 16 de la Constitution avait également été envisagée, voir en ce sens : O. BEAUD, « La surprenante invocation de l'article 16 dans le débat sur le report du second tour des élections municipales », *Blog Jus Politicum*, 23 mars 2020.

précise que l'objectif est alors « de développer les moyens à la disposition des autorités exécutives pour faire face à l'urgence ». Ce dispositif confère une réelle prévalence aux décisions gouvernementales. Une fois dotés de tels pouvoirs, les exécutifs multiplient, dans un second temps, les recours à la législation déléguée. Tandis que les gouvernements espagnol et italien usent des décrets-lois, le Gouvernement français a fortement recours aux ordonnances, pas moins de 62 ordonnances liées à la gestion de l'épidémie ayant été adoptées entre les mois de mars et de juin 2020⁷.

D'emblée, l'activité législative du Parlement français est donc volontairement limitée pour laisser la main à l'exécutif, les deux chambres se montrant d'ailleurs conciliantes durant la procédure législative (pourtant extrêmement rapide⁸), afin qu'aboutissent les initiatives gouvernementales. Par la suite, malgré un regain du débat parlementaire (en particulier au Sénat⁹) et une reprise de l'activité législative « classique »¹⁰, le Parlement paraît, aujourd'hui encore, très effacé derrière l'organe exécutif. Ce sentiment n'est, certes, pas nouveau : le Parlement serait « l'homme malade de la V^e République »¹¹, le « vassal obéissant d'un exécutif dominant et surpuissant »¹². Si l'association des outils du parlementarisme rationalisé au fait majoritaire conduit, en effet, à un déséquilibre institutionnel en faveur de l'exécutif, la crise sanitaire actuelle paraît néanmoins exacerber ce dernier. La logique « négative »¹³ du parlementarisme ne conférant qu'une influence négative aux assemblées semble se déployer avec vigueur durant la pandémie. Nombre d'observateurs constatent ainsi un « auto-sabordage »¹⁴ du Parlement, une « atrophie parlementaire »¹⁵ et une « mise en sommeil des assemblées »¹⁶, dont l'état de santé serait désormais « alarmant »¹⁷.

7 Information disponible en ligne [<https://www.vie-publique.fr/dossier/273985-les-ordonnances-COVID-19-mars-juin-2020-dossier>].

8 Le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 a été déposé le 18 mars 2020 au Sénat et a été adopté en Commission mixte paritaire le 22 mars 2020. La navette parlementaire a donc été effectuée en seulement cinq jours et la loi n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel, afin de ne pas retarder sa publication au Journal Officiel. Ensuite, la loi organique (Loi organique n° 2020-365 du 30 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 [1], *JORF* n° 0078 du 30 mars 2020) a été adoptée en violation de l'article 46 de la Constitution qui imposait le respect minimal d'un délai de quinze jours entre le dépôt du texte et l'ouverture de sa discussion au sein de la première assemblée saisie. Par la suite, le Conseil constitutionnel a refusé de sanctionner l'irrespect de ce délai, affirmant que, « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y [avait] pas lieu de juger que cette loi organique [avait] été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution » (CC, déc. n° 2020-799 DC, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, *JORF* n° 0078, 31 mars 2020, texte n° 5, cons. 3). En outre, le premier budget rectificatif (Loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020 [1], *JORF* n° 0072, 24 mars 2020, texte n° 1) a, quant à lui, été adopté en une journée à l'Assemblée nationale, le lendemain de sa présentation en Conseil des ministres.

9 À titre d'exemple, la loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire (Loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire [1], *JORF* n° 0169, 10 juillet 2020, texte n° 1) a fait l'objet d'un désaccord en Commission mixte paritaire et le Sénat a rejeté le texte en nouvelle lecture par l'adoption d'une question préalable le 2 juillet 2020. Plus récemment, il en fut également de même à propos de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire discutée durant les mois de janvier et février 2021 (Projet de loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et reportant la date de caducité des régimes institués pour faire face à la crise sanitaire).

10 Ce terme vise ici l'activité législative relative à des textes étrangers à l'état d'urgence sanitaire.

11 M. AMELLER, G. BERGOUIGNOUS, *L'Assemblée nationale*, Paris, P.U.F., coll. *Que sais-je ?*, 2^e éd., 2000, p. 124.

12 X. VANDENDRIESSCHE, « Le Parlement entre déclin et modernité », *Pouvoirs*, 2001, n° 99, p. 59.

13 A. LE DIVELEEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », *Jus Politicum*, 2011, n° 6.

14 T. MULIER, « La crise du Covid-19, reflet des anomalies du fonctionnement de la V^e République », *Blog Jus Politicum*, 11 juin 2020.

15 T. MULIER, *ibid.*

16 J.-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, « Le Parlement français et la pandémie : un Parlement sous assistance respiratoire », in E. CARTIER, B. RIDARD, G. TOULEMONDE, *L'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des Parlements en Europe*, Fondation Robert Schuman, 2020, p. 51-59.

17 J.-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, *ibid.*

Dès lors, comme ont pu le mettre en évidence Priscilla Jensel-Monge et Audrey de Montis¹⁸, pour compenser la centralisation des compétences de gestion de la crise sanitaire à leur détriment, les parlementaires français souhaitent investir leur mission de contrôle¹⁹. Ils y ont d'ailleurs été fortement encouragés par le Premier ministre d'alors, Édouard Philippe, qui avait évoqué le caractère « indispensable » du contrôle « dans une démocratie », indiquant que « le Gouvernement en [avait] aussi besoin »²⁰. En période de crise, le contrôle parlementaire apparaît, en effet, essentiel, dans la mesure où la gestion de la pandémie conduit à conférer des marges de manœuvre poussées à l'exécutif²¹ : le Premier ministre est notamment doté d'importants pouvoirs de police et le Gouvernement est autorisé à porter atteinte à la liberté d'aller et de venir, à la liberté d'entreprendre ou à la liberté de réunion. Par essence et dans ses manifestations, ce nouveau régime d'exception porte atteinte à plusieurs libertés fondamentales. Si l'activité de contrôle du Parlement est déterminante pour la démocratie et pour le jeu institutionnel, son exercice était cependant loin d'être garanti. Dans des conditions sanitaires strictes, au sein d'un pays parfois entièrement confiné, les députés et les sénateurs ont dû adapter leur méthode de fonctionnement et déployer leurs prérogatives de contrôle dans un cadre inédit²². Outre l'application des précautions sanitaires classiques²³, le nombre de parlementaires présents a été – parfois drastiquement – réduit et ces derniers ont été contraints de privilégier une dématérialisation de leur travail. Le rôle des Présidents des Chambres a, par ailleurs, été déterminant pour garantir la continuité institutionnelle et les réunions du Bureau ainsi que de la Conférences des Présidents ont permis une adaptation souple et constante des règles internes, au gré de l'amélioration de la situation sanitaire du pays et des mesures de confinement/déconfinement.

Malgré les difficultés pratiques rencontrées du premier confinement à aujourd'hui²⁴, les parlementaires Français s'investissent pleinement dans leur mission de contrôle de l'action gouvernementale. À l'inverse de nombreux autres Parlements étrangers, l'Assemblée nationale et le Sénat n'ont pas souhaité ajourner leurs séances et ont su mobiliser les moyens de contrôle nécessaires, adaptés aux circonstances du moment (I). Néanmoins, parce que cette période met en lumière les travers les plus marqués de la V^e République, elle fait aussi état de tentatives de limitations croissantes de l'exercice de la mission de contrôle des parlementaires par l'exécutif et le juge constitutionnel (II).

18 P. JENSEL-MONGE, A. DE MONTIS, « La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la Covid-19 : un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions », *Confluences des droits*, juillet 2020, 14 p.

19 En énonçant, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, que « Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques », l'article 24 de la Constitution française établit notamment une distinction entre législation et contrôle. Si cette dernière n'est pas aussi claire qu'elle en a l'air (voir not. en ce sens : P. AVRIL, « Le Parlement législateur », *RFSP*, 1981, n° 1, p. 15-31), elle sera ici mobilisée pour ses vertus pédagogiques permettant de distinguer les deux fonctions « classiques » du Parlement.

20 É. PHILIPPE, *JO Sénat, Débats*, séance du 19 mars 2020, p. 2488.

21 S. WASERMAN, in Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise, *Doc. AN*, novembre 2020, p. 12.

22 Dans la précipitation, à la suite de l'annonce du confinement, l'administration des Chambres a demandé à ses fonctionnaires d'emporter leur tour d'ordinateur, rien n'ayant été prévu pour qu'ils puissent travailler depuis leur domicile (P. JANUEL, « Chronique d'un Parlement confiné », *L'Hémicycle*, 6 janvier 2020). La désorganisation collective a donc rapidement dû céder le pas à une organisation précise à distance.

23 Port du masque, application des distances de sécurité sanitaire, désinfection des salles, etc.

24 Le premier confinement a été annoncé le 16 mars 2020 et le présent article est rédigé durant le mois de janvier 2021.

Si les embuches sont nombreuses, leur absence d'incidence concrète sur le travail parlementaire démontre les spécificités de la fonction de contrôle, qui se déploie toujours « dans un large espace de liberté »²⁵, tout en illustrant la capacité de résilience du Parlement Français.

I. L'adaptation constante du contrôle parlementaire

Face à l'incertitude et aux difficultés pratiques liées à la situation sanitaire, les parlementaires décident de déployer progressivement leurs prérogatives de contrôle de l'action gouvernementale, en deux phases. Alors que la première étape consiste à mobiliser immédiatement les moyens traditionnels du contrôle parlementaire (A), la seconde tend à user de moyens exceptionnels, une fois le recul nécessaire obtenu (B).

A. Le recours immédiat aux moyens traditionnels de contrôle parlementaire

Dès l'annonce du premier confinement, les questions au Gouvernement apparaissent comme le premier moyen de contrôle de l'action gouvernementale et, ainsi, le premier outil de maintien de la continuité institutionnelle²⁶. Si le format des questions orales au Gouvernement fait généralement l'objet de critiques, dans la mesure où il s'apparente davantage à un spectacle plutôt qu'à un contrôle de fond de la politique gouvernementale, celui-ci s'est renouvelé et a su perdurer au plus fort de la crise.

Durant les premières semaines du confinement, les séances de questions au Gouvernement sont adaptées aux circonstances du moment : elles se déroulent en comité restreint²⁷, avec un nombre limité de questions. À l'Assemblée nationale, lors de la première séance, les groupes disposent de deux questions chacun et une question est attribuée aux députés non-inscrits et, dès le 20 mars, cette attribution est légèrement modifiée, au profit de quatre questions pour les deux groupes les plus importants et de deux pour chacun des huit autres groupes. Au Sénat, après que, lors de la première séance, une question a été attribuée à chaque groupe, cette organisation est faiblement modifiée pour la séance du 25 mars, sous la forme d'une séquence de 10 questions, à raison d'une question par groupe politique plus une seconde question pour les trois groupes les plus importants en effectif, auxquelles s'ajoute une question dévolue à la RASNAG²⁸ toutes les quatre séances. Un délai raisonnable de transmission au Gouvernement, par les groupes, des noms des sénateurs et des députés posant la question, des ministres interrogés et, exceptionnellement, du thème de la question, est aménagé pour que les ministres puissent organiser leur présence et « apporter la réponse la

25 É. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 72.

26 Comme l'a souligné le Président du Sénat, Gérard Larcher, « cette séquence est une obligation constitutionnelle, je le rappelle, à peine de nullité des textes votés dans la semaine » (Rapport d'activité, *Doc. Sénat*, 2020, p. 31).

27 Lors de sa réunion du 19 mars 2020, la Conférence des Présidents du Sénat a, dès lors, précisé que les séances de questions d'actualité au Gouvernement n'entraient pas « dans le champ de l'article 23 bis du Règlement relatif à la présence des sénateurs », ce dernier prévoyant des sanctions disciplinaires à l'encontre des sénateurs absentéistes.

28 Il s'agit de la Réunion administrative des sénateurs ne figurant sur la liste d'aucun groupe, qui correspond à un regroupement des sénateurs non-inscrits.

plus complète »²⁹ à la question posée³⁰. Cette volonté d'assurer au Gouvernement les meilleures conditions possibles de réponse témoigne de la volonté des parlementaires d'effectuer un véritable contrôle de l'action gouvernementale et d'ainsi s'éloigner du pur exercice de communication politique auprès de l'opinion qui caractérise généralement cet exercice³¹.

Par ailleurs, si, dans les deux Chambres, la présence des parlementaires est fortement réduite, seule l'Assemblée nationale décide, le 31 mars, de n'autoriser la présence que d'un seul député par groupe, empêchant ainsi les auteurs des questions au Gouvernement d'être présents dans l'hémicycle. À l'inverse, le Sénat prévoit d'inclure, outre le président du groupe ou son représentant, l'auteur de la question. L'absence des auteurs des questions durant près d'un mois au Palais-Bourbon peut être regrettée³² ; opter pour une représentation de la représentation nationale éloigne davantage les citoyens du jeu politique et, en outre, la (courte) joute contradictoire qu'offre traditionnellement le droit de réplique est, en partie, biaisée. Au vu de l'évolution sanitaire, les règles de présence sont progressivement assouplies à partir du mois d'avril³³, et il est mis fin aux dispositions dérogatoires durant le mois de juin³⁴, pour un retour au format habituel des questions au Gouvernement. Par la suite, afin d'appliquer les distances de sécurité sanitaire, le Sénat et l'Assemblée nationale limitent leur jauge à 50 % d'élus présents, en séance comme en commission. Organisée par les groupes parlementaires³⁵, cette répartition est, à quelques exceptions près³⁶, respectée.

Le choix des parlementaires français de maintenir, au plus fort de l'épidémie, cette forme de contrôle, alors même qu'à certaines dates le calendrier parlementaire avait prévu des suspensions de travaux³⁷, tranche avec la situation de certains Parlements étrangers. Les séances du Sénat et de la Chambre des communes canadiens ont, par exemple, été ajournées de longues semaines³⁸. De son côté, le Parlement britannique a suspendu l'essentiel de ses activités durant un mois. Dès lors, le Speaker

29 Rapport d'activité, *Doc. Sénat, op. cit.*, p. 33.

30 Il s'agissait d'une avancée du délai limite la veille de la séance à 18 heures.

31 R. DOSIÈRE, « Le contrôle ordinaire », *Pouvoirs*, 2010, n° 134, p. 38.

32 J.-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, « Le Parlement français et la pandémie : un Parlement sous assistance respiratoire », art. cité, p. 57.

33 Au Sénat, les consignes de présence sont allégées la semaine du 20 avril, autorisant ainsi 48 sénateurs répartis proportionnellement à l'importance de chaque groupe à siéger, auxquels se sont ajoutés les présidents des groupes et les présidents de séance.

34 Telles que la transmission des thèmes des questions.

35 À l'Assemblée nationale, cette organisation suppose que chaque député remplisse un formulaire toutes les semaines précisant ses présences. En pratique, cette gestion n'est pas très difficile pour les groupes numériquement importants, dans la mesure où, d'ordinaire, tous les députés d'un groupe souhaitent très rarement être présents en même temps. Quand bien même une telle hypothèse se présenterait, les séances de questions au Gouvernement durant deux heures, une forme de *relai* est instaurée entre la première et la seconde heure. Tous les députés peuvent donc, *in fine*, assister à au moins une heure de séance.

36 À l'Assemblée nationale, le nombre de députés présents était, par exemple, nettement supérieur aux 50 % autorisés le mardi 3 novembre durant l'examen du projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire lors duquel le groupe majoritaire a été tenu en minorité (*JOAN, Débats*, 2^e séance du mardi 3 novembre 2020, p. 8799-8827). Cette règle de limitation de présence n'est toutefois pas impérative et relève davantage de la bonne volonté des élus. Il apparaît, d'ailleurs, d'autant plus risqué de refuser à un parlementaire l'accès à l'hémicycle depuis la décision 2020-800 DC du Conseil constitutionnel (CC, déc. n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence et complétant ses dispositions*, *JORF* n° 0116 du 12 mai 2020, texte n° 2).

37 Du fait des élections municipales, le Parlement avait suspendu ses travaux depuis le 9 mars. Cette suspension était supposée durer jusqu'au 22 mars, mais tel ne fut pas le cas.

38 Les séances du Sénat canadien furent ajournées entre le 11 avril et le 2 juin et la Chambre des communes ne reprit ses travaux que le 20 avril, pour les ajourner de nouveau le 25 mai.

de la Chambre des communes a adressé une lettre au ministre des relations avec le Parlement, le 1^{er} avril, dans laquelle il l'exhorte d'organiser des séances de questions au Gouvernement, soulignant à quel point les députés sont « submergés de questions et de requêtes personnelles de citoyens en attente de réponse »³⁹. *In fine*, cette demande n'a pas été suivie d'effet.

En usant de cet outil de contrôle pour interroger le Gouvernement sur l'ensemble des difficultés liées à la pandémie, les parlementaires français se font l'écho des préoccupations de l'ensemble des citoyens⁴⁰, de façon toujours aussi visible (*via* notamment une retransmission télévisée) mais moins spectaculaire que d'ordinaire et dans une plus grande recherche d'efficacité, véhiculant, de la sorte, une vision renouvelée du Parlement⁴¹. Si, à la suite du premier déconfinement, les questions au Gouvernement ont retrouvé leur format habituel, la limitation de présence demeure, dans une certaine mesure, favorable à un contrôle de fond.

Par ailleurs, au vu de la restriction de présence imposée aux parlementaires, le maintien des questions écrites est demeuré un moyen utile à la disposition des élus pour interroger le Gouvernement. Les statistiques attestent du succès de ce moyen de contrôle : durant le confinement, la moyenne hebdomadaire de questions écrites à l'Assemblée nationale est passée de 187 à 227⁴². En revanche, le taux de réponse du Gouvernement « s'est effondré »⁴³. La volonté de contrôle accrue des parlementaires s'est heurtée à une désorganisation des administrations centrales⁴⁴. Le problème du délai de réponse gouvernemental est connu ; la réforme du Règlement de l'Assemblée nationale du 28 novembre 2014⁴⁵ avait précisément instauré un quota de 52 questions écrites par député pour chaque session ordinaire afin de réduire ce dernier. Néanmoins, comme le suggère le rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise⁴⁶, dans ce type de contexte, il apparaît judicieux de geler les questions écrites antérieures à celle-ci et d'instaurer un quota spécifique de questions, en accordant, par exemple, une question écrite par semaine pour chaque élu. En parallèle, la Conférence des présidents opérerait un suivi des réponses du Gouvernement. En outre, le groupe de travail propose également qu'au bout d'un mois de crise, chaque groupe parlementaire puisse « signaler trois questions écrites, qui obtiendraient en principe une réponse dans les dix jours »⁴⁷. Louable, cette proposition confère cependant davantage de pouvoirs aux groupes, au détriment des

39 Letter from the Speaker to the Leader urging a “virtual” Parliament, en ligne [<https://www.parliament.uk/business/news/2020/april1/speaker-urges-virtual-parliament-to-keep-up-commons-scrutiny/letter-from-the-speaker-to-the-leader/>], cité in A. FOURMONT, B. RIDARD, « Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire », *op. cit.*

40 P. JENSEL-MONGE, A. DE MONTIS, « La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la Covid-19 : un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions », art. cité, p. 10-11.

41 C. GEYNET-DUSSAUZE, A. DE MONTIS, « L'adaptation singulière du Parlement français durant la crise du coronavirus », in G. LE FLOCH, *Covid-19, Approches de droit public et de science politique*, Berger Levrault, 2021, p. 80-81.

42 Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise, *op. cit.*, p. 20.

43 À l'Assemblée nationale, tandis que la moyenne hebdomadaire sur l'ensemble de la législature était de 158 réponses, 56 réponses en moyenne ont été reçues par semaine du 10 mars au 12 mai 2020. Au Sénat, en un an, le taux de réponse a baissé de 28 %.

44 Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise, *op. cit.*, p. 20.

45 Résolution n° 437 du 28 novembre 2014 modifiant le Règlement de l'Assemblée nationale.

46 Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise, *op. cit.*, p. 20.

47 Rapport du groupe de travail..., *ibid.*

droits individuels de ces derniers. Si la crise sanitaire illustre la volonté des parlementaires de mener à bien leur mission de contrôle, elle démontre, en parallèle, la tendance à la réduction de l'autonomie des élus par la collectivisation des droits au profit des groupes parlementaires. Cette tendance, de plus en plus marquée au sein du Palais-Bourbon, fragilise particulièrement la représentation des parlementaires n'appartenant à aucun groupe, en même temps qu'elle paraît éclipser le rôle individuel des députés, pourtant fondamental, surtout en période de crise⁴⁸.

Enfin, en même temps qu'étaient maintenues les questions orales et écrites au Gouvernement, l'Assemblée nationale et le Sénat ont également souhaité contrôler l'action gouvernementale en mobilisant d'autres outils pouvant être immédiatement mis en place. L'objectif était d'opter pour une formation solennelle rapide et la plus efficace possible au vu des circonstances. C'est pourquoi, dès le 17 mars, la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale décide de la création d'une mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid 19, ayant vocation à assurer un suivi renforcé de la gestion de la crise sanitaire et des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. À l'annonce du confinement, la constitution d'une mission d'information constitue une structure adaptée aux circonstances, qui offre un cadre souple au contrôle et permet une audition rapide et visible des principaux acteurs⁴⁹, à distance ou en présentiel⁵⁰. En parallèle, les commissions permanentes font porter leur travail respectif de contrôle sur les conséquences de la crise sanitaire dans leur domaine de compétence⁵¹ : un dispositif

48 En effet, durant le confinement, les parlementaires « semblent, plus que jamais, avoir été mobilisés dans leur rôle de représentant » (voir not. en ce sens : C. GEYNET-DUSSAUZE, A. DE MONTIS, « L'adaptation singulière du Parlement français durant la crise du coronavirus », art. cité, p. 80).

49 Après avoir rapidement auditionné le Premier ministre, le ministre des Solidarités et de la santé ou le garde des Sceaux, la mission a poursuivi ses auditions, interrogeant également le Président du Conseil scientifique, le Président du MEDEF, le Secrétaire général de Force Ouvrière, plusieurs préfets ou représentants des maires, ou encore le coordinateur national à la stratégie de confinement.

50 Les parlementaires s'adaptent relativement bien aux outils de visioconférence qui n'offrent, certes pas, les mêmes conditions de discussion qu'en présentiel (les prises de parole sont nécessairement moins fluides, il y a moins de spontanéité des échanges, la discipline de conversation est plus stricte et la personne auditionnée est moins *sous pression* qu'en présentiel), mais qui permettent, dans ces conditions très particulières, de maintenir l'exercice du contrôle. Selon l'importance des personnalités auditionnées, les Chambres conviennent également d'auditions en présentiel (voir en ce sens : C. GEYNET-DUSSAUZE, A. DE MONTIS, « L'adaptation singulière du Parlement français durant la crise du coronavirus », art. cité, p. 78-79).

51 Par exemple, la commission des affaires sociales a mené un cycle d'auditions sur la situation spécifique des EHPAD face à l'épidémie et réalisé une mission flash, confiée à un binôme de députées, sur ce sujet ; elle a également examiné les conséquences de la crise sur le financement de la sécurité sociale ou l'accès aux soins des patients hors COVID-19. Comme le relèvent Priscilla Jensel-Monge et Audrey de Montis, en parallèle de ce contrôle politique, la crise sanitaire met également en lumière un « contrôle plus technique », à travers les travaux de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (P. JENSEL-MONGE, A. DE MONTIS, « La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la COVID-19 : un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions », art. cité, p. 11). Composée de 18 députés et de 18 sénateurs, cette délégation indépendante méconnue, qui ne peut être saisie que par les parlementaires, a pour objectif d'éclairer les décisions du Parlement, en lui fournissant des informations relatives aux conséquences des choix de caractère scientifique et technologique. Elle offre, de la sorte, aux élus, une expertise inédite leur permettant d'apprécier les choix politiques de long terme en la matière. Depuis le début de la pandémie, l'Office exerce une veille scientifique assidue qui l'a conduit à publier diverses notes scientifiques relatives, par exemple, à l'impact de l'épidémie de COVID-19 sur les enfants (Note du 15 mai 2020, [<https://www2.assemblee-nationale.fr/>]) ou aux enjeux d'une généralisation du port du masque (Note du 19 juin 2020, [<https://www2.assemblee-nationale.fr/>]). Ces notes contiennent une analyse précise de la situation sanitaire et enrichissent ainsi le contrôle parlementaire. D'autant que cette institution peut bénéficier de pouvoirs étendus. La publication récente de son rapport relatif à la stratégie vaccinale contre la COVID-19 (Rapport au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la stratégie vaccinale contre la COVID-19, par M^{mes} Sonia DE LA PROVOTE et Florence LASSARADE, sénatrices, et MM. Jean-François ELIAOU et Gérard LESEUL, députés, 15 décembre 2020) a nourri les débats parlementaires et permet à cette instance de s'affirmer comme un acteur essentiel du contrôle, véritable « bras armé transpartisan du Parlement en matière d'articulation de la science au politique » (L'Office parlementaire scientifique fait le point sur la mise en œuvre de la stratégie vaccinale face à l'épidémie de COVID-19, 8 janvier 2021, en ligne [<http://www.senat.fr/>]). Pour mémoire, l'opposition à la majorité gouvernementale est majoritaire au sein de cette instance.

d'ensemble reposant sur la complémentarité des travaux de la mission et de ceux des commissions est donc mis en place⁵².

Au Sénat, le suivi est essentiellement organisé par la Commission des lois, qui crée une mission pluraliste afin de contrôler les mesures mises en œuvre par le Gouvernement pour lutter contre l'épidémie de COVID-19. Malgré son rattachement à cette unique commission, cette mission s'inscrit dans « une démarche coordonnée de l'ensemble des commissions permanentes du Sénat » afin d'assurer « un suivi concret et exigeant de l'action du Gouvernement »⁵³. Elle est présidée par Philippe Bas, habitué de l'exercice⁵⁴, et composée de 11 sénateurs représentant l'ensemble des groupes politiques du Sénat, incluant ainsi l'opposition. À l'inverse, cette dernière est très faiblement présente au sein de la mission d'information du Palais-Bourbon. À son initiative⁵⁵, le Président de l'Assemblée nationale, Richard Ferrand, détient, à la fois, les fonctions de Président et de rapporteur général⁵⁶, tandis que les huit présidents de commission (dont sept sont issus des rangs de la majorité) en sont les co-rapporteurs. La composition de cette mission d'information se veut plus transversale que transpartisane, car si les présidents de groupes, ou leur représentant, sont associés aux travaux, l'opposition n'est, en réalité, que très faiblement représentée sur les postes stratégiques, contrairement aux habitudes en matière de contrôle. Le cumul des fonctions du Président de l'Assemblée nationale et la place dévolue à l'opposition ne valorisent pas le rôle de la mission auprès de l'opinion : l'objectif recherché semble surtout « d'éviter la mise en difficulté du Gouvernement et de la majorité »⁵⁷ et présente le risque d'une surveillance illusoire. Comme à son habitude, le Sénat se distingue donc par son pluralisme lui permettant d'agir dans un esprit « d'unité nationale »⁵⁸, au-delà des clivages partisans. Sa mission de suivi se distingue également par un activisme marqué : alors qu'à l'Assemblée nationale, un seul rapport d'information est publié, le 3 juin, après 34 auditions totales, au Sénat, dès le 2 avril, la Commission des lois publie un premier examen détaillé des mesures arrêtées par le Gouvernement ; le 29 avril, elle publie un second rapport, après avoir déjà procédé à 39 auditions et multiplié l'envoi de questionnaires écrits aux administrations et aux parties prenantes⁵⁹.

52 Rapport d'information par la mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de COVID-19, présenté par M. Richard FERRAND, *Doc. AN*, n° 3053, 3 juin 2020, p. 19.

53 « Covid-19 : la mission de suivi de la commission des lois du Sénat analyse les premiers textes pris au titre de la loi d'urgence sanitaire », 2 avril 2020, en ligne [<http://www.senat.fr/presse/cp20200402b.html>].

54 Ce dernier ayant joué un rôle déterminant dans le contrôle de l'application de l'état d'urgence en matière de terrorisme et ayant, plus récemment, présidé la commission d'enquête lors de « l'affaire Benalla ».

55 En vertu de l'article 145, alinéa 4 du Règlement de l'Assemblée nationale.

56 L'article 145, alinéa 4 du Règlement de l'Assemblée nationale a été interprété comme autorisant une telle possibilité, en précisant que « La fonction de président ou de rapporteur revient de droit à un député appartenant à un groupe d'opposition, si ces fonctions ne sont pas exercées par la même personne ». Cette possibilité avait déjà été mise en œuvre par le passé, notamment en 2016, lors de la mission d'information sur les suites du référendum britannique et le suivi des négociations, lors de laquelle Claude Bartolone avait été désigné comme président et comme rapporteur général de la mission (voir en ce sens : Rapport d'information fait en application de l'article 145 du Règlement au nom de la mission d'information sur les suites du référendum britannique et le suivi des négociations, présenté par M. Claude BARTOLONE, *Doc. AN*, n° 4485, 15 février 2017). Pour d'autres exemples, voir également : Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de résolution (n° 1546) de M. Bernard Accoyer tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale, par M. Jean-Luc WARSMANN, *Doc. AN*, n° 1630, 30 avril 2009, p. 255.

57 J.-P. DEROSIER, G. TOULEMONDE, « Le Parlement français et la pandémie : un Parlement sous assistance respiratoire », art. cité, p. 57.

58 Emmanuel MACRON, *Adresse aux Français*, 12 mars 2020.

59 Covid-19 : deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, *Doc. Sénat*, 29 avril 2020, p. 11.

Malgré d'importantes contraintes et restrictions, la constitution de ces formations a rapidement permis aux parlementaires de bénéficier des conditions nécessaires à l'exercice de leur mission de contrôle dans le cadre de la crise sanitaire. Les députés et les sénateurs ont ainsi pu veiller aux conditions de déploiement de l'action du Gouvernement. Ce n'est qu'une fois le recul nécessaire obtenu que les assemblées décident de recourir, dans une seconde phase, à des méthodes exceptionnelles de contrôle.

B. Le déclenchement réfléchi des moyens exceptionnels de contrôle parlementaire

Lors de l'annonce du confinement, le déclenchement immédiat des moyens exceptionnels de contrôle se révèle inadapté à la situation : dans un pays entièrement confiné, les principaux acteurs sont fortement sollicités et les outils offerts par ces formations ne peuvent pas être efficacement mobilisés⁶⁰. C'est la raison pour laquelle l'attribution de pouvoirs d'enquête à la Mission d'information de l'Assemblée nationale est, en réalité, prévue dès le départ, mais pour une « seconde phase »⁶¹ du contrôle. Les travaux d'une commission d'enquête ne pouvant excéder six mois, il ne fallait pas qu'ils débutent trop tôt dans la crise et l'objectif était d'engager un contrôle plus poussé une fois le « recul nécessaire »⁶² obtenu. Néanmoins, l'ampleur de la crise, sa durée et les mesures gouvernementales adoptées justifient que la forme la plus solennelle du contrôle parlementaire soit mise en œuvre dès le mois de juin⁶³.

Le 2 juin, à la suite d'une demande d'Éric Ciotti⁶⁴, la Mission est dotée des prérogatives d'une commission d'enquête⁶⁵. Ses pouvoirs sont alors « considérablement renforcés »⁶⁶ et la composition de la Mission est remaniée : Richard Ferrand est remplacé à son poste de Président par un député de la majorité (Brigitte Bourguignon⁶⁷, puis, Julien Borowczyk), et Éric Ciotti est nommé rapporteur. Le principal groupe d'opposition de la Chambre dispose donc désormais d'un poste stratégique.

60 Le 4 mars, une proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur le coronavirus avait d'ailleurs été déposée par des députés LR (Proposition présentée par M. Bernard PERRUT *et al.*, *Doc. AN*, n° 2742, 4 mars 2020).

61 Relevé des conclusions de la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale du 31 mars 2020, disponible en ligne [<https://www2.assemblee-nationale.fr/15/la-conference-des-presidents/releve-de-conclusions/reunion-mardi-du-31-mars-2020>].

62 G. LARCHER, Exposé des motifs de la Proposition de résolution tendant à créer une commission d'enquête pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la covid-19 et de sa gestion, *Doc. Sénat*, n° 512, 16 juin 2020.

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

64 Alors vice-président de la Mission d'information, celui-ci a adressé une lettre au président de l'Assemblée nationale le 26 mai 2020.

65 Le fondement juridique d'une telle attribution peut, en outre, étonner : la mission demande ces prérogatives exceptionnelles sur le fondement de l'article 5 *ter* de l'ordonnance 581100 du 17 novembre 1958. Pourtant, cet article évoque seulement le cas d'une mission d'information d'une commission et non d'une mission d'information de la Conférence des présidents. Si l'attribution des pouvoirs d'enquête à une Mission d'information de la Conférence des présidents n'est pas une première (tel avait été le cas pour la Mission d'information sur les moyens de Daech, en 2016) son fondement juridique demeure, cependant, incertain (voir en ce sens : É. LEMAIRE, « Contrôle parlementaire de la crise sanitaire : interrogations autour de l'attribution des pouvoirs d'enquête à la mission d'information sur l'épidémie de coronavirus à l'Assemblée nationale », *Blog Jus Politicum*, 18 juin 2020).

66 É. LEMAIRE, *ibid.*

67 À la suite de sa nomination comme membre du Gouvernement.

Cette attribution fait, cependant, obstacle à la demande de création d'une commission d'enquête formulée par André Chassaigne, président du groupe GDR. Par un tour de passe-passe évident⁶⁸, l'exercice du « droit de tirage » de ce groupe est empêché, la majorité et le principal groupe d'opposition souhaitant conserver le contrôle de l'enquête parlementaire. Par ailleurs, au Sénat, face aux éléments révélés lors de la première phase du contrôle, le Président, Gérard Larcher, décide de déposer une proposition de résolution tendant à créer une commission d'enquête pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la COVID-19 et de sa gestion, le 16 juin 2020. C'est la deuxième fois, depuis 2005, qu'une telle création est demandée en application de l'article 8 *ter* du Règlement du Sénat, dans le cadre d'une procédure classique impliquant un vote du Sénat, et non dans l'exercice du « droit de tirage » des groupes politiques⁶⁹. Approuvée à l'unanimité le 30 juin, cette commission a pour objectif de fournir une « analyse approfondie, lucide, rigoureuse, objective »⁷⁰. Elle est présidée par Alain Milon, membre de la majorité sénatoriale, et, toujours dans une volonté de pluralisme, trois sénateurs sont désignés rapporteurs : Catherine Deroche (LR), Bernard Jomier (socialiste) et Sylvie Vermeillet (UC).

Si le choix des parlementaires de disposer des prérogatives d'une commission d'enquête peut apparaître logique pour l'observateur français, il constitue, en réalité, plutôt une exception sur le continent européen. La plupart des pays ont, en effet, opté pour un contrôle parlementaire « classique », sans suivi spécifique ni formation solennelle⁷¹, chose qui apparaît, par ailleurs, préoccupante dans un contexte particulier où les atteintes aux libertés individuelles se multiplient. À l'inverse, la France, tout comme la Belgique⁷² ou la Suède⁷³, se distingue par la recherche d'un contrôle renforcé, en dehors du droit commun, à travers la mise en place de moyens exceptionnels permettant aux instances parlementaires de se muer en de réels organes d'investigation. Énumérés

68 Alors que, le 8 avril 2020, le groupe GDR avait déposé une Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête visant à identifier les dysfonctionnements dans la gestion sanitaire de la crise du Covid-19 (*Doc. AN*, n° 2817), celle-ci n'a été inscrite à l'ordre du jour de la Commission des affaires sociales que le 27 mai, soit le lendemain de la demande d'Éric Ciotti visant à doter la mission d'information des pouvoirs d'enquête. L'une des trois conditions de recevabilité de la proposition communiste n'était alors plus remplie : les deux demandes ayant le même objet, ce qui est impossible. Malgré l'opposition d'André Chassaigne qui a dénoncé « une manœuvre grossière » portant atteinte à son « droit de tirage » (droit dont il dispose, en tant que groupe d'opposition, lors de chaque session en vue d'obtenir la création d'une commission d'enquête), la proposition du groupe GDR a finalement été déclarée irrecevable et a été rejetée. Voir en ce sens : B. LACOURIEUX, « Commission d'enquête contre enquête », *Les cuisines de l'Assemblée*, 4 juin 2020.

69 En 2005, il s'agissait de la création de la commission d'enquête sur l'immigration clandestine présidée par Georges OTHILY et dont le rapporteur était François-Noël BUFFET.

70 G. LARCHER, Exposé des motifs de la Proposition de résolution..., *op. cit.* Plus en détail, cette commission d'enquête parlementaire a pour mission « d'évaluer l'état de préparation de la France à la veille du déclenchement de l'épidémie ; la gestion de la crise sanitaire par les responsables politiques et administratifs depuis son déclenchement en janvier 2020 ; les choix faits par la France à la lumière des enseignements que nous pouvons tirer des expériences des pays européens et asiatiques ».

71 A. FOURMONT, B. RIDARD, « Le contrôle parlementaire dans la crise sanitaire », art. cité.

72 La Chambre des représentants a créé une commission permanente COVID-19, dotée des pouvoirs d'une commission d'enquête et dont le statut ne limite ni la durée d'exercice ni le périmètre de ses missions. Par la suite, en septembre 2020, le Parlement fédéral a créé une Commission spéciale chargée d'examiner la gestion de l'épidémie de COVID-19 par la Belgique.

73 Le 30 juin 2020, le Gouvernement suédois a nommé une commission d'enquête pour évaluer les mesures prises pour limiter la propagation du COVID-19. Cette dernière doit remettre son rapport final d'ici février 2022 et présenter deux rapports intermédiaires (30 novembre 2020 et 31 octobre 2021).

à l'article 6.II de l'ordonnance du 17 novembre 1958, les pouvoirs d'enquête supposent notamment un droit de citation, une publicité spécifique des auditions et une attribution de pouvoirs étendus aux rapporteurs. Ces derniers détiennent un pouvoir de contrôle sur pièces et sur place ; tous les renseignements de nature à faciliter leur mission doivent leur être fournis et, sauf exception⁷⁴, ils sont habilités à se faire communiquer tous documents de service. L'attribution de ces pouvoirs est décidée pour s'adapter au caractère exceptionnel de la situation et ainsi permettre un contrôle plus intense que lors de la première phase, qui sert de socle de départ aux parlementaires, en vue d'approfondir leur démarche.

Le déclenchement de cette méthode de contrôle permet au Parlement de prendre toute sa place sur la scène institutionnelle. Néanmoins, la simple attribution des pouvoirs d'enquête ne suffit pas, à elle seule, à garantir un contrôle efficace. Le souvenir de « l'affaire Benalla » demeure très présent dans les esprits : l'objectif n'est pas de basculer dans un procès médiatique mais d'effectuer une véritable évaluation des moyens mis en œuvre, malgré les conditions sanitaires. Au sein des deux Chambres, les travaux se déroulent dans un climat apaisé. En dépit de nombreuses divergences avec le rapport final publié le 2 décembre 2020, le Président de la mission d'information de l'Assemblée nationale salue, à ce titre, « la sérénité » avec laquelle le travail a été conduit durant six mois et « entend témoigner de la très grande implication des membres de la mission d'information et plus particulièrement de son rapporteur »⁷⁵. L'atmosphère se tend soudainement à huis clos, lors de l'adoption dudit rapport⁷⁶. En pointant une série de défaillances et de manquements, ce dernier constitue une « charge sévère contre le Gouvernement »⁷⁷ et la majorité semble se réserver le droit d'empêcher la publication du rapport (soit par un vote contraire à son adoption⁷⁸, soit par la réunion d'un comité secret⁷⁹). *In fine*, les députés LREM et Modem s'abstiennent, bien conscients que son rejet « aurait sans doute fait plus de bruit que le rapport lui-même »⁸⁰. Publié le 8 décembre, le rapport de la commission d'enquête du

74 À l'exception de ceux revêtant un caractère secret et concernant la défense nationale, les affaires étrangères, la sécurité intérieure ou extérieure de l'État, et sous réserve du respect du principe de la séparation de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs.

75 J. BOROWCZYK, Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-COVID-19, présenté par M. Julien BOROWCZYK et Éric CIOTTI, *Doc. AN*, n° 3633, 2 décembre 2020, p. 11. L'ensemble des comptes rendus témoigne du bon déroulement des travaux. À titre d'exemple, le Président du groupe *Libertés et territoires*, Bertrand Pancher, a affirmé avoir « beaucoup apprécié la qualité de ces débats. Je vous en félicite et vous en remercie, monsieur le président et monsieur le rapporteur. Nous avons travaillé dans de très bonnes conditions et auditionné toutes les organisations qui comptaient. Mon groupe souscrit pleinement à ce rapport, qui ne fait que reprendre les témoignages que nous avons entendus – si tel n'avait pas été le cas, il aurait été faussé. Nous nous retrouvons à 100 % dans votre analyse » (*ibid.*, p. 230).

76 Rapport d'information..., *ibid.*, p. 221 et s.

77 S. HECKETSWEILER, S. DE ROYER, « Commission d'enquête Covid-19 : les députés pointent les défaillances au sommet de l'État », *Le Monde*, 2 décembre 2020.

78 Seule l'adoption dudit rapport permettait sa publication. Tel avait notamment été le cas, en 2011, à propos du rapport de la Commission d'enquête sur les mécanismes de financement des organisations syndicales d'employeurs et de salariés qui avait, ensuite, *fuité*, dans la presse.

79 Un délai de cinq jours francs est prévu dans l'hypothèse où l'Assemblée, réunie en comité secret, souhaiterait interdire la publication du rapport d'enquête. L'opposition souhaitait, en l'espèce, que le rapport soit publié avant l'écoulement de ce délai. De vifs échanges ont eu lieu à ce propos entre le Président de la Mission d'information, qui n'excluait pas la réunion de l'Assemblée en comité secret, et le président du groupe LR, Damien Abad (Rapport d'information..., présenté par M. Julien BOROWCZYK et Éric CIOTTI, *op. cit.*, p. 240-242).

80 B. LACOURIEUX, « Covid-19 : un deuxième rapport d'information source de discorde », *Le Monde*, Blog *Les Cuisines de l'Assemblée*, 9 décembre 2020.

Sénat précise, quant à lui, la prévalence d'une « approche territorialisée »⁸¹ de l'enquête, conforme à l'ADN du Sénat. Ce rapport souligne des manquements gouvernementaux souvent similaires à ceux soulevés par les députés, tout en émettant des propositions différentes⁸². Contrairement au rapport de la mission d'information, celui de la commission d'enquête sénatoriale contient des « mises en cause personnelles »⁸³, notamment à l'encontre du directeur général de la santé, Jérôme Salomon⁸⁴.

La mission d'information comme la commission d'enquête livrent ainsi un bilan critique de la gestion gouvernementale de la crise sanitaire, tout en émettant des recommandations pour une meilleure appréhension de ce type de crise. En combinant des approches différentes, les travaux réalisés par les chambres se complètent et permettent l'exercice d'une vigilance démocratique effective du Parlement. Au sein des deux assemblées parlementaires, les prérogatives d'enquête ont donc permis de mener à bien l'exercice d'un contrôle efficace, dans une ambiance de travail sereine. Si cette dernière paraît, en effet, naturelle, au Palais du Luxembourg, elle est particulièrement à souligner à l'Assemblée nationale et démontre, une nouvelle fois, que « c'est en confiant des responsabilités à l'opposition qu'on la rend responsable »⁸⁵. Certes, la répartition des rôles entre le groupe majoritaire et le premier groupe d'opposition avait, en réalité, été établie bien avant l'attribution de prérogatives d'enquête à la mission d'information : il s'agissait d'une condition officieuse essentielle ayant permis la constitution de la mission d'information⁸⁶. Néanmoins, cette expérience démontre que, sur le modèle sénatorial, la nomination des rapporteurs ne doit plus relever d'une négociation informelle entre les membres du groupe majoritaire mais reposer sur une forme de conciliation entre les groupes, d'autant plus primordiale dans un contexte de crise.

Le 27 janvier 2021, la logique majoritaire reprend cependant rapidement le dessus, les groupes LREM et Modem mettant soudainement fin à la mission d'information lors d'une réunion à huis clos. Malgré les vives protestations des groupes d'opposition⁸⁷, la majorité estime qu'il n'est plus nécessaire de mobiliser cet outil du contrôle, le travail des commissions permanentes apparaissant suffisant⁸⁸. Ce coup d'arrêt brutal est d'autant plus surprenant, qu'à l'inverse, au Sénat, une mission

81 Rapport fait au nom de la commission d'enquête (1) pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la COVID-19 et de sa gestion, par M^{me} Catherine DEROCHE, M. Bernard JOMIER et M^{me} Sylvie VERMEILLET, *Doc. Sénat*, n° 199, 8 décembre 2020, p. 24.

82 En ne demandant, par exemple, pas la suppression des agences régionales de santé mais, à l'inverse, le renforcement de leur échelon départemental.

83 É. CIOTTI, in S. HECKETSWEILER, S. DE ROYER, « Commission d'enquête Covid-19 : les députés pointent les défaillances au sommet de l'État », art. cité.

84 Après avoir eu accès à des échanges de courriels, les sénateurs attestent d'une pression de la part de Jérôme Salomon à l'encontre du directeur de la Santé Publique France, François Bourdillon, afin qu'il fasse modifier un rapport qui avait été commandé à un expert (Rapport fait au nom de la commission d'enquête..., par M^{me} Catherine DEROCHE, M. Bernard JOMIER et M^{me} Sylvie VERMEILLET, *op. cit.*, p. 72).

85 G. CARCASSONNE, « La place de l'opposition : le syndrome français », *Pouvoirs*, 1998, n° 85, p. 77.

86 Voir en ce sens : B. LACOURIEUX, « Covid-19 : un deuxième rapport d'information source de discorde », *Le Monde*, Blog *Les Cuisines de l'Assemblée*, art. cité.

87 Le rapporteur Éric Ciotti évoque notamment « un coup de force institutionnel » (Compte Twitter).

88 Le Président de la mission d'information, Julien Borowczyk, a ainsi affirmé que « les commissions permanentes de l'Assemblée comme la commission des affaires sociales ou celle des affaires économiques peuvent aussi bien se saisir du sujet » (C. ARCHAMBAULT, « Pourquoi LREM a mis fin à la commission d'enquête de l'Assemblée sur la gestion de la crise », *L'Express*, 28 janvier 2021, en ligne [<https://www.lexpress.fr/>]).

commune d'information pour évaluer les effets des mesures prises ou envisagées en matière de confinement ou de restrictions d'activités a été instaurée la veille. À l'initiative du Président du Sénat, cette mission a un objectif large (sanitaire, financier, économique et social) et revêt un caractère prospectif inédit qui nécessite des moyens d'analyse et d'investigations que le Sénat ne possède pas toujours. C'est pourquoi il envisage « de faire appel à des prestataires extérieurs, publics ou privés, pour effectuer certains travaux »⁸⁹. Comme le souligne son Président, Bernard Jomier, cette carence des moyens de contrôle « renvoie à la question récurrente des moyens dont le Parlement dispose pour exercer des missions d'analyse indépendamment de l'exécutif »⁹⁰. Maintenir le contrôle parlementaire en temps de crise en ne disposant plus de moyens exceptionnels adaptés à l'ampleur de cette dernière constitue un véritable défi à la fois institutionnel et démocratique. En ce sens, à l'Assemblée nationale, le rapport Waserman envisage, en cas de nouvelle crise, de prolonger la durée des commissions d'enquêtes « au-delà de six mois par une disposition législative *ad hoc* »⁹¹. Cette prolongation est possible : le début de la crise ayant, par exemple, empêché la poursuite des travaux des commissions d'enquêtes préalables à la pandémie, l'article 22 de la loi d'urgence du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de COVID-19 a porté ce délai à huit mois pour les commissions déjà constituées, dont le rapport n'avait pas encore été déposé. À l'instar de la commission permanente belge, il pourrait donc être envisagé que les commissions d'enquête ne prennent fin qu'avec la levée de l'état d'urgence sanitaire.

Pour l'heure, tous les yeux sont tournés vers les travaux de la mission commune sénatoriale, qui se révéleront essentiels à double titre : d'une part, parce qu'ils mettront en lumière la capacité sénatoriale à dépasser les limites actuelles des moyens de contrôle du Parlement en période de crise lorsqu'une commission d'enquête a été achevée ; d'autre part, car, cette mission étant la seule formation spécifique sur cette question, l'efficacité du contrôle parlementaire dépendra, une nouvelle fois, essentiellement du travail mené par les sénateurs. Si l'emprise de la logique majoritaire sur le jeu institutionnel fragilise nécessairement le plein déploiement du contrôle parlementaire, celui-ci est également confronté à des tentatives de limitations croissantes par l'exécutif et le juge constitutionnel.

II. La multiplication des limites imposées au contrôle parlementaire

Les premières limites au contrôle parlementaire apparaissent, d'abord, dès l'élaboration du régime de l'état d'urgence sanitaire au sein des assemblées, *via* les restrictions imposées par le Gouvernement et sa majorité parlementaire au droit à l'information du Parlement. Celles-ci sont, par la suite, renforcées par le Conseil constitutionnel, qui censure l'obligation immédiate d'information des parlementaires, en l'assimilant à une « immixtion » des Chambres dans le processus d'exécution de la loi (A). Les secondes limites résultent, ensuite, directement de l'action du président de la

89 B. JOMIER, Comptes rendus de la MCI effets des mesures en matière de confinement, Réunion constitutive, 26 janvier 2021, [http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210125/mci_confinement.html].

90 B. JOMIER, *ibid.*

91 S. WASERMAN, in Rapport du groupe de travail chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de crise, *op. cit.*

République. Outre la prolifération des Conseils de Défense et de Sécurité nationale, qui fragilise l'étendue du contrôle parlementaire durant cette période, celui-ci est désormais concurrencé par un auto-contrôle inédit de l'exécutif (B).

A. La restriction forcée de l'information du Parlement

À l'instar des dispositions insérées en 2015 et en 2016⁹², après les attentats terroristes, dans la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, les parlementaires ont, de nouveau, souhaité renforcer leur contrôle dans le cadre de la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19. À l'origine, comme en 2015⁹³, le projet de loi déposé au Sénat ne contient pas de disposition spécifique au contrôle parlementaire. Sous l'impulsion du Président de la Commission des lois, Philippe Bas, un article 13 est ajouté en première lecture sous un nouveau titre intitulé « Le contrôle parlementaire ». Celui-ci prévoit qu'« à la demande de l'Assemblée nationale ou du Sénat, les autorités administratives communiquent toute mesure prise ou mise en œuvre en application de la présente loi » et que « L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire en ce qui concerne le contrôle et l'évaluation de ces mesures ainsi que les conséquences sanitaires de l'épidémie de COVID-19 ». Si cette rédaction est conservée à l'issue des travaux de la commission des lois de l'Assemblée nationale⁹⁴, elle est, finalement, largement remaniée en séance publique⁹⁵, par un amendement gouvernemental, puis en commission mixte paritaire⁹⁶.

92 En 2015, lors de l'élaboration de la loi prorogeant l'état d'urgence, un amendement du rapporteur Jean-Jacques Urvoas avait introduit un article précisant que « L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement pendant l'état d'urgence. Ils peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures » (article 4 de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions). Par la suite, en 2016, lors de la quatrième prorogation de cet état d'urgence, le Président de la Commission des lois, Dominique Raimbourg, a proposé l'adjonction suivante : « Les autorités administratives leur transmettent sans délai copie de tous les actes qu'elles prennent en application de la présente loi » (article 2 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste). Si dans le premier cas le Gouvernement s'était montré favorable à la modification apportée, tel ne fut pas le cas lors de la seconde. Voir en ce sens : P. JENSEL-MONGE et A. DE MONTIS, « Le Parlement français et la lutte contre le terrorisme : une atténuation du déséquilibre institutionnel de la Vème République », in O. BALLER (dir.), *Violent Conflicts, Crisis, State of Emergency, Peacebuilding*, Berlin, BWV, 2019, p. 107-129.

93 Le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, présenté au nom de Manuel Valls par Bernard Cazeneuve était, en effet, également silencieux sur cet aspect.

94 Cette rédaction a été adoptée sans modification, celle-ci ayant été très bien accueillie par les députés. Par exemple, Delphine Batho a affirmé : « Je comprends que la rapporteure est favorable aux dispositions de l'article 13. À l'initiative du Sénat, ce dernier met en place un véritable contrôle parlementaire de la loi dont nous débattons » (Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur les projets de loi, organique et ordinaire, adoptés par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 (n° 2762 et 2763), par M^{me} Marie GUÉVENOUX, *Doc. AN*, n° 2764 et 2765, p. 131).

95 Les modifications apportées ont suscité de vives réactions de la part des députés membres des groupes d'opposition en particulier (JOAN, *Débats*, 2^e séance du samedi 21 mars 2020, p. 2591 et s.).

96 *In fine*, l'article L 3131-13 de la loi indique que « L'Assemblée nationale et le Sénat sont informés sans délai des mesures prises par le Gouvernement au titre de l'état d'urgence sanitaire. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent requérir toute information complémentaire dans le cadre du contrôle et de l'évaluation de ces mesures ».

Parmi les changements opérés, l'initiative n'émane plus des Chambres⁹⁷ et la référence aux autorités administratives a disparu. Seules les mesures réglementaires sont concernées par l'obligation d'information au Parlement, les ordonnances et les mesures individuelles en sont, par conséquent, exclues⁹⁸. Néanmoins, ces mesures réglementaires font déjà l'objet d'une publication au *Journal officiel de la République française*. Dans ce cas, comme le souligne Delphine Batho, « il n'est pas question de contrôle parlementaire »⁹⁹. Par ailleurs, au-delà du symbole, en déplaçant la disposition sous le Titre I^{er} consacré à l'état d'urgence sanitaire, et non plus sous le Titre IV consacré au contrôle parlementaire, l'objectif du Gouvernement est « de resserrer le champ du contrôle parlementaire renforcé aux seules mesures relevant *stricto sensu* de l'état d'urgence sanitaire »¹⁰⁰. Alors que le Sénat défendait une perception globale de l'état d'urgence sanitaire impliquant un contrôle parlementaire intensifié « y compris sur les dispositions qui ne relèvent pas de l'état d'urgence sanitaire »¹⁰¹ – incluant notamment toute la dimension économique et sociale de la crise –, le Gouvernement et sa majorité ont limité l'exercice du contrôle renforcé aux seules mesures prises pour endiguer la crise sanitaire.

L'objectif du Gouvernement est donc clairement d'empêcher la consécration effective d'un contrôle parlementaire exceptionnel dans la lignée de celui prévu par la loi du 3 avril 1955. Alors même que, lors de l'établissement du nouveau régime d'exception, l'exécutif a prétendu s'inspirer de cette dernière, en matière de contrôle, le parallèle avec cette loi est catégoriquement refusé¹⁰². Parmi les arguments avancés par la majorité, le plus surprenant est sans doute celui qui « conduit à réduire la perception du Parlement à une autorité normative »¹⁰³. Plaidant pour la suppression du fameux article 13 introduit par les sénateurs, le ministre de l'Intérieur, Christophe Castaner, affirme que « l'article 38 de la Constitution fixe très clairement les rôles respectifs du Gouvernement et

97 La locution « à la demande des assemblées » a été remplacée par l'expression « sont informés sans délai », reprenant ainsi la formulation de l'article 4-1 de la loi du 3 avril 1955. L'énoncé initial avait pourtant été prévu par les sénateurs afin d'éviter « d'être submergés » dans leur mission de contrôle (P. BAS, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi (procédure accélérée) d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 et sur le projet de loi organique (procédure accélérée) d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, par M. Philippe BAS, *Doc. Sénat*, n° 381, du 19 mars 2020, p. 65).

98 Selon la rapporteure, Marie Guévenoux, qui s'était jusqu'alors montrée favorable à la modification sénatoriale, « L'état d'urgence sanitaire nécessite, en effet, un contrôle parlementaire renforcé, contrairement au reste des dispositions du projet de loi, renvoyées aux ordonnances, qui doivent faire l'objet d'un contrôle parlementaire classique » (*JOAN, Débats*, 2^e séance du samedi 21 mars 2020, p. 2592).

99 *JOAN, Débats, ibid.* Le Gouvernement estime, à ce titre, que le contrôle du Parlement risque de freiner, voire d'empêcher, l'efficacité gouvernementale en cette période de crise sanitaire : « L'article 13 adopté par le Sénat et maintenu par votre commission prévoit que l'ensemble des mesures d'application du projet de loi sont soumises à ce contrôle. Or le texte prévoit quarante-trois habilitations, dont une vingtaine seront délibérées en conseil des ministres dès la semaine prochaine. En effet, nous ne pouvons pas attendre et l'efficacité requise suppose que l'administration puisse s'y consacrer à temps plein » (C. CASTANER, *JOAN, Débats*, 3^e séance du samedi 21 mars 2020, p. 2666).

100 M. FESNEAU *JOAN, Débats*, 2^e séance du samedi 21 mars 2020, p. 2592.

101 *JO Sénat, Débats*, séance du 19 mars 2020, p. 2514.

102 La rapporteure, Marie Guévenoux, a ainsi affirmé : « on ne peut pas comparer l'état d'urgence sanitaire à l'état d'urgence défini dans la loi de 1955. En effet, les mesures restrictives de liberté contenues dans la loi de 1955 sont individuelles, là où l'état d'urgence sanitaire n'implique que des mesures, certes restrictives de liberté, mais générales, dans le but de protéger la population » (*JOAN, Débats*, 2^e séance du samedi 21 mars 2020, p. 2592).

103 M. ALTWEGG-BOUSSAC, « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme*, avril 2020, p. 8.

du Parlement dans le processus d'habilitation à légiférer par ordonnances et de ratification de ces dernières. À ce titre, le contrôle prévu par l'article 13 semble porteur d'une contradiction avec les dispositions de l'article 38 de la Constitution et pourrait être source de confusion voire présenter un risque juridique »¹⁰⁴. Autrement dit, la transmission d'informations au Parlement serait contraire à l'article 38 de la Constitution (qui permet l'articulation des compétences législative et réglementaire dans le cadre de la procédure des ordonnances) et correspond, de la sorte, à une immixtion dans la compétence réglementaire¹⁰⁵. Ce raisonnement reprend, en réalité, celui avancé par le Conseil d'État dans son avis du 18 mars 2020, portant sur le projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, lorsqu'il avait proposé « de supprimer la disposition imposant au Gouvernement la transmission d'informations relatives à la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire car elle constitue une injonction du Parlement au Gouvernement et ne relève pas du domaine de la loi »¹⁰⁶. Comme le souligne Manon Altwegg-Boussac, l'objet du contrôle parlementaire est ici confondu avec le domaine de compétence du Parlement¹⁰⁷. Le contrôle parlementaire de l'action gouvernementale ne se limite (heureusement) pas au domaine de la loi et ne présente aucun « risque juridique ». Alors que la transmission d'informations est perçue comme une injonction, celle-ci ne constitue, en réalité, qu'un moyen naturel de garantir la permanence d'un contrôle parlementaire efficace en période de crise. L'interprétation retenue assimile le Parlement à une « pure autorité normative, qui exerce sa compétence matériellement délimitée, mais qui ne fait pas la loi, puisqu'elle en délègue l'exercice à l'exécutif »¹⁰⁸.

Cette étonnante assimilation est, ensuite, reprise (voire exagérée) par le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative à la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, le 11 mai 2020¹⁰⁹. Introduite, cette fois, à l'Assemblée nationale¹¹⁰, contre l'avis de la rapporteure, une disposition prévoyait la transmission immédiate aux Chambres d'une copie de chacun des actes pris aux fins de lutte contre l'épidémie de COVID-19. Après avoir souligné, de façon inédite, que cette consécration garantit l'information du Parlement conformément à sa mission de contrôle de l'action du Gouvernement et d'évaluation des politiques publiques, le juge considère, ensuite, qu'« en prévoyant une transmission immédiate à l'Assemblée nationale et au Sénat d'une copie de chacun des actes pris en application de l'article 11 de la loi déferée, le législateur, compte tenu du nombre d'actes en cause

104 JOAN, *Débats*, 3^e séance du samedi 21 mars 2020, p. 2666.

105 M. ALTWEGG-BOUSSAC, « “Un mal qui répand la terreur” : l'information du Parlement », *Blog Jus Politicum*, 18 mai 2020.

106 Conseil d'État, Avis sur un projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, n° 399873, séance du mercredi 18 mars 2020, p. 4.

107 M. ALTWEGG-BOUSSAC, « “Un mal qui répand la terreur” : l'information du Parlement », art. cité.

108 M. ALTWEGG-BOUSSAC, « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », art. cité, p. 9.

109 CC, déc. n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, JORF n° 0116 du 12 mai 2020, texte n° 2. Le commentaire de la décision cite d'ailleurs expressément l'avis du Conseil d'État du 18 mars 2020 (Commentaire, déc. n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, p. 26). En l'espèce, le juge constitutionnel a statué en moins de 48 heures.

110 Par les députés Sacha Houlié (amendement CL 12) et Cécile Untermaier (amendement CL 11) (Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions (n° 2902), par M^{me} Marie GUÉVENOUX, *Doc. AN*, n° 2905, 7 mai 2020, p. 182-183).

et de la nature des données en jeu, a méconnu le principe de séparation des pouvoirs et les articles 20 et 21 de la Constitution »¹¹¹. Ce faisant, si, pour le Conseil, il est loisible au législateur de prévoir la transmission d'informations par le Gouvernement au Parlement d'actes et de documents nécessaires au contrôle de l'exécution de la loi, celui-ci doit, toutefois, respecter les exigences constitutionnelles définissant les prérogatives de l'exécutif¹¹². Dès lors que le paragraphe IX de l'article 11 imposait à certaines autorités une transmission immédiate, celui-ci ne répondait plus à l'exercice de la fonction de contrôle du Parlement mais créait un empiètement direct sur les prérogatives des autorités constitutionnellement chargées d'exécuter la loi (sur les compétences générales du Gouvernement et, plus particulièrement, sur le pouvoir d'exécution des lois confié au Premier ministre¹¹³). Le juge assimile donc l'obligation immédiate d'information du Parlement à « une immixtion des assemblées parlementaires dans le processus même d'exécution de la loi »¹¹⁴. Pour éviter d'avoir à censurer tout dispositif similaire d'information aux assemblées, le juge se réfère au « nombre d'actes en cause » (ne serait-ce justement pas une raison supplémentaire imposant un contrôle poussé ?) et à « la nature des données en jeu » (l'argument avancé est celui du caractère particulièrement sensible des données de santé), le conduisant à estimer que la disposition en cause va « bien au-delà d'un contrôle *ex post* de l'action gouvernementale »¹¹⁵. Si de tels éléments peinent à convaincre, le juge semble surtout oublier qu'il ne s'agit que d'une adaptation de l'exercice du contrôle à la crise sanitaire et au transfert de prérogatives accordé à l'exécutif, en particulier au vu de l'ampleur et de la portée des mesures adoptées par ce dernier. Il apparaît, d'ailleurs, paradoxal, qu'en cas de violation manifeste et avérée de l'article 46 de la Constitution¹¹⁶ (au détriment des droits des parlementaires et, plus largement, du Parlement), le Conseil constitutionnel n'hésite pas à se référer aux « circonstances particulières de l'espèce »¹¹⁷ mais, qu'en l'occurrence, il n'ait pas jugé opportun de le faire ou, à tout le moins, qu'il n'ait pas préféré formuler une réserve d'interprétation. D'un côté, le juge semble autoriser la création d'un état d'exception et, de l'autre, il exerce (curieusement) un contrôle normal sur les dispositions législatives intervenues dans ce cadre précis¹¹⁸. S'il n'est pas nouveau que le juge constitutionnel est généralement porté vers la protection de l'exécutif, sa décision empêche, ici, la consécration d'un contrôle étroit des mesures adoptées et appliquées par l'exécutif « en temps de crise qui, par définition, comportent des limitations des droits et des libertés »¹¹⁹.

111 CC, déc. n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, *op. cit.*, cons. 82.

112 Commentaire, déc. n° 2020-800 DC, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*, p. 27.

113 Commentaire, *ibid.*

114 Commentaire, *ibid.*, p. 28.

115 Commentaire, *ibid.*

116 L'article 46 de la Constitution française prévoit un délai de 15 jours entre le dépôt et l'examen par la première assemblée saisie d'un projet ou d'une proposition de loi organique lorsque la procédure accélérée a été engagée. Ce délai n'a pas été respecté lors de l'élaboration de la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19.

117 CC, déc. n° 2020-799 DC, *Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19*, *JORF* n° 0078, du 31 mars 2020, texte n° 5, cons. 3.

118 A. BACHERT-PERRETTI, X. MAGNON, T.-S. RENOUX, A. VIDAL-NAQUET, « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2020/4, n° 124, p. 934.

119 Jean-Jacques URVOAS, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 3225), après engagement de la procédure accélérée, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, par M. Jean-Jacques URVOAS, *Doc. AN*, n° 3237, 19 novembre 2015, p. 28.

Dès lors, l'objectif recherché est d'empêcher le Parlement de gêner l'exécutif dans sa gestion de la crise sanitaire, quitte à détricoter les quelques dispositions consacrant un contrôle renforcé, adapté aux circonstances. Fort heureusement, comme démontré précédemment, en matière de contrôle, seul l'investissement des parlementaires est réellement déterminant. La consécration (ou non) d'une information parlementaire spécifique à la crise n'empêche pas les élus de mener à bien leur mission de contrôle. Si, *in fine*, ces mots n'ont que peu d'incidence sur l'exercice effectif de leur mission, ils disent cependant « beaucoup sur la conception du rôle du Parlement »¹²⁰. Constamment mis à mal, ce dernier est également fragilisé par des tentatives d'affaiblissement provenant du président de la République.

B. Les tentatives croissantes d'affaiblissement du contrôle parlementaire par le président de la République

En période de crise sanitaire, l'action du président de la République a tendance à fragiliser l'étendue et la portée du contrôle parlementaire. D'une part, l'importance croissante des Conseils de Défense et de Sécurité nationale (CDSN) depuis le début de la crise sanitaire tend à freiner le bon déroulement du contrôle parlementaire. Alors que les origines de cet « organe politique de niveau gouvernemental »¹²¹ sont anciennes¹²², ses compétences sont énumérées par le décret du 24 décembre 2009¹²³. Sous plusieurs aspects, le CDSN apparaît comme une instance concurrente au Conseil des ministres¹²⁴, en particulier parce que le premier se tient systématiquement avant le second, qui ne s'apparente alors qu'à une « chambre d'enregistrement »¹²⁵ d'actes prédéterminés et ne conserve qu'un rôle formel. Dans sa formation plénière, le CDSN – dont les membres sont tenus au secret-défense – comprend le Premier ministre, les ministres de la défense, de l'intérieur, de l'économie, du budget et des affaires étrangères, et, bien entendu, le chef de l'État qui le préside. Selon sa volonté, ce dernier peut convoquer d'autres ministres (le ministre de la santé les rejoint logiquement en cette période) et « toute personnalité en raison de sa compétence »¹²⁶ (il s'agit essentiellement de

120 M. ALTWEGG-BOUSSAC, « La fin des apparences. À propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire », art. cité, p. 9.

121 « Qu'est-ce que le Conseil de défense et de sécurité nationale ? », *Vie publique*, en ligne [<https://www.vie-publique.fr/>].

122 Le Conseil de Défense a été créé par un décret du 4 avril 1906 dans l'objectif de coordonner les activités de la défense nationale. Sous la V^e République, il en résulte les « conseils et comités supérieurs de la défense nationale » (article 15 Constitution) et, à partir de 1986, pour lutter contre le terrorisme, les conseils de sécurité intérieure. À la suite du Livre blanc de la défense et de la sécurité nationale de 2008, tous les conseils traitant de défense, de sécurité intérieure et de crises extérieures sont fusionnés au sein du Conseil de défense et de sécurité nationale.

123 L'article R 1122-1 du Code de la défense énumère ainsi l'étendue de ses compétences : « Le conseil de défense et de sécurité nationale définit les orientations en matière de programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures, de planification des réponses aux crises majeures, de renseignement, de sécurité économique et énergétique, de programmation de sécurité intérieure concourant à la sécurité nationale et de lutte contre le terrorisme. Il en fixe les priorités ».

124 L'ironie de l'ancien ministre du Travail et de la Santé, Xavier Bertrand, lors de son audition par la commission d'enquête sénatoriale, l'illustre parfaitement : « Le Haut conseil de défense, c'est ce qui est en train de remplacer le Conseil des ministres, en ce moment, c'est ça ? » (Audition du 22 septembre 2020). Cette concurrence apparaît jusqu'au lieu même de réunion, qui se fait désormais dans le salon Murat, lieu habituel de tenue du Conseil des ministres.

125 L. MARIN, « Covid-19 : Le Conseil de défense, où se décide la gestion de crise, est prisé par Emmanuel Macron et décrié par l'opposition », *Le Monde*, 11 novembre 2020.

126 Article R 1122-4 du Code de la défense.

hauts-fonctionnaires et d'officiers supérieurs, selon les besoins). Dans sa formation restreinte, sa composition est fixée par le Président en fonction des points figurant à l'ordre du jour. La convocation et la composition de cet organe sont donc à la discrétion du président de la République qui use de cette souplesse organique pour conduire à une prise de décision simplifiée et rapide¹²⁷.

Dès 2015¹²⁸, l'activité du CDSN s'est intensifiée – en particulier à la suite des attentats terroristes – et, depuis le début de la crise sanitaire, ses réunions se multiplient, faisant, à ce titre, l'objet de nombreux questionnements¹²⁹. La prolifération des Conseils de Défense fragilise doublement l'étendue du contrôle parlementaire en période de crise sanitaire. En premier lieu, dès lors que le président de la République – irresponsable politiquement – dirige et organise les Conseils de Défense, il y a une dissociation assumée entre la gestion de la crise sanitaire et le principe de responsabilité : la responsabilité politique du Gouvernement et de son Premier ministre apparaît, de la sorte, « de plus en plus théorique »¹³⁰, voire complètement éludée¹³¹, tout comme la perspective que ces derniers rendent des comptes à la représentation nationale. En effet, en second lieu, à l'issue de chaque Conseil de Défense, le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale (SGDSN) élabore un relevé de décisions confidentiel, à la différence du Conseil des ministres, qui suppose, quant à lui, la rédaction de comptes rendus publics des délibérations par le Secrétaire général du Gouvernement. L'absence de formalisation de l'activité du CDSN et celle d'enregistrement ministériel de certaines de ses décisions autonomes font que les décisions prises au sein de cet organe échappent globalement au contrôle parlementaire¹³².

D'autre part, le 25 juin 2020, malgré les vives protestations des parlementaires (en particulier d'opposition), le président de la République crée une Mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise COVID-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques, devant lui « rendre compte régulièrement de l'avancée de ses travaux » et lui remettre deux rapports. Présidée par Didier Pittet et composée de quatre autres membres nommés discrétionnairement par le chef de

127 Comme le souligne Phillipe Bas, il arrive que le CDSN serve parfois aussi « plus pour des besoins de communication que d'impératifs liés à la crise sanitaire, afin de signifier la gravité bien réelle de la situation », les personnes siégeant au sein de ce Conseil ne présentant pas toujours un lien évident avec les considérations sanitaires (P. BAS, in L. ÉQUY, « Secret, concentration des pouvoirs : le Conseil de défense suscite la défiance », *Libération*, 9 novembre 2020).

128 Alors qu'il se réunissait deux ou trois fois par an, dès les attentats du 13 novembre 2015, le président de la République, François Hollande, décide d'en accélérer la fréquence, et plus encore après les attentats de Nice, en juillet 2016, à la suite desquels le Président a souhaité une tenue hebdomadaire du Conseil. En 2015, le CDSN s'est réuni à 10 reprises, puis 32 fois en 2016 et 42 fois en 2017 (Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale, Rapport d'activité, 2017, p. 13).

129 Voir notamment : T. DESMOULINS, « Le Conseil de défense : notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire », *Blog Jus Politicum*, 13 novembre 2020 ; L. ÉQUY, « Secret, concentration des pouvoirs : le Conseil de défense suscite la défiance », art. cité ; T. MULIER, « La crise du Covid-19, reflet des anomalies du fonctionnement de la V^e République », *Blog Jus Politicum*, 11 juin 2020. La problématique apparaît d'autant plus importante que les sujets traités au sein du CDSN sont de plus en plus variés (terrorisme, questions sanitaires, écologie ou économie).

130 P. ADAM, *JOAN, Débats*, 1^{re} séance du 8 juin 2009, p. 5001.

131 Ce constat n'aggrave pas pour autant le déséquilibre institutionnel mais ne fait, en réalité, que traduire la prédominance d'un système de gouvernement effectif à *captation présidentielle* (A. LE DIVELLE, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », art. cité, p. 29-30). En outre, l'article L 1131-1 du Code de la défense précise bien que le Premier ministre « dirige l'action du Gouvernement en matière de sécurité nationale ».

132 T. DESMOULINS, « La formalisation du présidentielisme sous la V^e République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », *Jus Politicum*, 2021, n° 25, p. 248-249. Comme le précise l'auteur, « La forme juridique de ces décisions arrêtées en Conseil demeure en effet textuellement indéterminée et leur étude nécessite de s'en remettre à l'étude de la jurisprudence, qui en est parfois saisie *a posteriori* dans ses domaines de compétence » (*ibid.*).

l'État¹³³, celle-ci a vocation à analyser la réponse gouvernementale à la crise sanitaire, notamment dans une perspective comparée et interdisciplinaire. Plus clairement, cette mission s'apparente à une sorte de commission d'enquête ou, à tout le moins, de mission d'information installée par l'Élysée pour contrôler sa propre action et celle de son Gouvernement. Inédit, l'auto-contrôle par l'exécutif concurrence directement le contrôle parlementaire. Il apparaît, par essence, contre-nature dans un régime parlementaire et bouleverse complètement le jeu institutionnel. Par ailleurs, cette situation est d'autant plus problématique que le contrôle parlementaire a été limité à une perception très restreinte de l'état d'urgence sanitaire, tandis que cette mission retient, à l'inverse, un périmètre étendu comprenant les questions sanitaires mais aussi économiques et sociales de la crise. Ses prérogatives sont larges : la mission peut « auditionner autant que nécessaire l'ensemble des parties prenantes à la gestion de la crise, en France et à l'étranger » – sans aucune publicité – et « effectuer des déplacements sur le terrain »¹³⁴. Rien n'est cependant précisé quant au budget qui lui est assigné.

Par ailleurs, l'utilité de cette mission doit être interrogée dans la mesure où le rapport d'étape de la mission indépendante, publié le 13 octobre 2020, présentant la méthodologie d'analyse et ses premiers constats, fait état de conclusions globalement concordantes avec les rapports établis par les Chambres¹³⁵. La mission identifie notamment « des défauts manifestes d'anticipation, de préparation et de gestion »¹³⁶ et évoque des « insuffisances graves »¹³⁷, levant, en outre, au moins pour ce rapport, le soupçon de sa partialité à l'égard de l'exécutif et confirmant l'objectivité du travail des parlementaires. Certains extraits du rapport d'étape sont même repris par le rapport sénatorial pour appuyer plusieurs de ses conclusions¹³⁸. La redondance des arguments et de la plupart des déductions questionne donc sur la véritable nécessité de cette mission. L'objectif même de la mission ne diffère guère de celui poursuivi par les instances parlementaires : dans les deux cas, il s'agit d'évaluer la gestion de la crise et d'émettre des propositions en vue d'anticiper les risques que présenterait l'apparition d'une nouvelle pandémie. En réalité, cette instance « objective »¹³⁹ a été instaurée par le président de la République comme un contre-feu, en vue de se prémunir des éventuelles conclusions et des potentielles accusations que les rapports parlementaires aux mains des groupes d'opposition étaient susceptibles de contenir. Le but était de réduire la portée, quelle qu'elle soit, du contrôle parlementaire. Hasard du calendrier ou fin calcul politique, la date de remise du rapport final de la

133 La mission comprend également Raoul BRIET, ancien président de chambre de la Cour des comptes, Laurence BOONE, chef économiste de l'OCDE, Anne-Marie MOULIN, directrice de recherche émérite au CNRS, et Pierre PARNEIX, médecin de santé publique au CHU de Bordeaux.

134 Lettre de mission du président de la République au Professeur Didier PITTET, Paris, 25 juin 2020.

135 Notamment à propos de la pénurie de masques, des tests et de l'organisation interne du Gouvernement.

136 Rapport d'étape de la Mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise COVID-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques, 13 octobre 2020, p. 26.

137 Rapport d'étape..., *ibid.*, p. 32.

138 Rapport fait au nom de la commission d'enquête (1) pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la COVID-19 et de sa gestion, *op. cit.*, p. 109 ; 187 ; 269 ; 287 ; 342 ; 368.

139 Lettre de mission du président de la République au Professeur Didier PITTET, *op. cit.*

Mission au chef de l'État est identique à celle de la remise des rapports de la mission d'information des députés et de la commission d'enquête sénatoriale¹⁴⁰.

Ce faisant, en période de crise sanitaire, l'exécutif tend à se positionner en concurrent du Parlement sur la scène institutionnelle. La manière dont le président de la République envisage le contrôle parlementaire ressort, d'ailleurs, particulièrement dans sa lettre de mission à Didier Pittet, lorsqu'il affirme que cette mission permettra « à chaque Français d'avoir accès à une information transparente, complète, et lucide qui rappelle les faits, les remette en perspective et élabore des propositions », comme si le travail parlementaire ne pouvait répondre à cette description¹⁴¹. L'ironie présidentielle est poussée jusqu'à affirmer que l'institution de cette Mission permettra un renforcement de la confiance des Français envers leurs institutions¹⁴². Le travail de sape ainsi mené par l'exécutif à l'encontre de l'exercice de l'une des missions essentielles du Parlement semble, paradoxalement, tout à fait contradictoire avec une telle volonté.

Une nouvelle fois, l'attitude de l'exécutif fait état d'une conception dégradée et dégradante du Parlement français. Si la méthode est inédite, ce n'est cependant pas la première (ni la dernière) fois que l'exécutif cherche à limiter la portée du contrôle parlementaire. La crise sanitaire est, sans conteste, révélatrice des failles du système institutionnel. Elle met, plus que jamais, en lumière la spécificité du régime de gouvernement français à « captation présidentielle » et la prévalence d'une logique de « parlementarisme négatif » en son sein¹⁴³. Cette période illustre également – s'il le fallait encore – le rôle déterminant des groupes d'opposition parlementaire et l'importance du bicamérisme. Surtout, malgré les multiples freins imposés aux assemblées, la crise démontre à quel point les parlementaires s'investissent pleinement et parviennent à mener à bien leur mission de contrôle. Les ressorts du Parlement français lui permettent de s'adapter aux circonstances sanitaires et aux embûches extérieures. C'est d'ailleurs l'une des spécificités de la fonction de contrôle qui, sous la V^e République, peut aisément se déployer, car le Parlement dispose de toutes les ressources nécessaires « pour surmonter ces obstacles sans encourir la moindre sanction »¹⁴⁴. En la matière, les Chambres détiennent une grande liberté d'organisation et d'action qui leur permet de résister aux tentatives de l'exécutif et de sa majorité, d'autant plus que ces dernières ne sont, elles-mêmes, pas soumises à un véritable contrôle. Dès lors, en période de crise, la célèbre affirmation de Guy Carcassonne, selon lequel « ce qui manque au Parlement, ce ne sont pas des pouvoirs, mais plutôt des parlementaires pour les exercer »¹⁴⁵, trouve une exception manifeste.

140 S'il était initialement prévu que le rapport de la Mission soit remis au président de la République au mois de décembre 2020, celui-ci a finalement été remis en mars 2021 et rendu public en mai 2021. Contrairement au rapport d'étape, ce rapport final se veut nettement plus indulgent avec l'exécutif en place, les manquements de ce dernier n'étant évoqués qu'avec parcimonie.

141 Il est, à ce propos, difficile de ne pas opérer un parallèle avec le vocabulaire mobilisé par le Président du Sénat, Gérard Larcher, pour justifier la création de la commission d'enquête sénatoriale évoquée *supra* : cette commission a pour objectif de fournir une « analyse approfondie, lucide, rigoureuse, objective » (G. LARCHER, *Exposé des motifs de la Proposition de résolution...*, *op. cit.*).

142 Lettre de mission du président de la République au Professeur Didier PITTET, *op. cit.*

143 A. LE DIVELEC, « Vers la fin du "parlementarisme négatif" à la française ? », art. cité.

144 É. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », art. cité, p. 72.

145 G. CARCASSONNE, *Le Point*, 20 septembre 1997.

QUELLE PLACE POUR LES CITOYENS DANS LE CONTRÔLE DES MESURES PRISES DURANT LA CRISE SANITAIRE ?

Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI¹

En octobre 2020, une émission de France Culture, intitulée « Le Temps du débat », posait la question suivante : « La démocratie souffre-t-elle du Coronavirus ? »². Que ce soit en France ou ailleurs, le fonctionnement « normal » de nos systèmes démocratiques a été mis entre parenthèses pour une durée indéterminée. Au nom du caractère exceptionnel de la situation, et de la nécessité d'y répondre dans l'urgence, de manière efficace et ajustée au jour le jour, la fonction démocratique des parlements est passée au second plan au détriment du contrôle de mesures très contraignantes décidées par l'exécutif à la lumière de conseils prodigués par des experts choisis. Les mesures prises dans l'urgence et motivées par la « crise sanitaire » se sont multipliées. La restriction des libertés et le contournement d'un processus normal de prise de décision ont été justifiés par la gravité de la situation. Dans ce contexte, s'interroger sur le rôle des citoyens dans le contrôle des mesures prises durant la crise peut sembler très accessoire. L'exercice du contrôle parlementaire n'ayant pas pu s'exercer correctement, au moins durant la première période de confinement, il semble encore plus improbable qu'une place soit accordée aux citoyens pour procéder directement au contrôle des décisions adoptées pour répondre à la crise sanitaire mais également pour débattre, contester voire censurer ces dernières. Or, le contrôle des citoyens sur le fonctionnement des institutions et sur les mesures prises est le propre d'une démocratie. Cette dernière suppose, d'un côté, que s'établisse une relation de confiance entre les gouvernés et les gouvernants et, d'un autre côté, qu'une certaine attention soit portée par les citoyens sur les décisions qui sont prises en leur nom. Cette surveillance des citoyens sur les actions des gouvernants ne doit pas être resserrée au point de rendre le gouvernement impossible. Elle doit néanmoins être présente et elle est d'autant plus nécessaire que les mesures prises ont pour effet de réduire voire de suspendre l'exercice de certains droits et libertés. Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère rappellent ainsi que : « Toute suspension des libertés doit être soumise au contrôle, non seulement des procédures et des règles de droit qui l'autorisent, mais aussi de la délibération collective qui ne doit pas cesser d'en examiner la légitimité »³. Cette vigilance est d'autant plus facile à exercer qu'elle repose sur la prévisibilité du droit. Or, la crise

1 Directrice de recherche au CNRS et directrice de l'UMR 7318 DICE, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France.

2 [<https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/le-temps-du-debat/notre-democratie-souffre-t-elle-du-coronavirus-8444370>] (consulté le 4 juillet 2022).

3 D. FASSIN *et alii*, « La démocratie à l'épreuve de l'épidémie », *Esprit*, 2020/10, p. 83.

sanitaire du COVID 19 a mis en lumière la difficulté à répondre à cette exigence. Les mesures prises ont évolué fréquemment, leurs justifications se sont parfois révélées contradictoires (notamment en ce qui concerne le port du masque), leur durée a été régulièrement adaptée à la situation sans que personne ne puisse prévoir le moment d'un « retour à la normale ». Deux années plus tard, des dispositions restrictives des libertés (port du masque, tests PCR, pass sanitaire) étaient encore en vigueur. Le droit à la confiance légitime envers les gouvernants quant aux décisions prises a donc été fragilisé car les mesures adoptées se sont elles-mêmes révélées dépendantes de l'évolution d'une situation sanitaire fluctuante. Toutefois, malgré cet écueil important, dans un tel contexte la vigilance citoyenne peut être facilitée par un effort de transparence concernant les décisions prises et par la motivation des choix sur lesquels elles reposent. De ce point de vue, les communiqués réguliers (hebdomadaires ou parfois quotidiens) y ont participé, permettant aux citoyens d'exercer une surveillance le plus souvent passive mais continue. Les données régulièrement mises à jour figurant sur l'application COVID, les chiffres communiqués aux médias, les prises de parole du Président, du Premier ministre, des ministres et secrétaires d'État ont été une façon de rendre des comptes et d'entretenir, par un lien direct, la confiance des citoyens. Cela n'a pas empêché les atermoiements, contradictions, hésitations sans pouvoir se faire une idée de l'ensemble des enjeux pris en considération par le Gouvernement pour aboutir aux décisions prises. Toutefois, au-delà de cet effort de communication, répondant à l'exigence de rendre des comptes aux citoyens, la question de savoir si les outils habituels dont disposent ces derniers pour contrôler les actions des gouvernants sont mobilisables se pose. Et le cas échéant, l'ont-ils été ?

En France, les actions en justice exercées devant les juridictions administratives, judiciaires, constitutionnelle, européennes, ou encore devant la Cour de justice de la République pour mettre en cause la responsabilité des ministres, ont sans doute été le moyen le plus efficace dont les citoyens disposaient pour opérer leur contrôle sur les décisions adoptées durant la crise sanitaire. Toutefois, les juridictions administratives et constitutionnelles en particulier ont elles-mêmes fait l'objet de critiques pour avoir fait « preuve de compréhension » à l'égard des procédures suivies (ou non) et des mesures adoptées au regard de la situation sanitaire exceptionnelle⁴. Par ailleurs, si la suspension de mesures est possible, par le biais des procédures de référé devant les juridictions administratives, les décisions tranchant l'affaire au fond peuvent prendre beaucoup de temps. En attendant que les juridictions se prononcent, la crise peut cesser, la situation redevient normale et la contestation a moins d'intérêt sauf pour réfléchir, à plus long terme, aux moyens d'adapter le contrôle citoyen à une autre crise de l'ampleur de celle du COVID 19. À cet égard, et en raison de ses délais exceptionnellement brefs en matière de contentieux constitutionnel, la QPC française a pu constituer un atout pour les citoyens⁵.

4 Voir notamment L. VATNA, « Le juge administratif et la crise de la covid-19 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 octobre 2020, consulté le 29 juillet 2022 ; J.-P. DEROSIER, E. CARTIER, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », *Titre VII*, 2020/2, n° 5, p. 99 ; D. BOMPOINT, « Passe sanitaire : “N'attendons rien du Conseil constitutionnel” », *Lefigaro.fr*, 16.07.2021.

5 Malgré la possibilité pour les juridictions du fond et les juridictions suprêmes de filtrer les QPC et de ne pas reconnaître de caractère sérieux à la question soulevée, plusieurs QPC sont parvenues au Conseil constitutionnel et certaines ont donné lieu à des censures : voir notamment, décisions n° 2020-836 QPC du 30 avril 2020, *M. Maxime O.*, (Utilisation de la visioconférence sans accord du détenu dans le cadre d'audiences relatives au contentieux de la détention provisoire II) ; n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021, *M. Krzysztof B.*, (Utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire), n° 2020-878/879 QPC du 29 janvier 2021, *M. Ion Andronic R. et autre* (prolongation de plein droit des détentions provisoires dans un contexte d'urgence sanitaire).

Cette question étant abordée spécifiquement dans un autre chapitre de cet ouvrage, cette recherche s'est concentrée sur d'autres modalités de contrôle exercées plus directement par les citoyens en France et à l'étranger. En effet, l'action en justice ne permet pas aux citoyens de contrôler eux-mêmes les actes litigieux mais de saisir une autorité juridictionnelle, après avoir demandé l'abrogation de l'acte, pour exercer un tel contrôle. Il apparaît toutefois que la période d'urgence sanitaire, qui devrait appeler une vigilance supplémentaire de la part des citoyens, n'a pas été propice, du moins en France, à l'exercice d'un contrôle par les citoyens autrement que par le biais du recours juridictionnel. Même à l'étranger, dans un certain nombre d'États dans lesquels la participation citoyenne est plus développée, les moyens à la disposition des citoyens, pour déclencher un contrôle des mesures prises dans l'urgence et évoluant rapidement, sont peu nombreux.

En effet, si des mécanismes de contrôles existent, leur impact est souvent faible ou limité dans les démocraties représentatives. De tels mécanismes visent davantage à attirer l'attention d'une autre autorité, afin qu'elle agisse et fasse contrepoids, que de permettre aux citoyens d'exercer une pression sur les décideurs (I). Des mécanismes plus contraignants peuvent toutefois exister dans certaines démocraties dites semi-directes. Pour autant leur tempo ne s'accorde pas nécessairement avec celui d'une situation d'urgence sanitaire (II). Dans une démocratie se voulant vigilante⁶, le contrôle démocratique a besoin de temps. Le temps étant favorable à la concertation, la gestion d'une situation de crise devrait permettre aux décideurs publics d'associer les citoyens par anticipation aux décisions prises sur le plus long terme (III).

I. Des mécanismes de vigilance de faible portée dans une démocratie représentative

Contrairement à ce qui nous a été parfois enseigné dans les cours de droit constitutionnel, la France n'est pas une démocratie semi-directe. La présence de mécanismes référendaires et consultatifs inscrits dans la Constitution française ou dans la loi, et à l'adresse des citoyens, ne change rien au fait que la France est une démocratie représentative. Les citoyens, et plus largement « le peuple », sont présents dans les textes mais leurs modalités de participation sont très encadrées de manière à ce que le déclenchement de la plupart des mécanismes de contrôle des décisions publiques adoptées leur échappe. Les référendums de l'article 11, d'initiative gouvernementale ou parlementaire, et celui de l'article 89 de la Constitution ne peuvent en aucun cas être initiés par les citoyens. Au niveau local, si les citoyens peuvent demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour d'une assemblée délibérante locale ou l'organisation d'une consultation dans certains cas⁷, ils n'ont pas de droit à l'organisation d'un référendum ou d'une consultation en dehors de situations bien spécifiques⁸, lesquelles, de toute façon, ne relèvent pas de leur initiative.

6 C.-E. SÉNAC, « Le contrôle populaire des élus », in C. SENIK, *Crise de confiance ?*, La Découverte, 2020, p. 60.

7 Voir en particulier les articles L 1112-16, L1821-1, L 5211-49 du CGCT LO 6232-1 et LO 6233-1 CGCT ; art. LO 6332-1 et LO 6333-1 CGCT ; LO 6442-1 et LO 6443-1 du CGCT et l'article L125-2 du Code des communes de la Nouvelle-Calédonie.

8 Par exemple, dans le cas où les assemblées parlementaires auraient décidé de ne pas examiner une proposition de loi référendaire (art. 11 al. 5 C.) ou si une procédure de révision constitutionnelle est d'initiative parlementaire (art. 89 C.) ou encore, au niveau local, en cas de changement de régime d'une collectivité d'outre-mer (art. 72-4 C.), de création d'une collectivité se substituant à un département ou à une région d'outre-mer ou encore, de l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités (art. 73 C.).

L'absence de procédures telles que l'initiative populaire ou le référendum-veto ne signifie pas que les citoyens ne disposent d'aucun moyen de faire connaître leur opposition aux politiques publiques et notamment aux choix contextuels. Certes, la vigilance citoyenne peut s'exprimer notamment à travers des contestations et des manifestations (A). En revanche, aucun mécanisme n'a été prévu par la Constitution pour que le contrôle des citoyens sur les décisions publiques puisse s'opérer directement, de manière institutionnalisée, alors même que figure à l'article 15 de la DDHC le droit des citoyens de demander des comptes à tout agent public pour son administration⁹. Ils peuvent toutefois saisir certaines autorités, telle que le Défenseur des droits (B), ou l'une des assemblées par la voie d'une pétition (C). Le contrôle citoyen sera alors indirect, médiatisé par le biais de ces autorités.

A. La liberté de critiquer et de manifester : le degré minimum de vigilance citoyenne dans une démocratie

Durant la crise sanitaire, la liberté de critiquer, notamment par le biais des réseaux sociaux et des médias plus traditionnels, ne s'est pas tarie. La liberté de manifester s'est heurtée aux règles du confinement puis à l'interdiction de regroupement de plus de 6 personnes sur la voie publique, sauf déclaration préalable en préfecture à la condition que des mesures barrières soient mises en place¹⁰. Puis elle s'est exercée progressivement dans des conditions normales avec le respect des gestes barrières non imposés mais recommandés. Les limites portées à la liberté de manifestation durant les différentes périodes d'urgence sanitaire ont été soumises au contrôle du juge administratif, en France¹¹, ou encore de la Cour EDH¹². Ces juridictions ont rappelé l'importance de ne pas procéder à des interdictions générales et absolues et d'une durée excessive. L'expression et la manifestation sont des moyens de pression à la disposition des citoyens qui n'ont pas en eux-mêmes pour effet de déclencher un mécanisme ou une procédure juridique. Une manifestation peut très bien n'avoir aucun effet sur les choix effectués par les gouvernements ou les élus et l'impact sera d'autant plus restreint que la liberté de manifester est limitée. En revanche, l'exercice de la liberté d'expression, en particulier dans les médias ou sur les réseaux sociaux, peut avoir des effets non négligeables. Bien qu'ils ne déclenchent pas non plus de manière systématique de procédure ou de mécanisme de contrôle, une information largement relayée peut avoir un impact important, particulièrement si elle suscite la polémique. Les médias et les réseaux sociaux jouent eux-mêmes une fonction de contrôle des gouvernants, et l'ont exercée durant la pandémie¹³, « l'opinion » publique étant « le juge en

9 L'article 15 de la DDHC de 1789 indique plus précisément : « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ».

10 Art. 1 et 3 du Décret n° 2020-1310 du 29 octobre 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° 0264 du 30 octobre 2020.

11 Voir notamment CE, réf., 13 juin 2020, Ligue des droits de l'Homme, *AJDA* 2020, p. 1198 et CE, réf., 6 juillet 2020, CGT et autres, *AJDA* 2020, p. 1385 ; D. Bailleul, « La liberté de manifestation à l'épreuve de la crise sanitaire », *JCP A* 2021, 2105 ; H. Pauliat, « Le Conseil d'État, gardien de l'état d'urgence ou des libertés ? », *Revue du droit public*, 2021, hors-série, p. 247-262.

12 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'interdiction durable de manifester au nom de la lutte contre le COVID 19 est contraire à la Convention », *Gaz. Pal.*, n° 14, 26 avril 2022 à propos de l'arrêt de la Cour EDH du 15 mars 2022, *Communauté genevoise d'action syndicale c/ Suisse*, req. n° 21881/20.

13 J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, in « La démocratie à l'épreuve de l'épidémie », *Esprit*, 2020/10, p. 83.

dernier ressort, pragmatiquement et politiquement »¹⁴ des discours qui seront tenus et des décisions qui seront prises. Ces moyens de pression des citoyens sur les gouvernants, que constituent la critique et la manifestation, sont, à côté de l'action en justice, les plus répandus dans les démocraties.

D'autres outils existent et pourraient avoir un poids important. Toutefois, ils sont peu empruntés par les citoyens faute parfois d'être connus mais aussi parce qu'il s'agit de mécanismes de contrôle généralement non contraignants. Les dispositifs prévus ne permettent pas en principe d'obliger le gouvernement ou les représentants à agir. Le Défenseur des droits constitue à cet égard un intermédiaire entre les citoyens et les gouvernants en veillant à la sauvegarde des droits et libertés et en portant notamment la voix des plus vulnérables.

B. La saisine du défenseur des droits : la vigilance citoyenne médiatisée

La saisine du défenseur des droits, prévu à l'article 71-1 de la Constitution, peut être exercée « par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou par un organisme (assurant une mission de service public) ». Le défenseur des droits peut également se saisir d'office, ce qui permet de prendre en compte en particulier des situations manifestement attentatoires aux droits fondamentaux en dehors de toute saisine des citoyens mais au nom de l'intérêt de ces derniers, ou du moins, de certains d'entre eux. La Défenseure des droits, Claire Hédon, a ainsi été saisie à plusieurs reprises durant la crise sanitaire. Une rubrique spécifique a d'ailleurs été consacrée aux mesures prises pendant cette période¹⁵ sur le site internet correspondant. Dans ce cadre, Claire Hédon a rédigé de nombreuses recommandations transmises au Parlement et au Gouvernement, et parfois également adressées à d'autres autorités telles que le Conseil d'État. Elle a également transmis un certain nombre d'avis à l'attention du Parlement, notamment lors de la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire¹⁶, par rapport au régime juridique de ce dernier¹⁷ ou aux différents projets de loi relatifs à la gestion de la crise sanitaire¹⁸. Cette institution peut aussi rendre des « décisions » qui sont généralement des avis présentés devant les juridictions, parfois à la demande de celles-ci. Dans le cadre de la crise sanitaire, la Défenseure des droits a demandé notamment la mise en place d'une procédure d'appel téléphonique pour les détenus. Cette autorité ne dispose cependant pas d'un pouvoir de sanction ni d'un pouvoir d'injonction qui obligerait le gouvernement ou le parlement à régler une situation. L'efficacité de la saisine du défenseur des droits est donc non seulement limitée en période d'urgence sanitaire, mais faible, d'une manière générale, en termes de pouvoir de contrainte.

14 J.-M. DENQUIN, « Communiquer en régime d'état d'urgence », *Revue du droit public*, 2021, hors-série, p. 181.

15 [<https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/covid-19-et-urgence-sanitaire-le-role-du-defenseur-des-droits>].

16 Avis 20-03 du 27 avril 2020.

17 Avis 20-10 du 3 décembre 2020.

18 Avis 21-06 du 17 mai 2021, avis 21-11 du 20 juillet 2021 et avis 22-01 du 4 janvier 2022.

Il en va de même du droit de pétition devant les assemblées, dont disposent les citoyens en France et, plus largement, dans les démocraties¹⁹ y compris à l'échelle de l'Union européenne²⁰.

C. Le droit de pétition : un mécanisme de faible portée

Le droit de pétition fut consacré en Angleterre bien avant la Révolution française²¹. Il est en principe individuel mais de nombreuses constitutions permettent également qu'il puisse être exercé collectivement²². Conçu à l'origine comme un droit de remontrance, de réclamation²³, ce qui correspond à une requête personnelle, il englobe souvent la possibilité de faire des suggestions, correspondant à une dimension plus impersonnelle tournée vers un intérêt collectif ou vers l'intérêt général.

En France, le droit de pétition devant les assemblées parlementaires n'est pas inscrit dans la Constitution, il est consacré en revanche par la loi²⁴. Il ne doit pas être confondu avec le droit de pétition exercé au niveau local²⁵ et diffère également du droit de pétition pouvant être exercé depuis 2008 devant le Conseil économique, social et environnemental (CESE)²⁶. En principe, ce droit se distingue du droit d'initiative populaire qui est un droit de proposer l'adoption d'un texte entièrement rédigé ou formulé en termes généraux. L'initiative populaire en principe ne peut être déclenchée que collectivement par un comité dit d'initiative²⁷. Un examen de sa recevabilité est organisé, les promoteurs de l'initiative disposent d'un droit de retrait et peuvent être auditionnés. Surtout, à la différence de la pétition classique, l'initiative du comité doit être soutenue par une partie des citoyens disposant de la capacité électorale, sous forme de nombre ou de pourcentage prédéterminé, pour pouvoir être soumise à une assemblée parlementaire (initiative populaire indirecte ou « d'agenda »²⁸) ou à un référendum (initiative populaire directe²⁹)³⁰.

19 Voir notamment l'art. 17 de la Loi fédérale allemande, l'art. 28 de la Constitution belge, l'art. 29 de la Constitution espagnole, l'art. 50 de la Constitution italienne, l'art. 52 de la Constitution portugaise, l'article 33 de la Constitution suisse...

20 Le droit de pétition appartient à tous les citoyens de l'Union européenne, ainsi qu'à toutes les personnes physiques ou morales résidant ou ayant leur siège statutaire dans l'Union européenne. Il s'exerce devant le Parlement européen (art. 20, 24 et 227 du TFUE et 44 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne).

21 M. DE CAZALS, « Les (r)évolutions du droit de pétition », in J. KRYNEN et M. HECQUARD-THÉRON, *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, Tome 1, Bilans*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 441-453.

22 C'est par exemple le cas en Allemagne, en Espagne et au Portugal.

23 Y.-A. DURELLE-MARC, « Nature et origine du droit de pétition », *Revue Administrative*, 2008, n° spécial « L'individu face au pouvoir : les pétitions aux assemblées parlementaires », p. 47-60.

24 Article 4 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

25 Le droit de pétition devant les assemblées parlementaires ne doit pas être confondu avec le droit de pétition reconnu aux citoyens d'une collectivité au niveau local.

26 Art. 69 al. 3 de la Constitution et loi organique n° 2021-27 du 15 janvier 2021 relative au Conseil économique, social et environnemental.

27 En Finlande, cependant, une initiative populaire peut être déclenchée par une seule personne (voir Citizens' Initiative Act n° 12/2012 du 13 janvier 2012, § 3).

28 Prévu, par exemple, à l'article 71 de la Constitution italienne.

29 Prévu en Suisse par l'article 139 al. 5 de la Constitution pour les initiatives populaires entièrement rédigées.

30 Sur cette distinction voir H. DUMONT, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « L'initiative citoyenne européenne à la lumière du droit constitutionnel comparé », in E. DUBOUT, F. MARTUCCI, F. PICOD (dir.), *L'initiative citoyenne européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 43-86.

La France ne connaît ni l'initiative populaire d'agenda, ni l'initiative populaire directe. En revanche, une nouvelle mouture du droit de pétition devant les assemblées parlementaires est consacrée par les règlements de ces dernières récemment réformés³¹. Sa fonction de contrôle des citoyens sur les représentants est également assumée puisque le droit de pétition est classé dans le règlement de l'Assemblée nationale sous le titre consacré au contrôle parlementaire. Les trois types de pétitions « institutionnalisées », soit par les règlements d'assemblées, soit par la Constitution devant le CESE, peuvent désormais être exercées en ligne ce qui facilite à la fois leur visibilité et le recueil de signatures pour les soutenir. Dans les trois cas, les pétitions ne sont pas contraignantes en termes de résultat pour l'autorité auxquelles elles s'adressent, même si le soutien collectif dont elles bénéficient est important. En revanche, la formulation et le traitement de ces pétitions diffèrent selon l'autorité à laquelle elles sont adressées.

Dans le prolongement de l'article 4 de l'ordonnance portant loi organique relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, le règlement de l'Assemblée nationale précise que la pétition ne peut pas être le fruit d'un « rassemblement formé sur la voie publique »³², elle ne peut donc être consécutive à une manifestation. D'autres règles de recevabilité sont indiquées, comme pour le Sénat, sur la plateforme en ligne dans une rubrique « Aide générale ». Pour l'Assemblée nationale, elles sont même précisées dans les « Conditions générales d'utilisation ». Il s'agit dans l'un comme dans l'autre cas de règles de droit dont il est étonnant qu'elles puissent échapper à tout contrôle au regard des restrictions apportées à l'exercice du droit de pétition, qui n'est donc pas un droit fondamental en France.

Devant l'Assemblée nationale, toute pétition est attribuée à une commission au sein de laquelle un député rapporteur est désigné. Il propose soit l'examen du texte en commission, soit le classement de la pétition. Les pétitions ayant recueilli plus de 100 000 signatures sont mises en ligne. Si le texte est examiné, les premiers signataires de la pétition peuvent être associés aux débats. Si une pétition est classée sans être examinée, un député dispose de 8 jours à compter de la décision de classement pour demander au président de l'assemblée qu'elle soit examinée.

Si le nombre de 500 000 signatures est atteint et que ces signatures proviennent de plus de 30 départements ou collectivités d'Outre-Mer, la Conférence des Présidents peut décider d'organiser un débat en séance publique. La date limite de recueil des signatures est la durée de la législature, ce qui peut constituer un temps très long, sauf si le seuil de 100 000 signatures est atteint auquel cas le délai de recueil restant est réduit à une année.

Aucune pétition concernant la crise sanitaire n'apparaît sur le site avant l'automne 2020. Une quarantaine peuvent être répertoriées entre le 1^{er} octobre 2020 et le 7 janvier 2022, en particulier pendant la seconde période de confinement, pour réclamer un accès à la nature, la réouverture des

31 L'Assemblée nationale a réformé son règlement le 5 juin 2019 (art. 147 à 151) et a ouvert un site dédié aux pétitions en ligne le 1^{er} octobre 2020. [https://petitions.assemblee-nationale.fr/pages/parcours_petition] ; Le Sénat a également ouvert un site de pétition en ligne : [<https://petitions.senat.fr>] et réformé son règlement le 1^{er} juin 2021 (art. 87 et 88).

32 Article 147 du règlement de l'Assemblée nationale.

commerces puis, à partir du mois de janvier 2021 : la réouverture des universités, la suppression de la vaccination obligatoire ou, au contraire, l'encouragement à la vaccination obligatoire, l'opposition au pass sanitaire, la fin de l'état d'urgence sanitaire, l'opposition à la vaccination des jeunes et des enfants ou encore le port de masque transparent dans les crèches. Après avoir été mise en ligne, une seule de ces pétitions a dépassé les 1 000 signatures³³, et la commission des affaires sociales, qui est la plus souvent saisie, décide depuis janvier 2021 de classer d'office toute pétition qui n'aurait pas recueilli plus de 10 000 signatures dans les 6 mois³⁴. Deux pétitions intéressent en particulier la question du contrôle des citoyens sur cette période. D'une part, une pétition demandait l'organisation d'un référendum COVID-19 invitant les Français à prendre leurs responsabilités directement sur la poursuite ou non des restrictions sanitaires³⁵. D'autre part, une pétition interpellait les parlementaires pour la mise en œuvre d'une procédure de destitution du président de la République³⁶. La plupart des autres pétitions relatives à la gestion de la crise sanitaire demandaient la remise en cause des mesures adoptées par le gouvernement ou des projets de loi en cours d'examen. Aucune des pétitions déposées ne semble avoir eu d'effet sur les choix effectués par le gouvernement ou le parlement durant cette période.

Les sujets sont sensiblement les mêmes pour les pétitions présentées devant le Sénat durant cette période³⁷, bien que le nombre de pétitions mises en ligne soit plus faible (une quinzaine entre le début de la crise sanitaire et janvier 2022)³⁸. Les règles relatives aux pétitions sont, en revanche, beaucoup plus précises sur la plateforme en ligne du Sénat que sur celle de l'Assemblée nationale. Comme pour cette dernière on peut s'étonner de la grande liberté dont dispose la chambre pour déterminer les conditions de recevabilité, donc les limites, des pétitions en ligne, et même leur portée. Devant le Sénat, les pétitions peuvent être déposées dans deux catégories, non obligatoires au demeurant, d'après la plateforme en ligne, avec des conditions de recevabilité distinctes pour chacune. Sont clairement autorisées, d'une part, les pétitions visant à faire une proposition de loi et, d'autre part, celles ayant pour objet la mise en place d'une mission de contrôle. Les demandes sont transmises à une commission qui décide, soit de les renvoyer à un ministre ou à une autre commission du Sénat, soit de les soumettre au Sénat, soit de demander au Président du Sénat de les transmettre au Défenseur des droits, soit encore de les classer.

La conférence des Présidents peut décider de laisser une pétition ouverte à la signature pendant 6 mois si le nombre de 100 000 signatures est atteint. Elle décide seule des suites à donner et il est précisé que ses décisions ne sont susceptibles d'aucun recours. Force est de souligner que les

33 Pétition adressée par Éric Charles, « Non au passeport sanitaire. Oui au choix de la non vaccination », déposée le 16 juillet 2021.

34 Ce qui souligne la latitude dont disposent les assemblées pour règlementer l'exercice et de ce droit et la gestion concrète des pétitions.

35 Florian Jaeger, 2 novembre 2020, qui a recueilli 170 signatures au 10 juin 2022.

36 Claude Bonnefoy, 10 novembre 2020, qui a recueilli 198 signatures au 10 juin 2022.

37 Dont plusieurs identiques (pétition Bonnefoy visant la mise en jeu de la responsabilité du président de la République et la pétition Rambaud pour adapter les modalités de vote aux élections départementales et régionales en mars 2021).

38 Dont 4 demandant, par exemple, la création d'une mission de contrôle pour vérifier l'utilisation des doses de vaccin ou les effets indésirables de ces derniers.

conditions de recevabilité des pétitions concernant une proposition de loi s'apparentent beaucoup à celles que l'on retrouve pour certains mécanismes d'initiatives populaires indirectes à l'étranger particulièrement souples, tels que l'initiative populaire finlandaise³⁹. On peut en déduire que les assemblées parlementaires, et en particulier le Sénat, ont tout de même prêté une oreille attentive aux demandes d'une implication plus grande des citoyens dans le processus législatif manifesté lors du mouvement des Gilets jaunes, même si les mesures prises sont encore loin de consacrer un véritable mécanisme d'initiative populaire législative qui, de toute façon, nécessiterait une réforme de la Constitution. Néanmoins, la pétition ouverte au soutien collectif, pour l'adoption d'un texte législatif ou la mise en place d'une commission d'enquête, répond directement au souci de laisser une place aux citoyens pour s'exprimer sur la politique menée par la majorité. La pétition en ligne est donc un moyen pour les citoyens d'initier un contrôle de la gestion de la crise sanitaire, soit en proposant des dispositions pour remettre en cause la législation adoptée, soit en demandant la mise en place d'une commission d'enquête permettant de contrôler l'action du gouvernement ou d'évaluer les dispositifs mis en œuvre. Toutefois, la proposition de pétition ne peut pas porter sur un texte en cours de discussion comme le précise le site. Il convient de souligner, par ailleurs, que ce droit de pétition ne permet en aucun cas aux citoyens de procéder eux-mêmes au contrôle de la gestion de la crise sanitaire mais seulement de solliciter les assemblées pour qu'elles exercent leur mission de contrôle de l'action du gouvernement ou qu'elles initient une modification de la législation. Cette voie est cependant peu connue et il semble pour l'instant difficile de mobiliser massivement les citoyens en utilisant cette procédure.

Concernant le Conseil économique, social et environnemental, il peut être saisi depuis 2008 d'une pétition soutenue par un certain nombre de citoyens, initialement fixé à 500 000, pour donner un avis sur une question relevant de sa compétence. La réforme de la loi organique sur le CESE, datant du 15 janvier 2021, prévoit désormais que la pétition doit être rédigée dans les mêmes termes par 150 000 personnes, âgées de plus de 16 ans, françaises ou résidant régulièrement en France⁴⁰. Le CESE peut également se saisir d'une question faisant l'objet d'une pétition sur une plateforme de pétition en ligne labellisée (3 : AVAAZ le monde en action, Mes Opinions.com et Change.org). Aucune pétition portant sur la gestion de la crise du COVID qui aurait atteint les seuils fixés (avant ou après janvier 2021) n'a été mise en ligne ou n'a abouti à une saisine du CESE. Cela ne signifie pas pour autant que la remise en cause de la gestion de la crise n'a pas fait l'objet de pétitions mais, une telle demande n'a pas été considérée comme recevable et mise en ligne pour signature. En revanche, des pétitions ont dénoncé la situation de plus en plus dégradée de la santé publique⁴¹ dès avant la crise. Le CESE s'est autosaisi de cette question et a rendu un avis en pleine crise sanitaire dans lequel il offre un certain nombre de recommandations notamment pour favoriser le désengorgement des hôpitaux publics⁴². Le CESE a été saisi en décembre 2020 par le Gouvernement de la question

39 Voir ci-dessous.

40 Art. 4-1 de l'ordonnance du 29 décembre 1958 portant loi organique sur le CESE.

41 Plus de 4 000 pétitions ont visé cet objet selon le CESE.

42 [<https://www.lecese.fr/travaux-publies/lhopital-au-service-du-droit-la-sante>] (adopté le 13 octobre 2020).

de la vaccination qui provoquait de nombreuses réticences au sein de la population au début de la campagne. Ceci a conduit à la mise en place d'une commission temporaire chargée de formuler des recommandations sur la stratégie vaccinale, d'une plateforme en ligne permettant la consultation des citoyens entre le 15 janvier et le 15 février 2021⁴³ et d'une convention citoyenne sur la vaccination composée de 35 personnes tirées au sort⁴⁴ (voir ci-dessous). Le CESE s'est également saisi de la mise en place du pass sanitaire, faisant état à la fois des avis de citoyens, provenant notamment de pétitions, et des avis et décisions de différentes autorités (Conseil scientifique, Conseil consultatif national d'éthique, CNIL, Conseil d'État, Conseil constitutionnel)⁴⁵. Il a organisé une consultation en ligne sur ce point, entre le 17 février et le 7 mars 2021, ayant pour objectif d'éclairer la décision publique. Plus de 110 000 personnes y ont participé⁴⁶. Il convient de relever toutefois que le délai pour prendre part à cette consultation, comme la précédente sur la vaccination, était très bref et peu connu du grand public.

Comme dans les cas des pétitions devant les assemblées parlementaires, la pétition devant le CESE n'est qu'un moyen pour déclencher l'action d'une autorité publique, et de manière encore plus indirecte puisque rien ne garantit que les avis, bilans et recommandations seront suivis par l'exécutif ou les parlementaires.

Dans le droit de l'Union européenne, le droit de pétition permet d'adresser au Parlement européen une plainte ou une suggestion quelconque sur « un sujet relevant des domaines d'activité de l'Union »⁴⁷, très largement interprétés, et doit concerner directement le pétitionnaire. Ces réclamations ou suggestions ne peuvent porter que sur des activités existantes de l'Union européenne et ne permettent pas de présenter des propositions de législation. Les pétitionnaires ne sont pas nécessairement citoyens de l'UE comme ce fut le cas d'une pétition présentée par une citoyenne russe à propos de la restriction des déplacements. Cinq pétitions ont été adressées au Parlement concernant la crise sanitaire⁴⁸ notamment sur une politique commune à l'UE, les restrictions sanitaires en termes de circulation ou encore les aides. Dans ce cas également, les effets de la pétition sont très limités et le sont d'autant plus que le nombre de soutiens est peu élevé.

Force est de constater qu'aucune des procédures décrites ci-dessus n'était particulièrement adaptée à la crise sanitaire. Les mécanismes prévus, et le droit de pétition en particulier, permettent de manifester un désaccord, de solliciter une évolution normative ou encore d'alerter une autorité sur une situation mais n'offrent pas de garanties sur les suites à donner, et en particulier sur la réalisation d'un contrôle (mission d'information, audition d'un ministre, par exemple) dont le déclenchement reste entre les mains d'une voire de plusieurs autres autorités. Concernant les pétitions collectives, les délais de recueil des soutiens et les délais d'examen ne correspondent pas nécessairement au temps de l'urgence.

43 [https://www.lecese.fr/presse/communiqués/campagne-vaccinale-presentation-du-cadre-des-travaux-du-cese-du-collectif-citoyen-et-lancement-de-la-platefor].

44 [https://www.lecese.fr/actualités/vaccination-covid-19-point-detape-sur-les-travaux].

45 [https://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2021/2021_01_pass_sanitaire.pdf].

46 [https://participez.lecese.fr/pages/resultats-de-la-consultation-sur-le-passeport-vaccinal].

47 Art. 227 TFUE.

48 À la date du 27 février 2021.

La voie de l'élection comme mode de contestation citoyenne conduit aux mêmes conclusions. Le vote peut être un vote sanction si la même personne – ou le même parti – se représente. Toutefois, dans le cadre d'une élection ordinaire, et non spécifiquement déclenchée par la situation sanitaire, ce mode de protestation et de contrôle citoyen ne sera pas nécessairement une réponse à la manière dont a été assurée la gestion, parfois hebdomadaire, d'une crise comme celle du COVID-19. L'élection peut intervenir tard ou même être décalée dans le temps pour des raisons sanitaires. Cela présente l'avantage d'éviter une réaction « à chaud », et offre aux citoyens la possibilité de disposer de recul sur la situation pour faire leurs choix. Toutefois, des élections ordinaires (élections locales ou même parlementaires) ne permettent pas nécessairement de sanctionner les véritables décideurs publics tels que le Gouvernement et le Président dans le cas français. Par ailleurs, une multiplicité de facteurs liés à un contexte à un moment donné permet d'expliquer les résultats d'une élection. En France, les élections présidentielles et législatives de 2022 n'ont pas eu pour enjeu principal la manière dont la gestion de la crise sanitaire a été assurée. La question de la hausse des prix du carburant, de l'inflation et des effets de la guerre en Ukraine se sont largement invités au débat. Le taux élevé d'abstention lors de ces deux élections montre également qu'une partie importante des citoyens semble ne plus considérer l'élection comme un mode d'expression déterminant susceptible de peser sur les politiques publiques, comme ce fut le cas également lors des élections municipales en pleine crise sanitaire en 2020⁴⁹, et plus encore pour les élections départementales et régionales en 2021.

Le constat d'une difficile compatibilité entre le temps de la réaction citoyenne institutionnalisée et celle de la gestion de la crise est le même pour les mécanismes que l'on trouve dans les démocraties semi-directes.

II. Des mécanismes plus contraignants mais peu adaptés à l'urgence dans une démocratie semi-directe

À la différence de la participation et de la simple vigilance, les mécanismes de sanction qui peuvent exister dans certaines démocraties expriment plus qu'un souhait de surveillance, une volonté de maîtrise des choix effectués par les gouvernants et représentants de la part des citoyens. De ce fait, certains de ces mécanismes peuvent permettre aux citoyens d'influencer plus directement les politiques publiques.

Trois types de mécanismes peuvent globalement être décrits en ce sens : l'initiative populaire qui permet de proposer (A), le référendum-veto ou abrogatif ou le référendum obligatoire qui permet de donner le dernier mot aux citoyens (B) et la révocation populaire d'un élu, ou *recall*, qui déclenche un processus électoral (C).

49 Voir notamment L. ROUBAN, *Les raisons de la défiance*, Presses de Sciences Po, 2022, p. 127.

A. L'initiative populaire : s'opposer en proposant

L'initiative populaire tout d'abord, est connue pour être un mécanisme d'opposition, souvent utilisé par des partis politiques minoritaires pour essayer d'orienter les choix politiques de la majorité en appelant au soutien populaire. L'initiative populaire peut être un instrument d'influence d'autant plus puissant qu'elle est « directe » pour des initiatives de révision constitutionnelle « entièrement rédigées » comme en Suisse à l'échelle fédérale⁵⁰ ou encore en Californie⁵¹. Ce type d'initiative populaire permet en effet à un comité d'initiative de proposer un texte de niveau législatif ou constitutionnel selon les cas. Si le nombre de signatures requis au soutien de cette initiative est atteint, et que les règles de forme et de fond sont respectées, la proposition pourra être directement présentée au vote référendaire. L'initiative populaire directe constitue un véritable droit de reprise de certaines questions par les citoyens eux-mêmes lorsqu'ils ne sont pas satisfaits d'une législation ou d'une décision de justice. Les citoyens peuvent également essayer d'anticiper une mesure envisagée par l'exécutif et faire pression pour qu'elle ne le soit pas. Ainsi, en Suisse, une initiative populaire a été lancée contre la vaccination obligatoire avant même que le Gouvernement ne le décide⁵². En revanche, ce mécanisme ne permet pas de répondre de manière immédiate à l'adoption de mesures d'urgence ou au contraire à l'abstention ou à la négligence en matière sanitaire car ces outils démocratiques s'inscrivent sur un temps long. Ainsi, en Suisse, le délai de recueil des signatures peut s'étaler sur 18 mois puis viendra la phase d'organisation du scrutin qui peut prendre encore plusieurs mois. En l'occurrence, l'initiative populaire contre la vaccination ne sera pas présentée au scrutin en 2022. Toutefois, le champ large de cette initiative peut permettre de prévenir d'autres formes de vaccin ou d'intrusions (type puce électronique) que le vaccin contre le Covid. L'initiative populaire, directe ou indirecte, est tout de même un outil intéressant car il permet également aux citoyens d'orienter les choix politiques tirant les conséquences de la crise sanitaire. Ainsi, une initiative populaire fédérale « Pour des dédommagements réglementés en cas d'épidémie (initiative sur les dédommagements) »⁵³ a été déposée en Suisse en mars 2022 pour permettre aux autorités fédérales de légiférer clairement sur l'indemnisation des entreprises en cas d'épidémie. Le délai de recueil des signatures expire en septembre 2023. Elles doivent être suffisamment nombreuses et valides pour qu'un vote soit organisé. Une issue favorable aurait pour conséquence d'introduire cette compétence fédérale dans la Constitution.

50 Art. 139 al. 5 de la Constitution.

51 Art. II, section 8.

52 Il s'agit de l'initiative « Pour la liberté et l'intégrité physique » ayant abouti en janvier 2022 et qui doit être soumise au vote du peuple et des cantons. Cette initiative prévoit notamment une modification de l'article 10 de la Constitution suisse de manière à éviter qu'une personne puisse être contrainte notamment à se faire vacciner : « Les atteintes à l'intégrité physique ou psychique d'une personne requièrent son consentement. Si la personne concernée refuse de donner son consentement, elle ne doit ni se voir infliger une peine, ni subir de préjudices sociaux ou professionnels ».

Voir notamment [<https://www.lematin.ch/story/linitiative-populaire-contre-lobligation-vaccinale-a-abouti-523209175116>] (consulté le 10 juin 2022).

53 [<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis522.html>].

L'initiative populaire peut également être un moyen de défaire une législation qui aurait été adoptée pour faire face à l'épidémie et qui prolongerait, par exemple de manière jugée excessive, un dispositif d'état d'urgence. Ainsi, dans le Michigan, une initiative populaire indirecte présentée en 2021 a permis de faire abroger, par les assemblées parlementaires, la législation sur les pouvoirs d'urgence du Gouverneur⁵⁴. Plusieurs initiatives populaires ont également été présentées en Arkansas, en Californie, dans le Maine, le Michigan, en Ohio, en Oregon ou encore à Washington pour limiter les pouvoirs de l'exécutif en période d'urgence ou encore pour interdire les masques, la vaccination obligatoire ou encore le confinement⁵⁵. Toutefois, la plupart d'entre elles n'ont pas abouti.

La question s'est également posée dans certains États de l'allongement du délai de recueil des soutiens pour les initiatives populaires en général, face aux difficultés pour recueillir des signatures sur papier en période de pandémie, notamment lorsque la signature électronique n'est pas autorisée, ce qui était le cas de l'Ohio⁵⁶. Les réponses ont été généralement négatives. Toutefois, à l'échelle européenne, pour les initiatives citoyennes européennes (ICE), les délais de récolte ont été prolongés de 6 mois⁵⁷.

L'ICE est une initiative populaire indirecte qui ne peut en aucun cas conduire à un référendum. Pour qu'une ICE puisse être déposée devant la Commission européenne, les promoteurs de l'initiative doivent recueillir 1 million de signatures provenant d'au moins 7 pays de l'Union. Le délai de récolte est de 12 mois. Son objet n'est pas de présenter un texte au Parlement mais simplement d'inviter la Commission européenne à proposer une législation sur une question particulière relevant des compétences de l'UE. Une initiative a été déposée dans ce contexte : « No profit on pandemic. eu » visant notamment à éviter que les droits de propriété intellectuelle n'entravent l'accessibilité ou la disponibilité de tout vaccin ou traitement futur contre la COVID-19 (253 352 soutiens au 14 juin 2022, délai prorogé jusqu'au 1^{er} août 2022). Là encore, le tempo de cette procédure n'est pas en accord avec les besoins. Les premières campagnes de vaccination, en particulier la vaccination obligatoire pour pouvoir exercer certaines professions ou/et disposer d'un pass sanitaire, étaient terminées dans plusieurs États depuis plus d'un an lorsque le délai de recueil des signatures est arrivé à échéance. La question des profits engrangés par certaines entreprises pharmaceutiques ayant produit des vaccins ou même de la légitimité et la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux découlant de certaines mesures aura déjà été discutée. Toutefois, l'initiative déposée devant la Commission européenne pourrait avoir une influence pour des politiques vaccinales ultérieures.

En somme, en matière d'initiative populaire, comme dans le cas des pétitions, le moyen de contrôle des citoyens est doublement limité : d'une part, parce qu'il ne permet pas d'influencer immédiatement les choix politiques effectués en raison des délais inhérents à ce mécanisme ; d'autre part, parce que la plupart des dispositifs d'initiative populaire ne permettent pas de contraindre

54 [https://ballotpedia.org/Michigan_Repeal_of_Emergency_Powers_of_Governor_Act_Initiative_(2022)].

55 Source : [https://ballotpedia.org].

56 Dans cet État, les signatures électroniques n'étaient pas admises en 2020.

57 Règlement (UE) 2020/1042 et Décision C(2020) 9226.

le Parlement ou le Gouvernement à agir, et même lorsqu'ils le peuvent (dans le cas des initiatives populaires directes) encore faut-il avoir réuni un nombre suffisant de signatures pour que la mesure soit portée au scrutin.

Le second type d'opposition, que constitue le référendum, permet également de déclencher un contrôle voire de mettre fin à un dispositif auquel les citoyens n'adhèrent pas.

B. Le référendum : contrôler en s'opposant

Le référendum abrogatif, qui peut intervenir à tout moment une fois qu'une norme a été adoptée, sauf limites prévues par la Constitution (délai d'un an ou deux après l'adoption d'un texte ou proximité d'une période électorale), est prévu notamment par la Constitution italienne. En Italie, à l'échelle nationale, aucune demande de référendum abrogatif n'a concerné la législation adoptée en matière d'urgence ou des dispositions spécifiquement liées à la crise sanitaire. Dans ce pays, comme dans la plupart des États, la voie juridictionnelle apparaît la plus efficace pour faire contrôler un dispositif jugé liberticide. Les délais fixés pour le dépôt d'une demande de référendum et les contraintes par rapport aux autres échéances électorales limitent fortement la possibilité de déclencher une procédure de référendum abrogatif⁵⁸.

Le référendum veto existe dans plusieurs États américains et en Suisse au niveau fédéral. À la différence du référendum abrogatif, le référendum veto ne peut intervenir que durant un délai déterminé lorsqu'une législation vient d'être adoptée. En Suisse, la Constitution prévoit que 50 000 citoyens peuvent demander un référendum sur une loi qui vient juste d'être adoptée par le Parlement⁵⁹, ou sur un arrêté fédéral. Le délai de recueil des signatures est fixé à 100 jours. Ce seuil a été atteint en janvier 2021 contre la loi dite COVID-19 à laquelle il était reproché de donner trop de pouvoir au gouvernement fédéral et de restreindre excessivement les libertés⁶⁰. Bien que cette loi fasse partie de la catégorie des « lois urgentes » prévues par la Constitution⁶¹, sa durée de validité dépassant une année rendait la demande de référendum possible. Ce référendum a été organisé le 13 juin 2021. Certains citoyens souhaitaient que le référendum puisse être organisé dans l'urgence.

58 Article 75 de la Constitution complétée par la loi constitutionnelle n° 352 du 25 mai 1970.

59 Article 141 de la Constitution fédérale suisse : « Si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte, sont soumis au vote du peuple :

- a. les lois fédérales;
- b. les lois fédérales déclarées urgentes dont la durée de validité dépasse un an ;
- c. les arrêtés fédéraux, dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient ;
- d. les traités internationaux qui:
 1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables,
 2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale,
 3. contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ».

60 Pour un résumé des arguments pour et contre la loi, voir la vidéo mise à disposition par l'administration fédérale : [<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/votations/20210613.html>].

61 Art. 141 de la Constitution. L'article 140 prévoit par ailleurs que les lois urgentes « dépourvues de base constitutionnelle » et dont la durée de validité dépasse un an sont soumises au référendum obligatoire du peuple et des cantons.

En réalité, le délai entre la fin de la récolte des signatures et l'organisation de la votation, est un délai qui laisse du temps pour un vrai débat public dans la société autour de l'utilité et de l'opportunité de la loi. Cette loi a été largement approuvée par les votants avec un taux de participation de près de 60 %. Les autorités fédérales ont particulièrement insisté sur les effets qu'une telle suppression aurait sur la situation économique des entreprises et des particuliers en remettant en cause les aides financières destinées à les soutenir pendant la pandémie. Si cette loi avait été abrogée, elle n'aurait pas pour autant cessé de s'appliquer car la Constitution prévoit qu'elle ne cessera de produire ses effets qu'un an après son adoption par l'Assemblée fédérale⁶². Il est intéressant de noter à cet égard que la Constitution suisse a anticipé la question du fonctionnement des mécanismes de démocratie directe même en situation d'urgence. En effet, une attention particulière a été portée à la possibilité pour le peuple et les cantons de pouvoir contrôler voire s'opposer à la législation même lorsque celle-ci est adoptée pour répondre à une situation de crise.

Un référendum local a également été demandé dans le canton de Genève, référendum baptisé « contre le travail illégal »⁶³. Il visait la loi sur l'indemnisation des travailleurs précaires ayant perdu leur revenu du fait des restrictions intervenues dans le cadre de la lutte contre le COVID -19 (travailleurs intermittents)⁶⁴. La loi a été approuvée à une majorité de 68,82 %⁶⁵. Il est intéressant de noter qu'une fois que le peuple a tranché la question lors du référendum, les contestations du texte ont cessé.

Aux États-Unis, au niveau local, des demandes de référendum-veto ont pu également être formulées à l'encontre des mesures prises pendant la crise sanitaire même de manière plus accessoire⁶⁶. La voie judiciaire constitue souvent le premier réflexe face à une législation que les citoyens perçoivent comme (potentiellement) liberticide ou dans le cas d'une prolongation d'un état d'urgence sanitaire⁶⁷. Cette voie est au demeurant la plus efficace. Le plus souvent, les citoyens agissent en justice au titre de leur activité notamment professionnelle (boîtes de nuit, salles de sport et restaurants fermés, clubs de sport ne pouvant poursuivre les entraînements, communauté religieuse ne pouvant se réunir...).

62 Art. 165 de la Constitution : « Législation d'urgence

1. Une loi fédérale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peut être déclarée urgente et entrer immédiatement en vigueur par une décision prise à la majorité des membres de chacun des conseils. Sa validité doit être limitée dans le temps.

2. Lorsque le référendum est demandé contre une loi fédérale déclarée urgente, cette dernière cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée par le peuple dans ce délai.

3. Lorsqu'une loi fédérale déclarée urgente est dépourvue de base constitutionnelle, elle cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale si elle n'a pas été acceptée dans ce délai par le peuple et les cantons. Sa validité doit être limitée dans le temps.

4. Une loi fédérale déclarée urgente qui n'a pas été acceptée en votation ne peut pas être renouvelée ».

63 L'article 67 de la Constitution de Canton de Genève prévoit qu'un référendum peut être organisé, sur une loi qui vient d'être adoptée, à la demande de 2 % du corps électoral.

64 Loi 12723 sur l'indemnisation pour perte de revenus liée aux mesures de lutte contre le coronavirus, adoptée le 25 juin 2020. À propos de ce scrutin, voir : [<https://silgeneve.ch/legis/index.aspx>].

65 Votation organisée le 7 mars 2021. [<https://www.ge.ch/votations/20210307/cantonal/1/>].

66 A Sacramento, à l'encontre d'une législation visant à opérer un redécoupage électoral : [[https://ballotpedia.org/Sacramento,_California,_Measure_B,_Redistricting_Deadline_Exception_Charter_Amendment_\(November_2020\)](https://ballotpedia.org/Sacramento,_California,_Measure_B,_Redistricting_Deadline_Exception_Charter_Amendment_(November_2020))].

67 Près d'un millier de plaintes ont pu être recensées sur le site Ballotpedia : [[https://ballotpedia.org/Lawsuits_about_state_actions_and_policies_in_response_to_the_coronavirus_\(COVID-19\)_pandemic](https://ballotpedia.org/Lawsuits_about_state_actions_and_policies_in_response_to_the_coronavirus_(COVID-19)_pandemic)] (consulté le 25 juin 2022).

Dans certains États des États-Unis, un référendum peut être également initié par le parlement lui-même, ce qui a été notamment le cas pour tenter de mieux encadrer les pouvoirs de l'exécutif en période d'urgence. Ainsi, en Pennsylvanie, deux amendements constitutionnels directement liés à la gestion de la crise sanitaire ont été soumis au vote populaire obligatoire⁶⁸ le 18 mai 2021 et ont été approuvés par les citoyens. Tous deux ont eu pour objectif de limiter les pouvoirs du Gouverneur de l'État en permettant au Parlement de reprendre le contrôle de la déclaration d'urgence. La première question visait à éviter que le Gouverneur puisse utiliser son droit de veto à l'encontre d'une résolution du Parlement décidant de poursuivre ou de mettre fin à la déclaration d'urgence. La seconde a permis de limiter la durée de la déclaration d'urgence à 21 jours et a autorisé le parlement à légiférer sur la gestion des situations d'urgence. Ces amendements ont été un moyen de relégitimer la fonction de contrôle du Parlement même en situation de crise et de rappeler que les parlementaires portent la voix des citoyens en tant que représentants.

Au Texas, deux amendements constitutionnels d'initiative parlementaire ont également souhaité tirer les conséquences des mesures restrictives prises par les autorités locales durant la crise sanitaire en réagissant, d'une part, à la limitation de la possibilité de pratiquer sa religion en se réunissant et, d'autre part, à l'interdiction de rendre visite à des personnes placées en établissement de soin ou spécialisé. La première mesure approuvée par les citoyens a interdit à toute autorité publique de limiter les services et les manifestations religieuses (proposition 3). La seconde reconnaît le droit pour les personnes placées en établissement de soin ou spécialisé de désigner une personne comme « aidant essentiel » qui ne peut se voir interdire de lui rendre visite (proposition 6)⁶⁹. Les assemblées parlementaires de l'Arkansas ont également réagi aux limitations de l'exercice de la liberté religieuse en proposant un amendement constitutionnel qui impose au Gouverneur de justifier le caractère proportionné et impérieux d'une atteinte à la liberté religieuse et prévoit une action en justice pour faire respecter ce droit⁷⁰.

Des consultations ou référendums ont été organisés à l'initiative des autorités publiques avant de prendre des mesures portant atteinte aux libertés dans le but de lutter contre la propagation du virus ou du moins pour encadrer cette propagation. Dans ce cas, il s'agissait de légitimer politiquement les contraintes imposées aux citoyens en recueillant directement l'avis de ces derniers. Ainsi, les habitants de Miami se sont vus consultés sur le point suivant : « Seriez-vous prêt à demander au maire du comté de Miami-Dade, qui a autorité sur le département de l'aviation du comté de Miami-Dade, de lancer un programme de dépistage du virus COVID-19 chez tous les passagers arrivant à l'aéroport international de Miami ? »⁷¹.

68 Dans la plupart des États membres des États -Unis, dont la Pennsylvanie et le Texas, toute proposition de révision constitutionnelle après avoir été approuvée par le Parlement, doit être soumise obligatoirement au scrutin populaire et approuvée à la majorité des citoyens.

69 Ces deux mesures ont été approuvées le 2 novembre 2021. Source : [<https://ballotpedia.org>].

70 Proposition d'amendement 1211 qui doit être soumise au vote des citoyens en novembre 2022.

71 Consultation organisée le 18 août 2020 et approuvée par les citoyens. Source : [<https://ballotpedia.org>].

Cette manière de procéder, qui peut être facilitée par un vote en ligne, permet aux décideurs publics de rechercher l'adhésion des citoyens à une norme avant même qu'elle soit mise en œuvre. Beaucoup d'autorités étant révocables sur décision populaire aux États-Unis, cette demande d'avis ou d'autorisation adressée aux citoyens concernés est un moyen de s'assurer de l'acceptabilité de la norme avant que l'autorité qui en est à l'origine soit mise en cause.

C. La révocation populaire : contrôler en interrogeant la légitimité politique des gouvernants

Le troisième type de mécanisme permettant aux citoyens d'exercer directement une pression sur les représentants est le système du *recall* ou révocation populaire, qui consiste à interroger la légitimité politique dont dispose un représentant en cours de mandat. Ce scrutin, destiné à confirmer ou révoquer un élu, peut être directement déclenché par une minorité de citoyens. Cette procédure a été utilisée en Californie contre le Gouverneur Gavin Newsom auquel était reprochée une gestion trop restrictive et liberticide de la crise COVID (port du masque, fermeture des plages et des commerces non essentiels) et, a contrario, une générosité excessive dans la distribution des allocations-chômage pour les personnes ne pouvant exercer leur activité professionnelle. Pour pouvoir débiter, une demande de *recall* doit être signée par 65 personnes en Californie. Les promoteurs de l'initiative disposent ensuite de 160 jours pour réunir un nombre de signatures équivalent à 12 % du nombre de voix obtenu lors du dernier vote pour cette fonction⁷². Le motif du « rappel » doit être précisé. Si le nombre de signatures est atteint et qu'elles sont certifiées, la procédure doit avoir lieu au plus tôt 60 jours et au plus tard 80 jours après la certification sauf si une autre élection doit avoir lieu dans un avenir proche (pas plus de 180 jours après la certification). Dans ce dernier cas, les deux procédures peuvent être regroupées. Même si 55 procédures de *recall* ont été engagées en Californie à l'encontre d'un gouverneur, une seule a abouti jusqu'à présent, en 2003. Dans le cas du gouverneur Newsom, le scrutin s'est tenu le 14 septembre 2021 et il a été soutenu par 61,9 % des votants⁷³, ce qui lui a permis de conserver ses fonctions.

Ces différents mécanismes présentés peuvent paraître séduisants car ils permettent aux citoyens d'actionner directement un dispositif de contrôle sans pour autant avoir besoin de recourir aux tribunaux. À la différence d'une action en justice, la réponse qui est attendue est avant tout politique. Mais l'une n'exclut pas l'autre et une solution peut être recherchée à la fois sur le plan juridique et politique. Dans les deux cas, la responsabilité de ceux qui ont pris les décisions sur la manière de gérer la crise sanitaire est mise en cause. L'option juridictionnelle peut avoir pour avantage la rapidité si une procédure d'urgence peut être déclenchée pour faire cesser immédiatement les atteintes aux droits fondamentaux, notamment. En revanche, si le procès dure, et s'il n'y a pas de dispositif permettant de suspendre l'application des mesures adoptées, la décision de justice interviendra souvent trop tard mais peut permettre d'obtenir des dommages et intérêts. Les

72 Article 2 section 14 de la Constitution de Californie.

73 [[https://ballotpedia.org/Gavin_Newsom_recall,_Governor_of_California_\(2019-2021\)](https://ballotpedia.org/Gavin_Newsom_recall,_Governor_of_California_(2019-2021))].

mécanismes de démocratie directe sont à la fois longs à mettre en œuvre, de telle façon que les enjeux du débat perdent de leur intensité et les mesures contestées ne sont parfois plus appliquées, et ils ne permettent de toute façon aucune indemnisation. Leur intérêt est en revanche d'obliger les autorités publiques à rester elles-mêmes vigilantes, par rapport aux décisions qu'elles prennent, pour s'assurer que ces dernières seront bien acceptées par la majorité de la population. L'action en justice n'a pas pour objet de s'interroger sur les souhaits de la majorité mais elle permet au requérant de faire valoir ses droits y compris s'il est politiquement minoritaire.

Un des avantages de l'utilisation des mécanismes de démocratie directe est de porter une question hors des chambres ou des ministères et de la poser sur la place publique. Lorsque les mesures adoptées pour répondre à la situation de crise impliquent des contraintes exceptionnelles pour les citoyens, il est important que ces derniers disposent des moyens de s'exprimer sur le sujet. Les dispositions emportant des restrictions pour les droits et libertés, au sens large, seront d'autant mieux acceptées qu'elles seront expliquées voire que les citoyens seront directement sensibilisés à leur mise en œuvre. Certains gouvernements ont été soucieux à cet égard non seulement d'être transparents quant aux choix effectués mais aussi de rendre la norme plus acceptable en associant les citoyens à leur mise en œuvre et à la construction d'un dispositif à plus long terme.

III. La participation des citoyens à l'élaboration de la norme sur le long terme : une manière d'anticiper le contrôle ?

Si l'implication des citoyens dans le fonctionnement et l'évolution du système de santé n'est pas une nouveauté en France, qui a vu se développer la « démocratie sanitaire » depuis les années 2000, la manière dont la crise sanitaire liée au COVID-19 a été gérée n'a laissé que peu de place à l'intelligence collective du grand public (A), à l'exception de quelques initiatives (B). D'autres États, en revanche, ont cherché à associer les citoyens à la construction ou l'évaluation des normes adoptées en période de crise (C).

A. La « démocratie sanitaire » : une forme de concertation non mobilisée pendant la crise

Les théories de la participation ont émergé à partir des années 1960⁷⁴. Les premières expériences en France ont été développées en particulier à l'échelle locale en matière de logement et d'urbanisme⁷⁵ puis, plus récemment, en matière environnementale dans le cadre de la loi Barnier du 2 février 1995. Le principe de la participation du public en matière environnementale, qui fait partie des trois piliers des droits de procédure en ce domaine, a notamment été consacré par la Convention

74 Voir notamment Y. SINTOMER, « Démocratie participative, démocratie délibérative : l'histoire contrastée de deux catégories émergentes », in M.-H. BACQUÉ et Y. SINTOMER, *La démocratie participative. Histoire et généalogie*, La découverte, 2011, p. 115.

75 M.-H. BACQUÉ et C. CARRIOU, « Participation et politique du logement en France. Un débat qui traverse le xx^e siècle », in M.-H. BACQUÉ et Y. SINTOMER, précité, p. 155 et R. LEFEBVRE, « Retour sur les années 1970. Le parti socialiste, l'autogestion et la démocratie locale », in M.-H. BACQUÉ et Y. SINTOMER, précité, p. 65.

d'Aarhus en 1998 et inscrit à l'article 7 de la Charte constitutionnelle de l'environnement en 2005. L'« impératif participatif » s'est diffusé dans d'autres domaines pour toucher progressivement un nombre croissant de secteurs et de questions de société.

La participation des citoyens peut prendre différentes formes⁷⁶ et être plus ou moins poussée⁷⁷. Le domaine de la santé publique a ainsi vu se développer des dispositifs participatifs associant les usagers du service public de la santé aux choix effectués en matière sanitaire. L'ouverture de la santé publique au public est intervenue suite aux scandales des années 1980, notamment celui du sang contaminé par le virus du sida⁷⁸. La notion même de démocratie sanitaire est issue des débats relatifs à la loi Kouchner du 4 mars 2002⁷⁹ qui pose les bases de cette participation. La démocratie sanitaire est définie comme « une démarche associant l'ensemble des acteurs du système de santé dans l'élaboration et la mise en œuvre de la politique de santé, dans un esprit de dialogue et de concertation »⁸⁰. Sur les sites officiels présentant cette politique, l'accent est mis sur « la concertation et le débat public ainsi que "(l')amélioration de la participation des acteurs de santé et (la) promotion (d)es droits individuels et collectifs des usagers [...]". Cette "démarche" passe par les associations des usagers du service public qui interviennent parmi d'autres "acteurs" du domaine de la santé. La crise de la COVID-19 a cependant montré que les outils mis en place par la loi de 2002, et ses modifications ultérieures⁸¹, tant sur le plan individuel (relation patient et famille du patient avec le corps médical) que collectif (concertation a minima avec des représentants des usagers sur les mesures décidées pour répondre à la crise et pour la gestion concrète de la saturation des hôpitaux) n'ont pas fonctionné. Les nombreuses institutions présentes dans le domaine de la santé elles-mêmes n'ont pas été associées aux décisions relatives à la gestion de la crise et les procédures d'urgence (notamment la cellule interministérielle de crise) ont été peu ou pas mobilisées⁸², en particulier lors de la première vague. En revanche, l'exécutif a créé de nouvelles instances dans lesquelles la participation citoyenne n'était pas une priorité. Force est donc de constater avec Henri Bergeron que :

« La gestion de la crise de la Covid s'est, en effet, révélée hypercentralisée et très politique, marquée par une méfiance vis-à-vis de l'administration et des citoyens et par un faible degré d'association des mouvements de patients et d'usagers du système de soins : [...] ces mouvements

76 M.-H. BACQUÉ et Y. SINTOMER, *précité*, p. 12.

77 Sheryl Arnstein a proposé une « échelle de la participation » en 1969 composée de 8 échelons allant de la « manipulation » au « contrôle citoyen ». Elle estime que le « pouvoir effectif des citoyens » se situe seulement aux trois derniers échelons correspondant au partenariat (prise de décision négociée entre les pouvoirs publics et les citoyens), à la délégation (délégation partielle de pouvoir de l'autorité publique vers la communauté de citoyens qui peut aboutir à la co-construction d'un projet), et au contrôle citoyen (la communauté de citoyens gère entièrement certaines questions locales qu'il s'agisse des choix à effectuer ou de leur mise en œuvre). S. ARNSTEIN, « A ladder of citizen participation », *Journal of the American Planning Association*, 35(4), p. 216-224. D'autres échelles sont proposées, y compris par les autorités publiques. Voir notamment : [https://portail-m4s.s3.montreal.ca/pdf/echelle_de_la_participation_publicque_et_de_lengagement_citoyen.pdf].

78 D. TABUTEAU, « La démocratie sanitaire », *Les Tribunes de la santé*, 2021/4, n° 70, p. 25.

79 Loi n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

80 [<https://www.ars.sante.fr/quest-ce-que-la-democratie-en-sante-3>].

81 Voir not. la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires du 21 juillet 2009 créant la Conférence régionale de la santé et de l'autonomie et la loi de modernisation du système de santé du 26 janvier 2016 impliquant plus fortement les usagers dans les instances régionales et nationale de santé.

82 H. BERGERON, « La démocratie sanitaire à l'épreuve », *Les Tribunes de la santé*, 2021/4, n° 70, p. 41.

n'ont guère été mobilisés en vue de co-construire les instruments de lutte contre l'épidémie, en dépit d'un avis précoce du conseil scientifique sur l'importance de leur participation »⁸³.

Une fois le temps de la sidération passé, période durant laquelle les citoyens et de nombreux élus ont été en quelque sorte figés dans l'action comme dans la réaction, sont apparues quelques initiatives participatives ou délibératives pour réagir à la crise sanitaire.

B. De timides initiatives participatives ou délibératives en France pour répondre à la crise sanitaire

Ces initiatives sont venues des citoyens, des élus locaux et même des autorités nationales. Certaines d'entre elles ont été particulièrement sensibles et réceptives à la « vague » de la démocratie délibérative⁸⁴ qui consiste à réunir un groupe de citoyens qui, une fois informés, pourront discuter et délibérer sur une problématique d'actualité. L'objectif des « mini-publics » est d'offrir une délibération de qualité sur un sujet donné⁸⁵. Parmi ces mini-publics délibératifs, peuvent être distinguées les assemblées citoyennes initiées par les citoyens eux-mêmes (*bottom-up*)⁸⁶ et celles organisées par les autorités publiques dites « étatiques » (*top down*)⁸⁷ comme ce fut le cas de la Convention citoyenne sur le Climat.

Le domaine de la santé a déjà eu recours à des assemblées délibératives constituées de citoyens tirés au sort⁸⁸, notamment dans le cadre des États généraux de la Bioéthique⁸⁹. Ce dispositif initié en 2009, a été pérennisé par la loi Bioéthique du 7 juillet 2011 qui oblige le Comité consultatif national d'éthique (CCNE) à organiser des États généraux de manière périodique. Ces derniers doivent notamment réunir des conférences de citoyens « choisis de manière à représenter la société dans sa diversité »⁹⁰. Le CCNE doit également organiser des débats publics chaque année, « sur un ou des problèmes éthiques et des questions de société »⁹¹.

83 *Id.*, p. 42-43.

84 OCDE (2020), *Innovative Citizen Participation and New Democratic Institutions: Catching the Deliberative Wave*, Éditions OCDE, Paris, [<https://doi.org/10.1787/339306da-en>].

85 Voir notamment L. BLONDIAUX et Y. SINTOMER, « L'impératif délibératif », », *Politix*, 2002, vol. 15, n° 57, 2002, (dossier spécial : Démocratie et délibération) p. 17-35.

86 Par exemple, le G 1000 en Belgique.

87 Sur cette distinction, voir D. COURANT, « Sociologie des assemblées citoyennes étatiques : Enquêtes qualitatives sur l'Assemblée citoyenne irlandaise et la Convention citoyenne française », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI et X. MAGNON, *Les assemblées citoyennes : nouvelle utopie démocratique ?* [<https://doi.org/10.4000/books.dice.10440>]. Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2022.

88 Voir notamment, J.-P. GAUDILLÈRE, « Mettre les savoirs en débat ? Expertise biomédicale et mobilisations associatives aux États-Unis et en France », *Politix*, 2002, vol. 15, n° 57, 2002, (dossier spécial : Démocratie et délibération) p. 103-123.

89 L. MOHORADE, « Les États Généraux de la Bioéthique : concertation citoyenne ouverte ou instrument de légitimation de la décision savante et politique ? », communication aux premières journées doctorales sur la participation du public et la démocratie participative, École Normale Supérieure de Lyon, 27-28 novembre 2009 disponible sur [<https://www.participation-et-democratie.fr/les-etats-generaux-de-la-bioethique-concertation-citoyenne-ou-instrument-de-legitimation-de-la>] ; et plus récemment, J.-P. PIERRON, P. VALADIER, « Les États généraux de la bioéthique. Premiers bilans », *Études*, 2018, n° 10, p. 43-54.

90 Art. L 1412-3-1 du Code de la santé publique.

91 Art. L 1412-1-1 du Code de la santé publique, loi Bioéthique du 2 août 2021.

Si cette participation citoyenne n'avait pas pour objectif de permettre aux citoyens de contrôler les évolutions législatives adoptées, ces expériences ont associé citoyens et experts sur une série de questions en débat dans la société pour proposer des solutions au plus proche des divers intérêts en présence et des préoccupations de chacun. L'objectif de ces débats est de trouver les solutions les plus adaptées en s'appuyant à la fois sur la connaissance des experts et le « savoir-citoyen »⁹² propres à enrichir les points de vue exprimés. Une norme, élaborée de façon concertée, obtenue par consensus, dans un processus impliquant les citoyens semble plus acceptable politiquement qu'une norme imposée par l'administration ou décidée par les seuls représentants.

La crise du COVID-19 n'a pas conduit à la mise en place de telles instances de concertation à l'échelle nationale en France. En revanche, lorsque la période de restrictions pour des raisons sanitaires a été prolongée, un certain nombre d'initiatives ont été lancées au niveau local pour tempérer l'« hypercentralisation » des dispositifs adoptés pour cause d'urgence sanitaire. Ainsi, certaines villes comme Grenoble ont mis en place une Convention citoyenne COVID 19⁹³ dont l'objectif était de permettre à des citoyens tirés au sort de discuter et donner un avis sur l'adaptation des mesures sanitaires au niveau local, de faire remonter les préoccupations locales, ou encore de proposer des mesures pour favoriser la sortie de la crise ou en tirer les leçons à l'échelle locale (Nantes⁹⁴, par exemple).

François Ruffin a pour sa part proposé qu'une Convention citoyenne COVID-19 soit mise en place au niveau national⁹⁵. Cette initiative, même si elle n'a pas été retenue, fait évidemment écho à la perception très verticale des mesures adoptées sur le fondement de décisions qui semblaient être prises essentiellement par le chef de l'État, le Premier ministre et un Conseil scientifique *ad hoc*.

Les citoyens de la Convention citoyenne sur le Climat se sont eux-mêmes saisis de la question en faisant le lien entre dérèglement climatique et apparition du virus COVID-19. Ils ont notamment réfléchi à des solutions visant à éviter que les effets de la crise sanitaire affectent les objectifs de réduction des GES à l'horizon 2030. Ainsi cinquante propositions dites « éco-responsables » ont été présentées au gouvernement dès le mois d'avril 2020 pour que la crise du COVID ait un impact limité sur les engagements de la France⁹⁶. Ces mesures ont finalement intégré l'ensemble des propositions déposées dans le cadre du rapport final rendu par la Convention citoyenne sur le Climat, dont certaines ont inspiré le projet de loi Climat et résilience.

92 Y. SINTOMER, « Du savoir d'usage au métier de citoyen ? », *Raisons politiques*, 2008, n° 31, p. 115.

93 [<https://www.lagazettedescommunes.com/711982/a-grenoble-une-convention-citoyenne-locale-covid-19/>].

94 [<https://www.la-croix.com/France/Covid-19-Nantes-convention-citoyenne-tirer-lecons-crise-2020-10-02-1201117244>].

95 [https://www.huffingtonpost.fr/entry/ruffin-propose-convention-citoyenne-sur-le-coronavirus-exclusif_fr_5f96b965c5b69b2ad5acb744].

96 [https://www.lemonde.fr/climat/article/2020/04/11/climat-les-50-propositions-de-la-convention-citoyenne-pour-porter-l-espoir-d-un-nouveau-modele-de-societe_6036293_1652612.html] ; [<https://www.lefigaro.fr/flash-eco/coronavirus-50-propositions-de-la-convention-citoyenne-20200410>].

L'idée d'associer les citoyens pour rendre la norme plus acceptable est également directement à l'origine de la mise en place d'une convention citoyenne sur la vaccination, nommée Collectif citoyen pour la vaccination⁹⁷, en janvier 2021. Une « concertation citoyenne sur la vaccination » avait déjà eu lieu en 2016, à la demande de la ministre Marisol Touraine, faisant intervenir outre des professionnels de santé, deux jurys citoyens composés de personnes tirées au sort⁹⁸. Il s'agissait, dès cette période, de réfléchir à la manière de faire face à la réticence grandissante d'une partie de la population face à la vaccination. Le Collectif citoyen de 2021 était composé de 35 citoyens sélectionnés de manière aléatoire sur la base de critères permettant à celui-ci d'être représentatif, y compris de la diversité des positions quant à la volonté ou non de se faire vacciner⁹⁹. Le rôle de cette assemblée n'était pas de se positionner sur l'obligation de se faire vacciner mais d'accompagner la campagne de vaccination et notamment de rassurer les citoyens qui étaient, dans les premiers mois, majoritairement réticents à la vaccination contre le COVID-19 et à la mise en place d'un passeport vaccinal¹⁰⁰. Concrètement, ils avaient à répondre à la question suivante : « Avez-vous l'intention de vous faire vacciner dans l'année 2021 contre la COVID-19 ? ». Il s'agissait donc pour les citoyens de cette assemblée de débattre de la manière dont était menée la campagne de vaccination et de faire des recommandations pour faciliter cette dernière. Les travaux ont été organisés en plusieurs étapes sur l'année 2021 permettant d'assurer le suivi et le bilan de la campagne de vaccination. Cette assemblée a été mise en place alors qu'une majorité de Français était sceptique, les sondages ont évolué en faveur de la vaccination rendant marginale l'utilité des missions poursuivies par le Collectif citoyen¹⁰¹. Par ailleurs, ses missions étant étroitement définies, il n'aurait pas vocation à permettre aux citoyens tirés au sort d'assurer une forme de contrôle des décisions prises par le Gouvernement en matière vaccinale.

Tirant les leçons notamment de la crise sanitaire, le Rapport Bernasconi destiné à réfléchir aux moyens de « Rétablir la confiance des Français dans la vie démocratique », rendu en février 2022¹⁰², souligne la nécessité de repenser le fonctionnement de la démocratie sanitaire en la structurant différemment et d'impliquer plus fortement les citoyens en consacrant un droit à la participation en matière de santé¹⁰³.

D'autres États ont tâché d'impliquer plus directement les citoyens dans la gestion de la crise sanitaire, à l'instar de la Belgique et des Pays-Bas.

97 Ce terme de « Collectif citoyen » peut surprendre car il est habituellement réservé à des assemblées de citoyens participatives (sans tirage au sort) initiée par les citoyens eux-mêmes.

98 Voir à ce sujet, [<https://www.santepubliquefrance.fr/les-actualites/2017/vaccination-retour-sur-la-concertation-citoyenne>].

99 [<https://www.gouvernement.fr/actualite/debut-des-travaux-du-collectif-citoyen-sur-la-vaccination>].

100 Une consultation citoyenne effectuée par le CESE entre février et mars 2021 a révélé que plus de 67 % de la population était « très défavorable » à la vaccination : [<https://participez.lecese.fr/pages/resultats-de-la-consultation-sur-le-passeport-vaccinal>].

101 Résultats de leurs travaux mis en ligne sur le site du CESE.

102 P. BERNASCONI, *Rétablir la confiance des Français dans la vie démocratique. 50 propositions pour un tournant délibératif*.

103 *Id.*, p. 46-48. Proposition n° 14 : Structurer la politique de démocratie sanitaire, au niveau national et déconcentré, en clarifiant ses objectifs, ses moyens et sa gouvernance, et en développant ses liens avec les autres acteurs de la participation citoyenne. Proposition n° 15 : Lancer une réflexion sur la consécration d'un véritable droit à la participation en matière de santé.

C. Des expériences de co-construction et d'évaluation des mesures sanitaires par les citoyens : pour un contrôle avant, pendant et après la crise

Le Parlement bruxellois pour sa part a souhaité organiser en 2021 sa toute première commission délibérative, comme l'y autorise son Règlement modifié¹⁰⁴, sur la place des citoyens dans la gestion d'une crise¹⁰⁵. Loin de considérer que les citoyens n'ont pas de rôle à jouer, la première page du site présentant cette commission indique :

« l'implication des citoyens dans la prise de décisions en amont permet de renforcer la transparence de celles-ci mais aussi l'adhésion aux mesures qui en découlent. Favoriser la participation aux décisions, c'est donc en améliorer l'efficacité et la pertinence. Nous pensons que l'implication des citoyens dans la gestion d'une crise doit faire partie intégrante d'une stratégie de résolution de crise et peut se faire en amont, pendant ou après la crise¹⁰⁶. »

La réflexion menée par cette commission tire à la fois les leçons de la gestion de la crise sanitaire et de celle consécutive aux inondations très importantes de 2021 durant laquelle beaucoup de citoyens ont souhaité apporter de l'aide aux sinistrés mais l'ont fait de manière désordonnée. La commission délibérative bruxelloise est mixte. Celle chargée de réfléchir à la gestion des crises était composée de 36 citoyennes et citoyens tirés au sort et de 12 parlementaires. La question posée était la suivante : « Dans quelle mesure et de quelle manière les citoyennes et citoyens bruxellois envisagent-ils leur rôle dans la prévention, la communication, la gestion d'une crise et son évaluation ? ». Après plusieurs présentations effectuées par des experts (professionnels, universitaires), et plusieurs réunions, les membres de la commission ont remis un rapport dans lequel des recommandations ont été formulées sur la gestion d'une crise dans son ensemble. Parmi les intervenants, la professeure Anne-Emmanuelle Bourgaux a souligné que les parlementaires avaient été écartés au profit d'un comité de concertation piloté par l'exécutif dont le fonctionnement était assez opaque et que les citoyens ont été encore moins sollicités qu'à l'accoutumée¹⁰⁷. Elle estime qu'une « Une gestion de crise efficace passe par l'adhésion des citoyens aux mesures ». Elle a proposé que des panels de citoyens visant à « monitorer les options discutées par les parlementaires » ou des « consultations directes » soient organisées même en période de crise¹⁰⁸, en particulier sur des mesures touchant aux droits et libertés des individus.

La question du contrôle des décisions prises pour répondre à la crise a également été directement abordée dans le cadre des débats. Plusieurs professionnels de terrain ont souligné l'impératif de répondre dans l'urgence à une situation de crise qui ne coïncidait pas nécessairement avec l'organisation d'un panel citoyen, par exemple¹⁰⁹. Davantage que le contrôle, c'est une évaluation des dispositifs mis en place qu'ont proposé les membres de la Commission. Plusieurs recommandations

104 Article 42 *ter* du Règlement du Parlement francophone bruxellois.

105 [<https://democratie.brussels/assemblees/gestion-crise>]. consulté le 1^{er} juillet 2022.

106 *Ibid.*

107 Fiche d'information de la Commission délibérative, 24 septembre 2021, p. 28.

108 *Id.*, p. 31.

109 *Id.*, p. 78.

visent à impliquer davantage les citoyens soit dans l'élaboration des décisions publiques, soit dans leur évaluation de ces dernières, soit dans le contrôle des décideurs publics. Ainsi, la recommandation n° 1 de la Commission délibérative porte sur la mise en place d'une « structure permanente » composée de citoyens tirés au sort chargée de conseiller le Gouvernement pour la prévention, si possible la gestion, et l'évaluation d'une crise. La recommandation n° 14 prévoit la création d'une cellule citoyenne (composée de citoyens tirés au sort) dans les administrations publiques pour favoriser l'implication des citoyens dans le processus de prise de décision publique. La recommandation n° 2 prévoit d'encourager, en situation de crise, le droit d'interpellation communal et le droit de pétition devant le Parlement régional afin d'améliorer « l'information et la communication ». Ces mécanismes permettent également aux citoyens de contrôler les motifs et ce faisant d'apprécier la légitimité des dispositions adoptées. Cette forme de vigilance fait également peser sur les décideurs publics l'exigence de prendre en considération l'incidence de leurs choix sur les citoyens et de rendre des comptes sur les raisons ayant conduit à faire de tels choix. Enfin, parmi les recommandations, se trouve également celle de pouvoir procéder à des consultations citoyennes, notamment en ligne, à tous les échelons de l'État, y compris en période de crise.

Les délibérations menées dans le cadre de cette commission révèlent des citoyens qui souhaitent être associés davantage à la prévention et l'évaluation de la crise, tout en gardant à l'esprit que, par souci d'efficacité, ils ne peuvent pas être systématiquement sollicités pour la gestion d'une crise. Par le biais de ces recommandations, de nouvelles normes pourront sans doute être discutées et, pour certaines d'entre elles, adaptées avant d'être adoptées par le Parlement bruxellois voire par le Parlement fédéral.

Les Pays-Bas ont opté, pour leur part, pour un système permettant de recueillir les préférences des citoyens sur les normes relatives au confinement¹¹⁰, et précisément sur leur assouplissement entre mai et juillet 2020¹¹¹. Plus qu'un simple sondage, cette méthode de l'évaluation participative (*Participatory Value Evaluation*) consistait à interroger de façon précise les citoyens sur les décisions que le gouvernement devait prendre en les informant à la fois des différentes options envisagées, de leurs effets concrets et des contraintes auxquelles ce dernier est confronté¹¹². Les participants pouvaient ensuite faire connaître leur point de vue, de manière argumentée, compte tenu des différents éléments dont ils disposaient. Ils étaient incités à expliciter leur décision aussi bien quant au dispositif qu'ils privilégiaient que par rapport à ceux qu'ils rejetaient. Comme dans le cadre des mini-publics délibératifs, l'un des intérêts de ce dispositif participatif repose sur la plus-value d'un « savoir » produit par les citoyens plus large et plus riche en termes de diversité, que celui des

110 Les Pays-Bas ont été l'un des États ayant le plus tardé à mettre en place des mesures de confinement en pariant pendant plusieurs semaines sur l'immunité collective. Cependant, face au nombre de cas, la fermeture d'établissement et des mesures de confinement ont finalement été adoptées.

111 N. MOUTER, J. I. HERNANDEZ, A. V. ITTEN, « Public participation in crisis policymaking. How 30,000 Dutch citizens advised their government on relaxing COVID-19 lockdown measures », *PLOS ONE*, 2021, 16(5), [<https://doi.org/10.1371/journal.pone.0250614>]. (consulté le 26 juin 2022).

112 Voir notamment pour les formes d'évaluation participative impliquant les citoyens à différents degrés : B. PLOTTU et E. PLOTTU, « Contraintes et vertus de l'évaluation participative », *Revue française de gestion*, 2009/2, n° 192, p. 31-58.

gouvernants eux-mêmes, leur administration, ainsi que par les professionnels d'un secteur donné. Ainsi, les auteurs de l'étude sur cette expérimentation néerlandaise rappellent :

« *The general public weighs pandemic policy decisions differently than professionals (who might have a tendency to view the world through a narrower lens). [...] Through a participatory process, the public may bring in new ideas, arguments, values and conditions that were not on the radar of (the experts who inform) decision-makers. [...] Citizens' imaginations are not necessarily constrained by legalistic, bureaucratic or scientific views of disaster management, but have the potential to be a source of collective wisdom and capability to solve problems.*¹¹³ »

Les arguments avancés pour justifier les préférences ou les rejets exprimés sont à la fois une source d'information pour les décideurs publics et susceptibles d'insuffler de nouvelles idées.

Cette technique présente en outre pour avantage de responsabiliser les citoyens interrogés en les plaçant dans une situation de décideurs publics. Elle peut être adaptée à la nécessité d'obtenir des réponses rapides en situation de crise en étant organisée en ligne sur un laps de temps très court, ce qui constitue un atout par rapport à l'organisation de mini-publics¹¹⁴. Dans le cas des Pays-Bas, deux groupes ont été amenés à se prononcer entre le 29 avril et le 4 mai 2020. Le premier groupe était constitué de 3 358 citoyens néerlandais tirés au sort sur la base de critères de représentativité (évaluation sélective fermée). Le second groupe était constitué de 26 293 volontaires (néerlandais ou non) pour participer à cet exercice en ligne (évaluation participative ouverte). Le procédé d'évaluation était relativement complexe puisque les citoyens devaient aborder huit thématiques¹¹⁵, justifier leurs choix pour chacune d'entre elles et répondre à tout une série de questions permettant de mesurer la représentativité de ces échantillons de la population. La grande majorité des participants s'est montrée favorable à un confinement moins strict, tout en prenant en considération la nécessité de ne pas engorger le système hospitalier. Des divergences sont apparues entre les deux groupes et selon leurs caractéristiques (âge, sexe, niveau de revenu...)¹¹⁶. Le panel de citoyens tiré au sort s'est montré un peu moins laxiste que le groupe de participants volontaires.

Un tel système peut être apparenté au « vote justifié », proposé par Jean-Étienne Vandamme, dans le cadre de l'organisation des référendums¹¹⁷. Donner des arguments pour justifier une préférence permet en effet d'être plus réfléchi dans les choix effectués. L'avantage du référendum est également qu'il permet à une majorité de décider. Dans ce cas, les citoyens ont véritablement un pouvoir et cela

113 *Id.*, 2.1.

114 *Id.*, 3.1.

115 « Autoriser les visiteurs dans les maisons de repos et de soins ; Réouverture des commerces (autres que les professions de contact et l'industrie hôtelière) ; Rouvrir les professions de contact ; Les jeunes peuvent se réunir en petits groupes ; Toutes les restrictions sont levées pour les personnes immunisées ; Toutes les restrictions sont levées dans les provinces du Nord ; Les membres directs de la famille d'autres ménages peuvent avoir des contacts sociaux ; Réouverture de l'industrie de l'accueil et du divertissement ».

116 Pour les résultats précis de cette évaluation, N. MOUTER, J. I. HERNANDEZ, A. V. ITTEN, *précité*, 5.

117 P.-E. VANDAMME, « Des référendums plus délibératifs ? Les atouts du vote justifié », *Participations*, 2018/1, n° 20, p. 29-52.

peut permettre de contrôler l'action des gouvernants. L'inconvénient de l'expérimentation menée aux Pays-Bas est que l'influence que les résultats de cette évaluation a pu avoir sur les gouvernants n'a pas pu être réellement mesurée.

L'impact de ces quelques mécanismes délibératifs évoqués en tant qu'instruments de contrôle est discutable puisque la plupart sont organisés à l'initiative de l'exécutif. Leurs missions sont étroitement définies et leur efficacité est faible puisqu'ils ont pour seul objectif de faire des recommandations à l'issue du processus ou d'exprimer une préférence. En aucun cas, ces assemblées citoyennes ou ces consultations ne permettent d'imposer certains choix à leurs commanditaires. En l'état, ces outils servent à rassurer et à légitimer une démarche du gouvernement plus qu'à permettre aux citoyens de contrôler l'action du gouvernement et des représentants. Le gouvernement cherche ainsi à obtenir une forme de consensus autour des questions posées, afin d'inscrire sa politique dans la durée. Cette manière de procéder, si elle devait dépasser le stade de l'expérimentation et être institutionnalisée, nécessiterait qu'un cadre juridique soit posé concernant la mise en place, les missions, les conditions d'information et de délibération ou encore la portée des propositions effectuées par ces assemblées citoyennes. En effet, le risque est en l'état celui de l'instrumentalisation de ces assemblées délibératives pour donner l'impression d'une participation citoyenne vertueuse au détriment d'instruments plus encadrés juridiquement, dont le référendum, mais dont les résultats sont plus contraignants pour les pouvoirs publics. Les assemblées citoyennes délibératives pourraient pourtant participer à la co-construction des normes, en se voyant ouvrir la possibilité de déposer des propositions de loi qui seraient ensuite discutées par le Parlement et possiblement amendées par le Gouvernement¹¹⁸. Cependant cette co-construction ne peut se faire dans l'urgence. La gestion des crises peut en revanche être préparée de concert avec les citoyens afin d'être mieux organisée et rendre les mesures prises plus acceptables.

En définitive, pour répondre à la question initialement posée, le pouvoir de contrôle des citoyens sur les mesures prises durant la crise sanitaire a été très limité en France en particulier. D'une manière générale, la démocratie a besoin de temps pour pouvoir se déployer et s'exercer. Le contrôle des citoyens s'inscrit plus facilement dans la durée. L'urgence se caractérise en revanche par des procédures exceptionnelles et la nécessité d'être rapide et efficace, ce qui coïncide mal avec des formes de contrôle qui risqueraient même de ralentir la résolution d'une crise. Pourtant, comme a pu le relever Loïc Blondiaux à propos de la crise démocratique que traverse de nombreux États dont la France : « ce qui s'exprime aujourd'hui ne relève pas seulement de la défiance ou de la déception vis-à-vis du système politique, c'est aussi, de la part d'une fraction croissante de citoyens, une aspiration à être gouverné autrement et à pouvoir contribuer à la décision politique »¹¹⁹.

118 Y. SINTOMER « De la démocratie délibérative à la démocratie radicale ? Tirage au sort et politique au XXI^e siècle », *Participations*, 2019/1, n° 23, p. 51.

119 L. BLONDIAUX, « De la démocratie en France », *Esprit*, 2021/4, p. 89.

Les exemples belge, néerlandais, mais aussi américains et suisse montrent que certains États accordent une confiance plus importante à l'expression des citoyens et que les préférences et recommandations exprimées peuvent parfois influencer la prise de décision publique. La réflexion menée par la Commission délibérative du Parlement de Bruxelles est à cet égard très intéressante car non seulement elle permet une co-construction de la norme entre citoyens, représentants élus et décideurs publics, elle permet aussi d'anticiper la manière de gérer les prochaines crises mais elle pointe également les limites d'une concertation avec les citoyens en cas d'urgence. Si les citoyens ne peuvent pas être invités à toute décision publique, une plus grande transparence et des formes de participation souples devraient cependant pouvoir être exercées par exemple en ligne. En outre, une évaluation des décisions publiques devrait toujours être possible. Ces dispositifs permettraient peut-être de réconcilier les citoyens avec la décision publique et de rendre cette dernière plus acceptable, même en situation de crise.

**LA PROPORTIONNALITÉ COMME CRITÈRE DE LA RÉGULARITÉ
DE LA DÉCISION PUBLIQUE DANS LE CADRE DE L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE
UNE NOUVELLE « SCIENCE » ADMINISTRATIVE ?**

Afroditi MARKETOU¹

La diffusion de la proportionnalité dans les discours n'est pas nouvelle ; elle a toutefois pris une autre ampleur depuis la crise sanitaire pour devenir véritablement omniprésente. Lorsqu'un ministre défend une solution, il ne manque pas d'affirmer que celle-ci est parfaitement proportionnée à la situation ; quand un citoyen critique une mesure, il affirme quasiment systématiquement que celle-ci est complètement disproportionnée. Cette omniprésence se retrouve aussi devant le juge administratif et, plus précisément, dans les ordonnances du Conseil d'État en référé liberté qui formeront l'objet de cette étude. On retrouve en effet le vocabulaire de la proportionnalité dans quasiment toutes les affaires : dans l'argumentation des requérants et de l'administration ainsi que, souvent, dans la motivation de la décision du juge. Même si l'on a tendance à l'oublier, c'est quelque chose de particulièrement nouveau : jusqu'aux années 2010, le vocabulaire de la proportionnalité était quasiment absent de la motivation des ordonnances du Conseil d'État en référé².

On pourrait aller jusqu'à dire que, dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire, les contraintes juridiques traditionnelles pesant sur la décision publique sont largement remplacées par une exigence générale de proportionnalité qui donne plus de latitude aux organes étatiques pour faire face aux circonstances exceptionnelles. D'ailleurs, dans son article L. 3131-15, le code de la santé publique dispose que les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire « sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu³ ». Quelle est la signification de cette hégémonie de la proportionnalité ? Faut-il en déduire une adhésion tardive du Conseil d'État au discours néoconstitutionnaliste de certaines cours européennes, notamment du Tribunal constitutionnel fédéral allemand ?

1 Doctorante, Institut européen de Florence.

2 Sur ce point, voir A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2021, p. 289.

3 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, texte n° 2.

À l'encontre d'une lecture souvent faite par la doctrine, qui voit dans la proportionnalité un principe protecteur des droits fondamentaux, je défendrai dans cette contribution que, dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'état d'urgence sanitaire, la proportionnalité, même employée dans le contexte des libertés fondamentales, est un principe de décision technocratique. Elle relève plus de l'idéal d'une bonne administration que d'une logique de protection des droits et elle exprime, à ce titre, une tendance à l'administrativisation du droit constitutionnel et des libertés fondamentales caractéristique de la jurisprudence du Conseil d'État. Tout d'abord, je montrerai l'échec de la proportionnalité en tant que principe protecteur des libertés (I). Ensuite, je soutiendrai que la proportionnalité exprime la confiance du juge en une « science » administrative qui rationaliserait la décision publique en temps de crise (II).

I. L'échec de la proportionnalité comme principe protecteur des libertés

La proportionnalité semble une méthode particulièrement adaptée en temps de crise car elle déplace l'objet du contrôle juridictionnel. Plutôt que sur des règles de forme et de compétence, le contrôle en vient à porter sur le contenu et les effets de l'action publique⁴. Si son développement remet en cause la légalité formelle et la conception traditionnelle de la liberté qui en découle, cela est censé être compensé par l'établissement des droits fondamentaux comme priorité de la décision publique⁵. Les adeptes du constitutionnalisme global voient même dans l'hégémonie de la proportionnalité l'institution d'une « culture de justification » basée sur les droits fondamentaux⁶. En effet, telle qu'elle est pratiquée par certaines cours constitutionnelles, la proportionnalité met la décision publique à l'épreuve d'un contrôle juridictionnel exigeant du point de vue des droits et libertés. Elle consiste en une structure argumentative en étapes qui s'applique rigoureusement et permet de définir de manière transparente les finalités de la décision publique. C'est notamment le cas de la dernière étape du contrôle de proportionnalité qui implique la mise en balance des valeurs en cause dans les cas portés devant le juge⁷. La proportionnalité consiste alors en un raisonnement moral centré sur les droits et les principes constitutionnels et replace ceux-ci au cœur de l'ordre juridique, permettant leur réalisation optimale en fonction des circonstances. Elle remplace d'autres types de raisonnement « dogmatiques », reposant sur les textes et des catégories traditionnelles⁸.

4 Sur la proportionnalité, voir M. KUMM, « Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice. A review essay on A Theory of Constitutional Rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, vol. 2, n° 3, p. 575 ; A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2012. En France, voir l'ouvrage de référence de X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, Économica, 1990. Plus récemment, voir le dossier « Actualité du contrôle de proportionnalité », *AJDA* n° 14/2021, 19 avril 2021, p. 779 s.

5 M. KUMM, « What Do You Have in Virtue of Having a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement », *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, n° 46, 2006.

6 M. COHEN-ELIYA et I. PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, coll. « Cambridge studies in constitutional law », 2013.

7 K. MÖLLER, « Balancing and the structure of constitutional rights », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, n° 3, p. 13. K. MÖLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, coll. « Oxford constitutional theory », 2012 ; M. KLATT et M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

8 R. ALEXI, « On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison », *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n° 4, p. 433 ; voir aussi D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2004.

Ce modèle « global » de la proportionnalité doit être contrasté à la version française qu'on trouve dans les motivations du Conseil d'État. La différence se constate tout d'abord dans les structures de raisonnement suivies par le juge. En effet, il faut remarquer que si le Conseil déclare souvent que les mesures d'urgence doivent « être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent », il ne structure en général pas son raisonnement en suivant les étapes du contrôle de proportionnalité⁹. Or, pour les adeptes de la théorie de la proportionnalité, l'application rigoureuse de la structure argumentative en étapes est essentielle afin que la proportionnalité puisse remplir sa fonction protectrice des droits et des libertés¹⁰. Dans la jurisprudence du Conseil d'État, par ailleurs, la proportionnalité ne remplace pas les modes de raisonnement traditionnelles. D'ailleurs, parfois ce sont précisément ces modes de raisonnement dit « dogmatiques » qui se révèlent le plus protecteurs des libertés. Dans l'ordonnance concernant l'utilisation des drones pour la surveillance du respect des mesures de l'état d'urgence à Paris, par exemple, l'argument des requérants tiré de la proportionnalité a échoué : le juge administratif a décidé que l'utilisation des drones par la préfecture de police avait un but légitime et était nécessaire. Ce qui a fonctionné, en revanche, était l'argument tiré du non-respect de la procédure administrative devant la Commission nationale de l'informatique et libertés¹¹.

Les différences structurelles analysées plus haut sont liées à la fonction que remplit la proportionnalité dans la jurisprudence administrative. Si la proportionnalité s'est progressivement propagée dans les motivations du Conseil d'État, c'est une version formaliste du principe qu'adopte le juge. Le contrôle de proportionnalité « à la française » ne remet en principe pas en cause les choix politiques des autorités contrôlées¹². Cette caractéristique générale du contrôle juridictionnel est exacerbée en temps de crise sanitaire. En effet, dans la jurisprudence relative à la pandémie, faire face au COVID-19 est la première priorité de l'action publique, et le juge se réfère longuement aux circonstances particulières dans lesquelles il doit rendre sa décision¹³. Pendant la crise sanitaire, le Conseil d'État a réitéré avec peu de modifications les considérants qui suivent, adaptés au fur et à mesure des confinements successifs :

9 Voir, par exemple, l'ordonnance du 22 mars 2020, n° 439674, concernant le confinement total de la population ; l'ordonnance du 8 avril 2020, n° 439827, concernant les mesures pour les détenus ; et l'ordonnance du 15 avril 2020, n° 439910, concernant l'accès aux soins des personnes résidant en EHPAD. Voir, toutefois, pour quelques rares exceptions, l'ordonnance du 29 novembre 2020, n°s 446930, 446941, 446968 et 446975, concernant la limite de 30 personnes dans les établissements de culte et l'ordonnance du 8 décembre 2020, n° 446715, concernant la fermeture des bars et restaurants.

10 Sur le caractère structurel du principe de proportionnalité, voir M. KUMM, *Democracy is Not Enough: Rights, Proportionality and the Point of Judicial Review*, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2009 ; « The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review », *Law and Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 41, n° 2, p. 141.

11 Ordonnance du 18 mai 2020, n°s 440442 et 440445.

12 A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, *op. cit.*, p. 66 s. Le terme proportionnalité « à la française » est emprunté à R. BOUSTA, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, p. 859 ; « Contrôle constitutionnel de proportionnalité : La "spécificité française" à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011, p. 913.

13 Voir, entre autres, l'ordonnance du 8 avril 2020, concernant les mesures pour les détenus, précitée, cons. 7 s. ; l'ordonnance du 15 avril 2020, concernant l'accès aux soins des personnes résidant en EHPAD, précitée, cons. 2 s. ; l'ordonnance du 18 mai 2020, concernant la surveillance par drones du respect des mesures de l'état d'urgence à Paris, précitée, cons. 2 s. ; l'ordonnance du 18 mai 2020, n°s 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563 et 440590, concernant les rassemblements dans les lieux de culte pendant la période de déconfinement, cons. 4 s. ; et l'ordonnance du 6 juillet 2020, n°s 441257, 441263 et 441384, concernant l'obtention d'une autorisation avant d'organiser une manifestation, cons. 2 s.

« L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou COVID-19 et particulièrement contagieux, a été qualifiée d'urgence de santé publique de portée internationale par l'Organisation mondiale de la santé le 30 janvier 2020, puis de pandémie le 11 mars 2020. La propagation du virus sur le territoire français a conduit le ministre chargé de la santé puis le Premier ministre à prendre, à compter du 4 mars 2020, des mesures de plus en plus strictes destinées à réduire les risques de contagion. Pour faire face à l'aggravation de l'épidémie, la loi du 23 mars 2020 a créé un régime d'état d'urgence sanitaire, défini aux articles L. 3131-12 à L. 3131-20 du code de la santé publique, et a déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020. La loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ces dispositions a prorogé cet état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet 2020. L'évolution de la situation sanitaire a conduit à un assouplissement des mesures prises et la loi du 9 juillet 2020 a organisé un régime de sortie de cet état d'urgence.

« Une nouvelle progression de l'épidémie au cours des mois de septembre et d'octobre, dont le rythme n'a cessé de s'accélérer au cours de cette période, a conduit le Président de la République à prendre le 14 octobre dernier, sur le fondement des articles L. 3131-12 et L. 3131-13 du code de la santé publique, un décret déclarant l'état d'urgence sanitaire à compter du 17 octobre sur l'ensemble du territoire national. Le 29 octobre 2020, le Premier ministre a pris, sur le fondement de l'article L. 3131-15 du code de la santé publique, le décret dont la suspension de l'exécution de l'article 40 est demandée, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de COVID-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. L'article 1^{er} de la loi du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire a prorogé l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 16 février 2021 inclus¹⁴. »

L'énumération des différentes mesures restrictives prises par le gouvernement pour faire face à la crise sanitaire n'est pas suivie d'un contrôle strict de celles-ci du point de vue des droits et libertés fondamentaux. Au contraire, elle sert plutôt à démontrer l'urgence dans laquelle le juge doit rendre sa décision. Ayant établi que le gouvernement évalue la situation comme urgente, le juge se remet par la suite aux décisions ministérielles. Cela conduit à la validation d'atteintes très sérieuses aux droits et libertés qui vont souvent jusqu'à établir, comme règle, la restriction et comme exception, les droits. On observe donc un renversement de la jurisprudence *Benjamin*, au nom de la proportionnalité, le même principe que cet arrêt est censé appliquer¹⁵.

L'affaire *Marchés de France* est très illustrative à cet égard¹⁶. Dans cette affaire, la Fédération nationale des marchés de France demandait au Conseil d'État en référé de suspendre l'exécution du décret du 23 mars 2020 en ce qu'il interdisait la tenue des marchés et d'enjoindre à l'État de rétablir le

14 Voir l'ordonnance du 8 décembre 2020, concernant la fermeture des bars et restaurants, précitée, cons. 3 et 4. Voir aussi l'ordonnance du 23 décembre 2020, n^{os} 447698, 447783, 447784, 447785, 447786, 447787, 447791, 447799 et 447839, concernant la fermeture des lieux de culture (cinémas, théâtres, salles de spectacle), cons. 6 et 7.

15 Pour une analyse intéressante sur l'actualité de l'arrêt *Benjamin*, voir P.-H. PRÉLOT, « L'actualité de l'arrêt Benjamin », *RFDA*, 2013, p. 1020.

16 Voir l'ordonnance du 1 avril 2020, n^o 439762, concernant la fermeture des marchés.

principe d'autorisation de la tenue des marchés alimentaires sur l'ensemble du territoire national. Le Conseil commence son raisonnement en annonçant que, dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le Premier ministre peut apporter des restrictions aux droits et libertés fondamentaux, en vue de sauvegarder la santé de la population. Ces restrictions doivent être « nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent¹⁷. » Les juges mentionnent que l'interdiction litigieuse résulte de la difficulté de faire respecter les mesures « barrières » dans le cadre des marchés ouverts. Par ailleurs, ils relèvent, cette interdiction générale s'accompagne de la faculté pour le préfet d'autoriser l'ouverture d'un marché alimentaire, au vu des circonstances locales, notamment liées à l'approvisionnement de la population et à la possibilité de faire respecter les règles sanitaires¹⁸. Cette faculté de faire exception à l'interdiction générale au vu des circonstances locales a permis au Conseil d'affirmer la proportionnalité des dispositions contestées. Selon les juges :

« Il résulte enfin de l'instruction, en particulier des éléments produits en défense, que le nombre des autorisations préfectorales augmente régulièrement depuis l'entrée en vigueur du décret du 23 mars 2020 et a vocation à continuer de s'élever au fur et à mesure qu'il apparaîtra que l'ouverture d'un marché alimentaire peut s'accompagner des mesures d'organisation permettant de prévenir le risque sanitaire, notamment en ce qui concerne la gestion des flux et le respect des distances. Dans ces conditions, les dispositions litigieuses, dont il ne résulte pas de l'instruction qu'elles entraîneraient un phénomène d'afflux dans les magasins d'alimentation sédentaires, ménagent un juste équilibre entre la nécessité de garantir la santé publique et la satisfaction des besoins d'approvisionnement de la population. Il s'ensuit qu'il ne résulte pas de l'instruction que serait méconnue l'obligation posée par l'article L. 3131-15 du code de la santé publique précité que les mesures prises sur son fondement soient strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. »

Le raisonnement du Conseil dans ce cas est quelque peu paradoxal : l'interdiction générale des marchés ouverts est proportionnée dans la mesure où les préfets instaurent un nombre croissant d'exceptions à celle-ci au vu des circonstances. Il n'en reste pas moins que le « juste équilibre » que ménagent les dispositions litigieuses établit la liberté d'exercice d'une profession et la liberté d'entreprendre comme l'exception qui doit être constatée par le représentant de l'État, le principe étant l'interdiction de tenue des marchés.

L'absence générale du vocabulaire de la mise en balance dans les motivations du Conseil d'État montre aussi que les choix politiques du gouvernement échappent au juge. Selon la théorie de la proportionnalité, la dernière étape du contrôle de proportionnalité *stricto sensu* conduit à une explicitation des choix politiques et moraux qui sous-tendent l'action publique. Dans la jurisprudence du Conseil d'État relative à la crise sanitaire, néanmoins, il n'y a qu'une seule occurrence où le juge procède explicitement à une mise en balance des intérêts et des principes en cause dans l'affaire portée

17 *Ibid.*, cons. 9.

18 *Ibid.*, cons. 10.

devant lui : il s'agit de la décision sur l'utilisation de la visioconférence lors des audiences devant les cours d'assises et les cours criminelles¹⁹. Après avoir rappelé les circonstances liées à l'évolution de la pandémie, le Conseil souligne que le recours accru à la visioconférence est nécessaire pour faire face aux difficultés pratiques que rencontre l'administration pénitentiaire pour effectuer les extractions des détenus compte tenu des contraintes particulièrement lourdes qu'impose le respect des mesures sanitaires. Les juges acceptent la légitimité de la mesure en principe, en relevant que l'usage de la visioconférence incombe au pouvoir des magistrats, qui doivent s'assurer que cet usage est justifié dans les circonstances et qu'il permet de respecter les droits des détenus. De cette manière, l'outil de la visioconférence permet d'éviter le report des audiences et contribue ainsi au bon fonctionnement de la justice²⁰. Toutefois, ces raisons n'ont pas suffi pour justifier l'utilisation de la visioconférence lors des audiences devant la cour d'assises ou la cour criminelle. Les juges expliquent :

« La gravité des peines encourues et le rôle dévolu à l'intime conviction des magistrats et des jurés confèrent une place spécifique à l'oralité des débats. Durant le réquisitoire et les plaidoiries, la présence physique des parties civiles et de l'accusé est essentielle, et plus particulièrement encore lorsque l'accusé prend la parole en dernier, avant la clôture des débats. Dans la balance des intérêts en présence, en l'état des conditions dans lesquelles s'exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les éléments mentionnés au point 12 sur les exigences du bon fonctionnement de la justice ne sont pas suffisants pour justifier l'atteinte que portent les dispositions contestées aux principes fondateurs du procès criminel et aux droits des personnes physiques parties au procès, qu'elles soient accusées ou victimes²¹. »

À cette exception près, le Conseil se contente le plus souvent de déclarer que la conciliation des droits et objectifs constitutionnels incombe aux autorités d'application des dispositions contrôlées : les chefs d'établissement pour les prisons²², les magistrats²³ ou le conseil d'administration de la Ligue de football²⁴. Ainsi, il semble que la proportionnalité « à la française » concerne plus la répartition des compétences entre différentes autorités que la protection des droits fondamentaux²⁵. En ce sens, au lieu d'une constitutionnalisation du droit administratif, l'hégémonie de la proportionnalité dans le cadre de la procédure de référé liberté est le signe d'une « administrativisation » du droit des libertés fondamentales²⁶. En effet, l'omniprésence de la proportionnalité n'implique pas l'établissement de ces droits et libertés comme priorités de l'action publique, ainsi que le voudrait le discours néoconstitutionnaliste. C'est un autre type de rationalisation qui est attendu de la proportionnalité : l'avènement d'une forme de « science » administrative.

19 Ordonnance du 27 novembre 2020, n^{os} 446712, 446724, 446728, 446736 et 446816.

20 *Ibid.*, cons. 12.

21 *Ibid.*, cons. 14.

22 Ordonnance du 8 avril 2020, n^o 439821, concernant les mesures pour les personnels pénitentiaires, cons. 15.

23 Ordonnance du 27 novembre 2020, concernant l'utilisation de la visioconférence lors des audiences devant les cours d'assises et les cours criminelles, précitée, cons. 12.

24 Ordonnance du 8 juin 2020, n^{os} 440809, 440813 et 440824, concernant le championnat de football professionnel, cons. 13.

25 A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, *op. cit.*, p. 68 s.; dans le même sens, R. BOUSTA, « La spécificité du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *op. cit.*, p. 866-67.

26 A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, *op. cit.*, p. 165 s. L'expression « administrativisation du droit constitutionnel » a été utilisée de manière célèbre par G. VEDEL, « Introduction », in *L'unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 1.

II. La proportionnalité, vecteur d'une nouvelle « science » administrative

Le contrôle de proportionnalité « à la française » concerne essentiellement le rapport entre les moyens et les fins de l'action administrative. La proportionnalité correspond à une exigence de stricte nécessité, on parle de mesures « strictement proportionnées²⁷ ». Elle exige que le champ d'application des dispositions contrôlées soit adapté aux circonstances de temps et de lieu. Ainsi, même quand il exerce un contrôle poussé qui conduit à la censure des dispositions contestées, le Conseil déclare que celles-ci ne peuvent pas être regardées comme « une mesure nécessaire et adaptée, et, ce faisant, proportionnée²⁸ » : la disproportion est le résultat du caractère non-nécessaire et non adapté de la mesure en cause.

Comprise de la sorte, la proportionnalité interdit les mesures trop générales ou trop absolues. Dans certaines affaires, elle est mentionnée comme une garantie accompagnant l'application des dispositions sur l'état d'urgence sanitaire. Dans l'affaire concernant les mesures pour les sans-abri, par exemple, plusieurs associations soutenaient que l'interdiction générale des déplacements prévue par le code de la santé publique portait une atteinte grave et manifestement illégale aux droits des personnes en précarité, en ne prévoyant pas des exceptions tenant compte de leur situation. Le Conseil d'État a rejeté ces arguments en considérant qu'il n'incombait pas au législateur de prescrire des mesures spécifiques aux sans-abri, puisque le code de la santé publique exigeait la stricte proportionnalité des mesures d'urgence²⁹. Force est de constater que le raisonnement du juge est quelque peu tautologique : l'application de la proportionnalité est déléguée aux autorités d'application des dispositions contestées, ce qui permet au Conseil de valider celles-ci comme proportionnées.

Néanmoins, dans sa version de stricte nécessité, la proportionnalité conduit parfois à un contrôle exigeant de la décision publique sur la base des droits et libertés. C'est ainsi que le Conseil a suspendu l'exécution des dispositions limitant la liberté de manifester pendant la période du déconfinement³⁰. Dans son ordonnance concernant la limite de 30 personnes pour les rassemblements dans les établissements de culte, le juge a considéré qu'en fixant la limite du nombre des personnes sans tenir compte de la superficie des locaux de l'établissement de culte concerné, le gouvernement a porté une atteinte disproportionnée, grave et manifestement illégale à la liberté de culte³¹. Une lecture de la motivation de la décision laisse entendre que l'importance de la liberté de culte a joué sur l'intensité du contrôle juridictionnel. Selon le Conseil :

27 Article L. 3131-15 III du code de la santé publique.

28 Voir, par exemple, ordonnance du 13 juin 2020, nos 440846, 440856 et 441015, concernant l'interdiction des manifestations sur la voie publique, cons. 17.

29 Ordonnance du 9 avril 2020, n° 439895, concernant les mesures pour les personnes en situation de précarité.

30 Ordonnance du 13 juin 2020, concernant l'interdiction des manifestations sur la voie publique, précitée ; ordonnance du 6 juillet 2020, concernant l'obtention d'une autorisation avant d'organiser une manifestation, précitée.

31 Ordonnance du 29 novembre 2020, n° 446930. Cette décision peut être contrastée avec la validation, 22 jours plus tôt, par le Conseil d'une interdiction totale des messes : ordonnance du 7 novembre 2020, nos 445825, 445827, 445852, 445853, 445856, 445858, 445865, 445878, 445879, 445887, 445889, 445890, 445895, 445911, 445933, 445934, 445938, 445939, 445942, 445948 et 445955, concernant l'exercice des cultes. Comme nous le verrons par la suite, l'évolution du raisonnement du juge est liée à l'évolution de la situation sanitaire.

« Si, durant la phase actuelle de l'allègement du confinement, les rassemblements et réunions sont interdits [...] au-delà de six personnes, sauf exceptions, sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public, et si certains établissements recevant du public autres que les lieux de culte restent fermés, les activités qui y sont exercées ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes. »

Il n'en reste pas moins que les droits fondamentaux ne sont pas établis comme des *finalités* de l'action publique. Il s'agit plutôt de *moyens* : leur invocation est mise au service de la préservation de la légalité objective, ce qui inclut le respect de la répartition traditionnelle des compétences entre autorités administratives ou le respect des principes généraux du droit. Loin de devenir le protecteur des droits fondamentaux, le Conseil d'État se limite à son rôle traditionnel de garant de la légalité³².

Le contrôle de proportionnalité va plus loin que le contrôle de nécessité traditionnellement exercé depuis *Benjamin*, en ce qu'il exige l'*efficacité* de la décision publique dans la poursuite de ses objectifs. C'est pour cela que, le plus souvent, la proportionnalité s'applique au moyen de l'incompétence négative³³. Elle est invoquée comme un principe d'efficacité dans l'ordonnance concernant le confinement total de la population³⁴. Dans cette affaire les requérants considéraient que les mesures de confinement étaient insuffisantes pour faire face à la crise sanitaire et donc disproportionnées. Le Conseil observe que l'économie générale des mesures ne révèle pas une carence pouvant constituer une atteinte grave et manifestement illégale au droit à la vie. Toutefois, selon les juges, une telle carence est « susceptible d'être caractérisée si [les dispositions en cause] sont inexactement interprétées et leur non-respect inégalement ou insuffisamment sanctionné³⁵. » Ainsi, le Conseil a enjoint au gouvernement de préciser la portée de certaines dérogations à l'interdiction des déplacements.

Dans certaines affaires, la proportionnalité exige la simplicité, la lisibilité et la cohérence des mesures prises par le gouvernement. Dans les ordonnances concernant l'obligation de porter un masque sur la voie publique, par exemple, le Conseil d'État déclare :

« Le caractère proportionné d'une mesure de police s'apprécie nécessairement en tenant compte de ses conséquences pour les personnes concernées et de son caractère approprié pour atteindre le but d'intérêt général poursuivi. Sa simplicité et sa lisibilité, nécessaires à sa bonne connaissance et à sa correcte application par les personnes auxquelles elle s'adresse, sont un élément de son effectivité qui doivent, à ce titre, être prises en considération³⁶. »

32 A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, *op. cit.*, p. 150 s.; 256.

33 Voir, entre autres, l'ordonnance du 8 avril 2020, concernant les mesures pour les détenus, précitée ; l'ordonnance du 15 avril 2020, concernant l'accès aux soins des personnes résidant en EHPAD, précitée ; et l'ordonnance du 18 avril 2020, n° 440012, concernant la fermeture des entreprises de la métallurgie.

34 Ordonnance du 22 mars 2020, précitée.

35 *Ibid.*, cons. 9.

36 Ordonnances du 6 septembre 2020, n° 443751 et n° 443750, concernant le port du masque à Lyon et à Villeurbanne et le port du masque dans 13 communes du Bas-Rhin, resp., cons. 10.

Cela résulte au pouvoir du préfet d'imposer l'obligation de porter un masque dans des « zones suffisamment larges », tenant compte de la densité de personnes ou de la difficulté à assurer le respect de la distance physique, « de sorte que les personnes qui s'y rendent puissent avoir aisément connaissance de la règle applicable et ne soient pas incitées à enlever puis remettre leur masque à plusieurs reprises au cours d'une même sortie³⁷. » Par ailleurs, le préfet peut définir les horaires d'application de cette obligation de façon uniforme, sans introduire des règles différentes pour les différentes zones ou communes concernées.

Traduite en une exigence d'efficacité, de lisibilité et de cohérence, la proportionnalité relève davantage du principe de bonne administration que d'une logique de protection des droits. Sans remettre en cause les finalités politiques de la décision publique, elle représente celle-ci comme un processus mécanique et technique, comme un « dispositif », qui doit être adapté aux circonstances et efficace³⁸. Plus que la confiance dans le juge administratif pour la réalisation optimale des droits fondamentaux, la proportionnalité exprime l'espoir mis dans une « science » administrative qui, dans un temps de forte incertitude, reposerait sur l'appréhension rationnelle de la situation. Dans l'affaire concernant l'installation de caméras thermiques dans certains bâtiments publics, par exemple, la proportionnalité exige l'élaboration d'une analyse d'impact de l'utilisation de ces caméras³⁹. Dans l'ordonnance concernant l'interdiction des messes pendant la période du deuxième confinement, elle impose la concertation avec les parties concernées et la réévaluation régulière de la situation de la part des autorités compétentes⁴⁰.

Loin d'impliquer un raisonnement moral sur les valeurs constitutionnelles, les motivations du Conseil se concentrent sur les faits. Le juge renvoie longuement aux avis du Haut conseil pour la santé publique et aux données statistiques montrant la propagation du virus et l'évolution de la pandémie⁴¹. Dans l'ordonnance concernant la fermeture des bars et des restaurants, le Conseil renvoie même à une étude en anglais publiée dans la revue *Nature*⁴²! Ainsi, plus qu'une aspiration à la réalisation optimale des droits fondamentaux, la proportionnalité exprime le rêve du droit comme une science « exacte ». Elle exprime la confiance des juges administratifs, mais aussi d'une grande partie de la doctrine, dans la possibilité de résoudre des problèmes sociaux en connaissant simplement des faits⁴³.

37 *Ibid.*

38 Ordonnance du 22 mars 2020, concernant le confinement total de la population, précitée, cons. 7 : « Ce dispositif, régulièrement modifié, est susceptible d'être à nouveau adapté en fonction des circonstances, notamment, ainsi qu'il résulte des déclarations faites à l'audience, en fonction de l'avis que le conseil scientifique [...] »

39 Ordonnance du 26 juin 2020, n° 441065, concernant l'installation des caméras thermiques à Lisses, cons. 25.

40 Ordonnance du 7 novembre 2020, concernant l'exercice des cultes, précitée, cons. 20.

41 Voir, par exemple, l'ordonnance du 17 mai 2021, n° 451696, concernant l'obligation de porter un masque à l'école, cons. 11 ; et l'ordonnance du 29 avril 2021, n° 450020, concernant l'élargissement du couvre-feu, cons. 8 s.

42 Ordonnance du 8 décembre 2020, précitée, cons. 7.

43 Il s'agit d'une tendance générale des systèmes juridiques contemporains, identifiée par C. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, p. 171. Voir A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, *op. cit.*, p. 259-60.

Cette obsession factuelle rend les conclusions du juge sur la proportionnalité implacablement *in concreto* et les prive parfois de normativité⁴⁴. En ce qui concerne la fermeture des salles de spectacle, par exemple, après un long rappel de données statistiques et scientifiques concernant l'évolution de la pandémie, le Conseil déclare : « Dans ces conditions, *compte tenu du caractère très évolutif de cette situation*, avec un risque d'augmentation de l'épidémie à court terme, [...] la décision du Premier ministre, *à la date de la présente ordonnance*, ne porte pas une atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales⁴⁵ ».

Les faits sont accessibles au juge au moyen de l'instruction mais, aussi et surtout, au moyen des arguments des parties, ce qui peut poser problème en ce qui concerne l'égalité des armes, étant donné les pouvoirs et les moyens importants de l'administration. Il n'est pas rare que les motivations du Conseil se contentent pour l'essentiel de répéter les arguments de l'autorité défenderesse⁴⁶. Dans l'ordonnance concernant la fermeture des bars et des restaurants, les requérants soutenaient que cette mesure était disproportionnée en raison de sa généralité. Selon eux, une différenciation entre les établissements concernés était envisageable, compte tenu de leur capacité de mettre en place des mesures « barrières ». Le Conseil rejette ces arguments en déclarant que ce moyen « n'est pas assorti en l'état de l'instruction des précisions permettant d'apprécier l'impact tant sanitaire qu'économique » des mesures de différenciation⁴⁷. Toutefois, est-il raisonnable de mettre à la charge des administrés une étude d'impact de cette ampleur ?

Malgré l'enthousiasme qu'elle provoque chez certains théoriciens du droit et chez une partie de la doctrine, la prolifération de la proportionnalité n'est pas forcément le signe de l'avènement d'un droit constitutionnel global ni d'une « culture de justification » basée sur les droits fondamentaux. La proportionnalité n'est qu'un langage qui s'adapte au contexte discursif dans lequel il est utilisé, selon les aspirations des acteurs locaux et selon leurs propres critères pour évaluer les arguments juridiques. Ainsi, dans le contexte du droit administratif français, la proportionnalité est réinventée pour exprimer la confiance mise dans une « science » administrative qui, dans un temps de crise sanitaire, donne toute sa place à l'expertise scientifique.

44 C'est une caractéristique du raisonnement de proportionnalité « à la française », qui s'observe aussi dans d'autres affaires, et notamment la fameuse ordonnance du 31 mai 2016, n° 396848, *Gonzalez-Gomez*. Voir L. DUTHEILLET DE LAMOTHE, G. ODINET, « Contrôle de conventionnalité : *In concreto veritas* ? », *AJDA*, 2016, p. 1398 ; A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, *op. cit.*, p. 333 s.

45 Ordonnance du 23 décembre 2020, concernant la fermeture des lieux de culture (cinémas, théâtres, salles de spectacle), précitée, cons. 14 (c'est nous qui soulignons).

46 Voir, par exemple, ordonnance du 13 novembre 2020, n°s 445883, 445886 et 445899, concernant la fermeture des librairies, cons. 11.

47 Ordonnance du 8 décembre, précitée, cons. 9.

PARTIE 3

RENDRE COMPTE DE LA DÉCISION PUBLIQUE

**RESPONSABLE, MAIS PAS COUPABLE : MAXIME DU RÉGIME POLITIQUE FRANÇAIS ?
À PROPOS DE LA PÉNALISATION MALVENUE DE LA GESTION GOUVERNEMENTALE
DE LA CRISE SANITAIRE**

Julien PADOVANI¹

« Je me sens tout à fait responsable ; pour autant, je ne me sens pas coupable, parce que vraiment à l'époque, on a pris des décisions dans un certain contexte, qui étaient pour nous des décisions qui nous paraissaient justes ». Ces mots bien connus de l'ex-ministre Georgina Dufoix furent prononcés en 1991, à propos de l'affaire française du sang contaminé², scandale sanitaire, politique, financier et judiciaire ayant défrayé la chronique dans les années 1980. Amenée à justifier son rôle, en tant que ministre des Affaires sociales et de la Solidarité nationale (entre 1984 et 1986³), lors de la gestion de la crise relative aux transfusions sanguines de l'été 1985, la ministre formulait cette réponse, raillée par l'opposition parlementaire et devenue, depuis, le slogan des critiques portant sur l'irresponsabilité politique en France, tout autant que le symptôme de l'incompréhension de la nature du régime par le grand public.

À l'heure de la crise sanitaire de la COVID-19, la formule résonne avec force et pourrait constituer l'un des éléments de défense des ministres visés par les multiples plaintes pénales dans le cadre de leur gestion des affaires. À bien des égards et sans pour autant s'y confondre, la crise contemporaine ressemble en effet à celle connue il y a près de trente ans et ayant abouti à la création de la Cour de justice de la République (ci-après CJR) : nature sanitaire de la crise, prise de décisions politiques contestées et changeantes, évolution des recommandations médicales en cours de crise, mise en cause de la responsabilité pénale des membres du Gouvernement, etc. Cette correspondance factuelle converge également vers l'une des questions juridiques majeures du droit constitutionnel, celle de la nature de la responsabilité de nos dirigeants politiques et, en particulier, des membres du Gouvernement. S'il n'est pas l'apanage des situations de crise, ce questionnement s'y manifeste avec une certaine acuité, dès lors que celles-ci réclament aux gouvernants une gestion urgente susceptible de les placer dans une situation de grande vulnérabilité vis-à-vis de ceux auxquels ils doivent rendre

1 Maître de conférences en droit public à l'École de droit de l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne – UMR 8103, Associé au CERCLE de l'Université de Bordeaux.

2 V. A. SINCLAIR, « Interview de M^{me} Georgina Dufoix », TF1, 3 nov. 1991.

3 Gouvernement Laurent Fabius.

compte. Plus que dans n'importe quel autre contexte, ces crises conduisent régulièrement à s'interroger sur la question de savoir comment appréhender la responsabilité des gouvernants, en particulier s'agissant des actes commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions.

La recherche est consacrée au traitement de cette question à l'occasion de la journée d'étude consacrée aux leçons sur la crise sanitaire en matière de contrôle de la décision publique⁴. Le traitement d'une telle question pourrait sembler trivial, à l'étude du droit positif français : la Constitution française organise la responsabilité des membres du Gouvernement, à la fois sur le plan politique (art. 8, 20 et 49 principalement) et pénal (titre X). Ce faisant, si, au contraire des Républiques précédentes, les ministres ne sont plus individuellement responsables politiquement devant le Parlement, ils le sont individuellement devant le président de la République et collectivement devant le Parlement, formant un régime politique que l'on qualifie généralement de régime parlementaire dualiste⁵. Quant au volet pénal, l'on sait que les dispositions du titre X de la Constitution prévoient la mise en place d'une responsabilité judiciaire des membres du Gouvernement, devant la CJR, s'agissant des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions ; rien n'est précisé quant aux actes effectués en dehors de l'exercice des fonctions ministérielles – il est alors rappelé au bon souvenir du droit commun (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*).

Un tel constat ne peut pourtant faire l'impasse d'un questionnement plus important à l'aune notamment d'une évolution de la pratique des institutions, mais aussi d'incohérences structurelles présentes dans ces dispositions constitutionnelles. Sur le plan pratique, la responsabilité politique est quelque peu paralysée sous la V^e République, à tout le moins concernant le volet classique du parlementarisme, à savoir le contrôle formalisé du Gouvernement par le Parlement lui-même⁶. Sur le plan théorique, il y a une forme de contradiction au sein même de la logique constitutionnelle, laquelle prévoit une responsabilité politique au même rang qu'une responsabilité pénale, s'agissant d'actes commis dans l'exercice des fonctions. Un tel cumul aboutit sans doute, *a fortiori* dans un contexte de crise de la représentation, à aggraver le phénomène d'absence de contrôle politique, par un déport du contrôle vers des formes alternatives, plus facilement accessibles aux représentés, au premier rang desquels le contrôle judiciaire. L'affaire du sang contaminé et sa « fille naturelle⁷ », la CJR, se trouvent au cœur de cette dérive institutionnelle et civique dont l'analyse fait l'objet de la présente étude.

Ce mouvement de pénalisation de la vie politique est bien mis en lumière par la crise actuelle : près de cent cinquante plaintes avaient été déposées au cours de la première année de la crise auprès de la commission des requêtes de la CJR, à l'encontre des membres des deux derniers Gouvernements,

4 Le cadre retenu est franco-français, celui de la responsabilité des membres du Gouvernement sous la V^e République. Il n'est pas question, à ce titre, de se restreindre à la crise sanitaire : en effet, s'il s'agit d'en tirer les leçons, ce n'est pas seulement pour la gestion des crises mais également au-delà, pour l'exercice du pouvoir en général.

5 V. Ph. LAUVAUX, *Le parlementarisme*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1997.

6 V. *infra*.

7 O. BEAUD, *Le Sang contaminé. Essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, Paris, PUF, coll. Béhémot, p. 53.

à propos de leur action menée dans l'exercice de leurs fonctions⁸. Au moment où ces lignes sont écrites, plus de 20 000 plaintes auraient été enregistrées⁹. Si toutes n'ont pas vocation à prospérer, de nombreuses ont d'ores et déjà franchi le seuil de la commission d'instruction de la CJR et l'ancienne ministre Agnès Buzyn fut mise en examen le 10 septembre 2021 pour mise en danger de la vie d'autrui, tandis que l'ex-Premier ministre Édouard Philippe vient d'être placé sous le statut de témoin assisté. La crise intervient alors comme un catalyseur du phénomène de pénalisation de la vie politique.

Ce décentrage du contrôle de l'action politique vers le juge pénal en période de crise pose un certain nombre de questions majeures, liées notamment à la légitimité du contrôle opéré dans le régime politique de la V^e République et alors même que le principe même de la responsabilité politique « est au cœur du constitutionnalisme moderne » et « au centre de l'idée même de démocratie représentative¹⁰ » : « pas de pouvoir légitime sans responsabilité » rappelle le professeur Bastien François¹¹, formule sonnante comme une « recette du constitutionnalisme démocratique¹² ».

Il s'agit alors de s'intéresser à la question de savoir ce que révèle la crise sanitaire de la responsabilité des membres du Gouvernement pour évaluer l'état de la démocratie représentative en France. Le mouvement concomitant – parce que les phénomènes sont consubstantiels – d'appauvrissement de la responsabilité politique et de pénalisation de la vie politique est-il conforme aux grands principes qui fondent le gouvernement parlementaire tel qu'il fut institué en France ? Quels enseignements tirer de la pénalisation de l'action politique ? Ne conduit-elle pas à un affaiblissement de la responsabilité politique, fatal pour le régime parlementaire français, ce d'autant plus qu'elle est marquée par le sceau de l'inefficacité ? Enfin, quelles sont les causes de ce déport et les pistes susceptibles de guérir, sur ces aspects, les maux du deuxième régime politique le plus durable de l'histoire constitutionnelle contemporaine de la France ?

Pour traiter ces questions, il a été choisi de mettre à l'épreuve la formule de M^{me} Georgina Dufoix, afin de savoir si le couple responsabilité/culpabilité est aussi intime qu'il ne semble l'être, ou s'il ne mériterait pas, dans un régime parlementaire digne de ce nom, d'être neutralisé pour que chacun des éléments du binôme se retrouve clairement distingué. Apparaissant le plus souvent comme indissociables pour le citoyen ordinaire, ces deux éléments gagneraient pourtant à être scindés, ce qui conduit à affirmer que la culpabilité politico-judiciaire nuit à la responsabilité politique, aggravant sa paralysie au détriment de la logique du régime parlementaire. La formule de M^{me} Georgina Dufoix

8 À ce titre, un député avait pu relever que « le nombre de requêtes est d'ores et déjà quatre fois plus élevé que la moyenne des dernières années », qualifiant « l'afflux de plainte » comme « sans précédent » (L. SAINT-MARTIN et C. NAEGELEN, *Rapport fait au nom de la Commission des finances, sur le projet de loi de finances pour 2021*, n° 3360, site internet de l'Assemblée nationale, p. 48 [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_fin/l15b3399-tiii-a32_rapport-fond.pdf]).

9 La plupart étant sans doute transmises par le biais de l'association de défense des Victimes du Coronavirus, encourageant et facilitant le dépôt de plaintes en la matière.

10 C. GUÉRIN-BARGUES, *Juger les politiques, La Cour de justice de la République*, Dalloz, coll. Droit politique, 2017, p. 8.

11 B. FRANÇOIS, *Misère de la V^e République. Pourquoi il faut changer les institutions*, Éditions Denoël, 2007, 2^e éd.

12 C. BIDÉGARAY, « Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du *jardin des délices démocratiques* », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 5.

pourrait alors constituer un repère, voire une devise du parlementarisme, revivifiée par la crise, d'une part (I), ainsi qu'un point de départ pour un renouveau démocratique, d'autre part (II).

I. *Responsable mais pas coupable* : une devise du régime parlementaire revivifiée par la crise

La crise sanitaire est le théâtre d'un phénomène de détournement de la responsabilité politique vers la culpabilité judiciaire, mouvement bien connu en France, notamment depuis l'affaire du sang contaminé. Bien que conforme aux possibilités offertes par le texte constitutionnel, cette mobilisation du juge pose un certain nombre d'interrogations. À l'étude, on est conduit à encourager la dissociation du couple responsabilité/culpabilité : *responsable mais pas coupable*, telle pourrait être la devise du régime parlementaire¹³. Deux arguments peuvent être mobilisés au renfort de cette proposition : d'abord, la pénalisation de la responsabilité politique est extrêmement difficile à mettre en pratique, notamment pour des raisons d'efficacité, ce que la crise sanitaire risque de confirmer (A) ; ensuite, elle est en théorie difficile à légitimer, pour des raisons tenant aux logiques institutionnelles, ce que la crise sanitaire tend à exacerber (B).

A. Une pénalisation de la responsabilité politique vouée à l'échec

L'objectif qui préside à la mise en place de régimes de responsabilité pénale des gouvernants est assez clair : il s'agit d'éviter que, dans l'exercice de leurs fonctions ou en dehors, ils puissent se soustraire au droit pénal et que le prestige dont leurs fonctions sont affectées ne les place pas à l'abri d'actes pénalement répréhensibles. Articulant cette nécessité avec la volonté de ne pas traiter les ministres à la manière de justiciables comme les autres en raison de la spécificité caractérisant leurs fonctions, il a été choisi, en France, et bien que récemment, de mettre en place une juridiction spéciale, prenant la suite de la Haute Cour : la CJR¹⁴. Le but poursuivi par le constituant fut de « rapprocher autant que possible du droit commun le régime applicable aux ministres, tout en respectant le principe de séparation des pouvoirs et en évitant que la nécessaire continuité de l'action des pouvoirs publics soit mise à mal par un harcèlement excessif¹⁵ ». Ce faisant, il s'agissait de pallier les carences présumées de la Haute Cour de Justice, dont l'inertie avait été dénoncée, conséquence de la complexité des mécanismes à enclencher¹⁶. C'est donc d'un profond « besoin de justice » qu'est née la CJR¹⁷.

13 Voir O. BEAUD, *Le Sang contaminé...*, *op. cit.*

14 Pour une histoire des mécanismes de responsabilité pénale depuis 1789 en France, v. D. AMSON, « La responsabilité politique et pénale des ministres de 1789 à 1958 », *Pouvoirs*, n° 92, 2000, p. 31-60.

15 « Exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 oct. 1958 », site internet du Sénat. L'audition de Marceau Long est à ce titre parfaitement claire, tout comme celle du Procureur général Pierre Truche, lequel est très critique sur l'institution d'une responsabilité reposant sur le droit commun.

16 Voir C. JOLIBOIS, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 oct. 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X*, n° 316, 19 mai 1996, site internet du Conseil constitutionnel, p. 128 et s.

17 *Ibid.*

Près de trente ans après, il est pourtant aisé de constater que l'évitement de ce déni de justice n'a pas été pleinement réalisé, loin s'en faut. La CJR est une « institution contestée¹⁸ », sans doute en grande partie dans son principe, parce que l'idée d'une juridiction spéciale pour juger les ministres ne semble plus être en accord avec la volonté démocratique, mais aussi et surtout pour des raisons pratiques, parce qu'elle est inefficace à remplir les objectifs qui lui ont été assignés. Ces raisons ont régulièrement été mises en évidence et il ne convient pas d'y revenir en détail¹⁹ : organisation atypique, compétence étroite – pour ce qui est du champ personnel – et imprécise – concernant le champ matériel –, composition politique de la Cour, etc. L'ensemble aboutit à une lenteur des procédures – en conséquence de quoi l'activité de la Cour peut être qualifiée d'erratique – et à des sentences insatisfaisantes pour les justiciables et pour le juriste tant elles ont pu être teintées de morale politique (ce qui est significatif dans l'affaire du sang contaminé²⁰). Il faut ajouter à cela un autre aspect, propre à la nature des affaires déferées, à savoir la difficulté à réunir les preuves nécessaires à la qualification de crimes ou de délits.

En effet, l'une des impasses à laquelle mène le transfert vers le juge du contrôle de l'action politique réside dans la réunion de preuves relatives à des faits de nature éminemment politique. Ici se trouvent les raisons de l'absence de réquisition en faveur d'une condamnation pénale par le parquet dans l'affaire du sang contaminé : considérant que la gestion du Gouvernement avait été « catastrophique », il en conclut à l'impossibilité de la considérer comme pénalement fautive²¹. Comment en effet réussir à caractériser les preuves face à de potentielles infractions non intentionnelles qui auraient été commises dans le cadre de la gestion d'une crise politique, laquelle requiert nécessairement une prise de risque de la part des ministres concernés ? Le cas de la crise sanitaire actuelle est caractéristique de ces difficultés.

Certains ministres poursuivis le sont, par exemple, au nom du délit d'abstention de prendre des mesures pour combattre un sinistre prévu à l'article 223-7 du Code pénal, puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende²². Pour que cette infraction soit constituée, il faut que soient réunies des conditions préalables à l'infraction (l'existence d'un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes d'une part, et le caractère non risqué de l'intervention, d'autre part), en plus des éléments matériels (une omission : celle de combattre le sinistre) et moral (la volonté de ne pas combattre le sinistre). C'est ici que le bât blesse, dans la réunion des preuves susceptibles de permettre la réunion de ces éléments. En effet, l'imprécision manifeste des termes de l'infraction pénale²³ conduit à faire appliquer aux décideurs publics, parmi lesquels les membres

18 Pour reprendre termes de l'intitulé d'un article publié sur le site internet *Vie-publique.fr* : [<https://www.vie-publique.fr/eclairage/19542-la-cour-de-justice-de-la-republique-une-institution-contestee>].

19 V., pour une étude exhaustive, C. GUÉRIN-BARGUES, *Juger les politiques*, op. cit., en part. p. 12 et s.

20 V. *infra*.

21 Cité par CJR, 9 mars 1999, n° 99-001, site internet de la Cour de cassation.

22 Il s'agit notamment d'Agnès Buzyn, ex-ministre des solidarités et de la santé, de son successeur Olivier Véran, d'Édouard Philippe, ex-Premier ministre. Les premier et troisième cités sont cités comme témoins assistés à propos de cette incrimination. Mise en examen, Agnès Buzyn l'est pour mise en danger de la vie d'autrui.

23 V. R. MÉSA, « Le décideur public confronté au délit d'abstention volontaire de combattre un sinistre de l'article 223-7 du Code pénal », *JCP. Adm.*, n° 6, 2021, 2046.

du Gouvernement, une responsabilité pénale incertaine et englobante. La dimension politique d'une telle infraction, appliquée à ces derniers, ajoute, en outre, son lot d'incertitude : le juge amené à poursuivre en la matière agit-il alors en tant que magistrat ou contrôleur de l'action publique ? Dans ces affaires, la question de l'abstention à agir est particulièrement éloquente. Comment considérer, dans le contexte de la crise de la COVID-19, que les membres du Gouvernement visés n'ont pas eu la volonté de combattre le sinistre et ce, alors même que la question de l'efficacité des mesures à prendre n'est pas clairement énoncée par le texte pénal ? On imagine notamment, qu'en principe, un tel délit ne pourrait être constitué en présence d'une volonté affichée de combattre efficacement un sinistre²⁴. Il est alors légitime de se poser la question de la pertinence de la qualification retenue par la CJR, ainsi que le propose le professeur Olivier Beaud : « pourquoi – diable ! – la Commission des requêtes a cru bon de transmettre ces plaintes pénales au Parquet pour qu'il saisisse la commission d'instruction²⁵ ? » C'est sans doute la raison pour laquelle les membres du gouvernement poursuivis n'ont pas été mis en examen sur ce fondement, jusqu'alors, mais placés sous le statut de témoins assistés, ce qui n'empêchera toutefois pas les choses d'évoluer. La mise en examen pour mise en danger de la vie d'autrui n'est pas beaucoup plus évidente à caractériser. La gestion de la période des masques constitue sans doute un élément charnière dans la qualification opérée mais, sans entrer dans un débat scientifique qu'il ne nous revient pas de mener, il serait étonnant que la tergiversation, voire les mensonges en la matière soient constitutifs d'une telle infraction. L'imprécision des dispositions pénales sert bien sûr ici les plaignants, mais il ne serait pas étonnant qu'elle se retourne, lors de la phase d'instruction, en faveur des ministres poursuivis : « il y a là incontestablement une erreur de jugement politique de la part des ministres concernés. Mais de là à les traîner au tribunal pour cela, il y a un pas que l'on ne devrait pas franchir, sauf à transformer la CJR en chambre d'accusation des ministres²⁶ ». La question de l'appréciation de l'erreur politique doit également être explorée : la preuve d'une erreur politique n'est pas à apporter par le juge, mais bien par le citoyen, car elle ne saurait reposer sur une appréciation en droit, mais uniquement sur un jugement politique et moral.

En définitive, on mesure ici la difficulté qu'il peut y avoir à réunir les éléments de preuve susceptibles de permettre de pénaliser une action politique. Cela explique en grande partie les difficultés auxquelles seront sans doute confrontés les juges de la CJR, ce qui dégage une tendance générale en faveur de la suppression de cette juridiction spéciale²⁷ et au rapatriement de ce mécanisme de responsabilité devant les juridictions de droit commun. On défendra pourtant ici l'idée que si une telle suppression est souhaitable, elle ne doit pas conduire à une plus grande responsabilisation pénale des actes commis dans le cadre de l'exercice des fonctions gouvernementales, la logique du régime parlementaire s'y opposant. De manière plus théorique, la pénalisation de l'action politique à laquelle conduit cet entremêlement des genres entre responsabilité politique et pénale n'est, en effet, pas conforme à la logique du régime parlementaire.

24 V. en ce sens *ibid.*

25 O. BEAUD, « Mal gouverner est-il un crime ? Réflexions critiques sur les perquisitions effectuées dans le cadre de l'enquête judiciaire relatives aux ministres impliqués dans la gestion de l'épidémie du coronavirus », *Jus Politicum Blog*, 21 oct. 2020.

26 *Ibid.*

27 V. sur ces aspects C. GUÉRIN-BARGUES, *Juger les politiques*, *op. cit.*

B. Une pénalisation de la responsabilité politique illégitime

Il s'agit de restituer ici le résultat d'un calcul des défauts de la pratique du déport de la responsabilité politique des ministres vers le droit pénal au regard de la logique constitutionnelle. De notre point de vue, la pratique intervient en défaut, d'une certaine manière, au regard de ce qui devrait être procédé dans un régime parlementaire. Pour le dire autrement, la pénalisation de la responsabilité politique est contraire à la logique du régime parlementaire, ce que la crise sanitaire met particulièrement en évidence²⁸.

Pour ce faire, il faut avant toute chose rappeler la nature parlementaire du régime instauré par la V^e République. En dépit des analyses y voyant un régime présidentiel ou semi-présidentiel, la Constitution instaurée en 1958 consacre un régime parlementaire, dans la droite lignée de ce qui était imposé par la loi du 3 juin 1958²⁹. La pratique a conduit à en faire un régime parlementaire atypique, nous y reviendrons, mais un régime parlementaire tout de même, c'est-à-dire forgé autour du principe selon lequel l'Exécutif – dans sa branche gouvernementale, créée à cet effet – est responsable devant le Parlement.

Dès lors et dans la perspective de notre étude, les choses sont assez limpides : dans un système de gouvernement parlementaire, le Parlement contrôle, au nom du peuple, l'action du Gouvernement, ainsi que le prévoit le texte constitutionnel français (art. 24 et 49 notamment). Ce n'est donc pas au juge de procéder à ce contrôle, à tout le moins sur le plan politique, et en tout cas pas de manière prépondérante³⁰. Pour autant, la Constitution française prévoit bel et bien que les membres du Gouvernement sont justiciables de la CJR, s'agissant des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions (titre X). Apparaît ici l'interrogation dessinant le paradoxe évoqué : appartient-il au Parlement (voire au président de la République, en vertu de sa force attractive³¹) ou au juge de contrôler l'action des gouvernants dans le régime constitutionnel en vigueur ? Est-ce une fonction susceptible d'être partagée entre eux ? Le paradoxe apparaît renforcé par l'individualisation de la responsabilité à laquelle conduit le déport vers l'espace judiciaire, là où le régime de la V^e République ne prévoit qu'une responsabilité collective (du moins devant le Parlement). Il s'agit alors de tenter de résoudre cette contradiction, qui n'est pas qu'apparente car la frontière, on l'a vu, est particulièrement poreuse, dans sa matière, entre la responsabilité présentée devant un organe politique et celle portée devant un organe judiciaire, s'agissant d'actes accomplis dans l'exercice des fonctions ministérielles. Il semble pourtant que la dimension organiquement politique de la responsabilité des ministres doive s'imposer, sans laquelle les risques de changement de nature impromptue du régime sont trop nombreux.

28 On a bien conscience de défendre ici une position peu originale mais qui à notre avis prend une tournure particulière dans ce contexte.

29 V. P. LAUVAUX, *Destins du présidentielisme*, PUF, coll. Béhémoth, 2002 et A. LE DIVELLEC, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 349-362.

30 V. É. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », *Pouvoirs*, n° 134, 2010/3, p. 71 et s.

31 V. sur cette métaphore, A. LE DIVELLEC, art. cit.

D'abord, ce déport conduit à faire trancher un litige politique par un juge, en lieu et place des représentants habilités par le peuple, ce qui entre en partie en contradiction avec les canons de l'État de droit démocratique et l'idée de gouvernement représentatif. Bien sûr, le droit au recours juridictionnel a intégré le rang des moyens de contrôle du pouvoir avec l'avènement de l'État de droit mais, dans l'idée originelle, ce sont les normes qui sont sujettes à contrôle plutôt que les comportements. Le déport constaté s'assimile par conséquent à une forme de dénaturation de l'État de droit alors même qu'il est pris pour justification du processus. Par ailleurs, ce transfert de légitimité, du politique vers le juge, pose problème dans un régime démocratique car il conduit à conférer au juge un pouvoir considérable, amené à trier les plaintes, poursuivre et instruire, puis trancher, et ce, sur le fondement de données politiques difficilement assimilables à des comportements fautifs, du moins sur le plan juridique. Certes, la composition de la CJR donne une place importante aux parlementaires mais ils sont peu représentatifs (en nombre) du Parlement et y siègent en tant que magistrats et non en tant que représentants du peuple. Enfin l'initiative revient le plus souvent aux citoyens-justiciables alors que c'est bien, en théorie, le citoyen-électeur qui constitue le fondement de la démocratie. La décision rendue est donc une sentence judiciaire, non une condamnation politique. La question que l'on se pose est la suivante : est-il admissible, en régime parlementaire, de confier à des magistrats le soin de tirer un bilan politique de l'activité politique des membres d'un gouvernement ? La crise sanitaire actuelle met en évidence cette difficulté : est-ce bien le rôle d'une Cour de justice, en démocratie parlementaire, de trancher la question de savoir si des ministres ont agi (puisqu'il est notamment question d'abstention) et ce de manière efficace et conforme à ce qui est attendu ? Cette dérive est bien présente dans le discours des plaignants dont l'un des avocats se félicitait « que cette justice ait agi aussi vite et qu'elle ait jugé bon d'enquêter sur la gestion *politique* de la crise du Covid³² ».

Cette dérive se double d'une dimension historique, intrinsèque à la naissance du régime parlementaire, lequel fut construit sur les fondements d'une responsabilité pénale, la responsabilité politique n'étant qu'un dérivé de la procédure d'*impeachment*³³. Ainsi que le rappelle le professeur Cécile Guérin-Bargues, il paraît « dès lors curieux de voir les institutions parcourir soudain le chemin inverse³⁴ ». Certes, cette assimilation de la responsabilité politique à la sanction pénale a pu être évoquée dès les débuts du parlementarisme français³⁵, mais il reste qu'elle fut contrariée ensuite avec le développement d'une responsabilité politique autonome, sa confusion avec la responsabilité pénale n'étant pas satisfaisante sur le plan du droit tant les logiques qui les gouvernent divergent dans leur nature³⁶.

32 Propos de F. DI VIZIO rapportés par T. SHLEGEL, « Covid-19 : les ministres répondront-ils un jour devant la justice ? », *France Culture*, 9 sept. 2020 [<https://www.franceculture.fr/emissions/le-reportage-de-la-redaction/covid-19-la-cour-de-justice-de-la-republique-entend-les-premiers-temoins>]. Nous soulignons.

33 Sur une histoire du parlementarisme, v. D. BARANGER et S. RIALS, *Parlementarisme des origines. Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, PUF, coll. Léviathan, 1999 ; et A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire (1814-1848)*, PUF, coll. Léviathan, 2002.

34 C. GUÉRIN-BARGUES, *Juger les politiques*, *op. cit.*, p. 24, note 90. V. également A. LAQUIÈZE, *Les origines du régime parlementaire*, *op. cit.*

35 V. A. LAQUIÈZE, *ibid.*, p. 75.

36 V. O. BEAUD, *Le sang contaminé*, *op. cit.*, p. 105 et s.

Cette confusion pose également, et enfin, le problème de la manière dont on appréhende la gestion du pouvoir : la pénalisation de l'action politique comporte des effets pervers, parmi lesquels le risque d'une paralysie de l'exercice du pouvoir là où, en temps de crise plus qu'en d'autres circonstances, l'action politique est souhaitable³⁷. Le risque pénal pesant sur les activités strictement politiques peut, de ce point de vue, conduire à des entraves contraires aux exigences du bon gouvernement, ainsi que l'évoquait le sénateur Charles Jolibois dans son rapport sur la loi constitutionnelle de 1993 : « L'application pure et simple du droit commun pour juger les ministres doit être écartée car on ne peut pas admettre qu'ils soient soumis à un harcèlement procédural. Il s'agit d'un impératif souligné par toutes les personnalités entendues par votre commission, notamment par M. Marceau Long, vice-président du Conseil d'État³⁸ ».

En conclusion, l'association de la responsabilité politique et de la culpabilité pénale pose un certain nombre de problèmes structurels pour une démocratie parlementaire telle que la nôtre, ce qui encourage à promouvoir la scission et valoriser la formule *responsable mais pas coupable* comme devise du régime parlementaire. Il reste que la confusion des deux éléments du couple n'est pas fortuite. Elle est la résultante d'une dérive du régime parlementaire par la paralysie de la responsabilité politique.

II. *Responsable mais pas coupable* : la crise comme occasion d'un renouveau démocratique

La formule *responsable mais pas coupable* doit pouvoir constituer la devise du régime parlementaire par un renforcement du contrôle politique institutionnel (et non juridictionnel) des membres du Gouvernement. Ce renforcement apparaît délicat au regard des raisons conduisant à reformer le couple responsabilité/culpabilité, en France sous la V^e République, ce que la crise met bien en évidence. Ces raisons tiennent principalement à l'« étouffement³⁹ » des mécanismes de contrôle politique qui devraient être pleinement actifs dans un régime parlementaire (A). Une réhabilitation de ces mécanismes en direction d'une plus forte responsabilisation politique des membres du Gouvernement permettrait sans doute de redonner tout son prestige au régime parlementaire et constituer une voie vers un renouveau démocratique (B).

A. Le constat d'une responsabilité figée à la source du déport de la responsabilité

La dérive de la responsabilité politique vers le droit pénal a des causes bien identifiées : le caractère presque désuet des formes de contrôle politique sous la V^e République – même si, on le verra, la crise donne aussi l'occasion d'une réhabilitation de certains mécanismes. Le cheminement est assez

37 En temps de crise, il paraît utile de disposer de gouvernants qui agissent rapidement.

38 C. JOLIBOIS, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi constitutionnelle portant révision de la Constitution du 4 oct. 1958 et modifiant ses titres VII, VIII, IX et X*, n° 316, 19 mai 1996, p. 135.

39 Pour reprendre le vocabulaire utilisé par P. TÜRK, *Le contrôle parlementaire en France*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2011, p. 23 et s.

naturel, dans une démocratie : « Responsables, parfois coupables, les gouvernants semblent bénéficier d'une immunité qui conduit l'opinion à se tourner vers le juge pour demander des comptes⁴⁰ ». En effet, la responsabilité judiciaire semble, en France, disposer d'une force attractive, prenant le pas sur la responsabilité politique. Le citoyen, peu soucieux des formes en la matière, s'intéresse moins à la théorie du parlementarisme qu'à la question de savoir quel levier, en pratique, peut-il actionner pour atteindre le politique et exercer son contrôle. Pour un certain nombre de raisons, le juge apparaît donc comme un levier beaucoup plus aisé à déclencher, du moins en apparence⁴¹. Le judiciaire se révèle être un substitut à la défaillance du politique, du point de vue de la responsabilité, ce qu'atteste la crise sanitaire.

S'il conviendra de dresser un bilan plus général en aval de la crise, il est toutefois d'ores et déjà envisageable de rechercher les traces du déclenchement de mécanismes de contrôle politique au cours de la crise sanitaire, depuis janvier 2020. Certes, ces mécanismes ne sont pas totalement ineffectifs, mais ils restent assez parcellaires, le plus souvent indirects et, surtout, sans véritables effets en termes de responsabilité politique.

Avant d'en explorer la matière, il importe de rappeler « l'abandon de la fonction législative du Parlement⁴² » durant la crise sanitaire, à la fois lorsqu'il a tenté d'exercer cette fonction (mais en abandonnant, principalement pour des raisons pratiques, la délibération, qui en fait sa nature⁴³), mais aussi lorsqu'il a consenti à ne pas l'exercer, au moyen des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, suivant une pratique inédite – quantitativement à tout le moins – sous la V^e République⁴⁴. C'est donc dans un contexte d'affaiblissement de l'une des fonctions matricielles du Parlement que sa sœur jumelle, la fonction de contrôle, a tâché de s'exercer.

Si l'on peut considérer, suivant une lecture restrictive, que « renverser le gouvernement ne relève pas du pouvoir de contrôle » car « ce n'est pas l'action du gouvernement qui est ici en cause, c'est son existence même⁴⁵ », on retiendra une approche *lato sensu*, englobant à la fois les mécanismes de contrôle-sanction et ceux de contrôle-information plus classiques, tous susceptibles d'une responsabilisation politique du Gouvernement. À ce titre, en premier lieu, au rang des mécanismes de contrôle sanction et alors qu'aucune motion de censure n'a semble-t-il été déposée durant cette période, on peut relever l'existence d'une déclaration de politique générale du Premier ministre Jean Castex, lors de son entrée en fonction le 15 juillet 2020, en application de l'article 49 al. 1^{er} de la Constitution, de laquelle a résulté l'engagement de la responsabilité gouvernementale.

40 C. BIDÉGARAY, Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du *jardin des délices démocratiques* », art. cité, p. 5.

41 On a vu précédemment que les résultats ne sont pas pour autant satisfaisants *in fine* mais qu'ils conduisent tout de même à quelques condamnations, là où la responsabilité politique apparaît pratiquement figée.

42 V. E. LEMAIRE, « Le Parlement face à la crise du Covid-19 », *Blog Jus Politicum*, 2 avril 2020 [<https://blog.juspoliticum.com/2020/04/02/le-parlement-face-a-la-crise-du-covid-19-1-2-par-elina-lemaire/>].

43 *Ibid.* V. également P. JENSEL-MONGE et A. DE MONTIS, « La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la Covid-19 : un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions », *Confluence des droits, La revue* [En ligne], juillet 2020 [<https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1275>].

44 V. notamment P. DEUMIER, « Le printemps des ordonnances », *RTD Civ.*, 2020/3, p. 592.

45 É. THIERS, « Le contrôle parlementaire et ses limites juridiques : un pouvoir presque sans entraves », art. cité, p. 74.

Cette déclaration s'inscrivait dans le contexte de la crise sanitaire, le Premier ministre présentant la politique qu'il entendait conduire pour « faire face à la crise⁴⁶ ». Ici resurgit donc l'idée d'une responsabilisation politique, cependant immédiatement exposée à ses limites, dans la mesure où il n'y avait aucune chance pour que cette déclaration de politique générale se traduisît par un rejet : 345 députés l'ont ainsi approuvée, 177 l'ont rejetée. La déclaration de politique générale est, au fond, un semblant de contrôle de l'action du Gouvernement sous la V^e République, parce qu'elle ne peut réellement conduire à la démission d'un gouvernement⁴⁷. Elle n'est, finalement, qu'un exercice formel sans finalité de contrôle. Les traces d'un mécanisme de responsabilité politique durant la crise sanitaire s'étiolent donc à l'analyse.

En amont de ce mécanisme d'engagement direct de la responsabilité figure également celui relatif à la cessation des fonctions gouvernementales. Deux épisodes doivent être mentionnés : d'abord, le départ de M^{me} Agnès Buzyn, ministre des Solidarités et de la Santé du Gouvernement Édouard Philippe II, le 16 février 2020⁴⁸. Le décret laisse apparaître une demande provenant de la ministre elle-même et l'on a justifié cette démission, au début de la crise, par son engagement dans la campagne des élections municipales. Il s'agit pourtant du déclenchement d'un mécanisme de responsabilité politique à proprement parler, le président de la République considérant que, d'une manière ou d'une autre, il devait se défaire de sa ministre⁴⁹. Ensuite, en amont de la déclaration de politique générale précitée, le changement de gouvernement intervenu avec la démission du Gouvernement Philippe, le 3 juillet 2020, constitue aussi le déclenchement d'un mécanisme de responsabilité politique. Ces éléments demeurent toutefois très résiduels et peu substantiels dans un régime parlementaire classique, où la légitimité de l'action politique du Gouvernement provient essentiellement du Parlement, non du président de la République, encore moins du Gouvernement lui-même.

Au rang des mécanismes plus modernes du contrôle parlementaire, en second lieu, l'ensemble des outils existants semblent avoir été mobilisés⁵⁰ : questions au Gouvernement – orales comme écrites⁵¹ –, travaux de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques⁵², travaux des commissions, missions d'informations (avec pouvoirs d'une commission d'enquête⁵³), commissions

46 J. CASTEX, *Déclaration de politique générale*, Assemblée nationale, 15 juill. 2007, site internet du Gouvernement de la République française.

47 L'on peut toutefois atténuer la remarque en considérant bien le rôle dissuasif que permet, en théorie, de tels mécanismes, qui n'ont pas vocation à être actionnés trop souvent.

48 Décret du 16 fév. 2020 relatif à la composition du Gouvernement.

49 Pour une appréhension de ces différents modes de cessations de fonctions nous nous permettons de renvoyer à notre étude, J. PADOVANI, « Cessations de fonctions individuelles et stabilité gouvernementale interne sous la V^e République : essai de typologie », *RDP*, 2019/4, p. 989-1013.

50 Sur les mécanismes de contrôle parlementaire, v. P. AVRIL, J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, LGDJ, coll. Précis Domat, droit public, 6^e éd., 2021.

51 V. dans le présent ouvrage, C. GEYNET-DUSSAUZE, « L'exercice du contrôle parlementaire en France durant la crise sanitaire de la covid-19 ».

52 V. notamment le rapport final élaboré par J.-F. ELIAOU, G. LESEUL, S. DE LA PROVÔTÉ, F. LASSARADE, *Les aspects scientifiques et techniques de la lutte contre la pandémie de la Covid-19*, 6 juil. 2021, site internet de l'assemblée nationale [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ots/l15b4315_rapport-information].

53 On songe par exemple à la mission d'information sur la « gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-COVID-19 » mise en œuvre par l'Assemblée nationale et ayant donné lieu à des prérogatives d'une commission d'enquête, ou à la mission de « contrôle sur les mesures liées à l'épidémie de Covid-19 » au Sénat.

d'enquête⁵⁴, etc.⁵⁵ Sans doute, la crise sanitaire a-t-elle donné lieu à une revalorisation de ces mécanismes de contrôle-information, ainsi que le soulignent M^{mes} Priscilla Jensel-Monge et Audrey de Montis : « La mobilisation par les assemblées des outils de contrôle démontre que le Parlement, loin de s'effacer, joue au contraire un rôle très actif en cette période de crise [...] Les instruments traditionnels de contrôle, prévus notamment par la Constitution et les règlements des assemblées, sont pleinement mis en œuvre pendant cette période de crise sanitaire⁵⁶ ». À ce titre, si l'on assiste, d'une certaine manière, à une forme de « reconfiguration de la fonction de contrôle du Parlement⁵⁷ » en temps de crise, les méthodes changent mais pas les effets, car le contrôle demeurant pour une large part restreint, sous la V^e République, à sa dimension « sanction⁵⁸ » (laquelle n'offre pas beaucoup d'espoir en raison du fait majoritaire), la responsabilisation politique n'y gagne pas. Le renforcement de la mission d'information du Parlement, en dehors de toute finalité particulière, conduit à l'empêcher d'exercer ce contre-pouvoir consubstantiel aux régimes de séparation des pouvoirs, à l'égard du Gouvernement.

Dans la lignée de cette carence, une entreprise originale a pu être initiée, celle de la mission indépendante nationale sur l'évaluation de la gestion de la crise COVID-19 et sur l'anticipation des risques pandémiques, créée par le président de la République et présidée par M. Didier Pittet⁵⁹. Cette sorte de « mission d'information installée par l'Élysée pour *contrôler* sa propre action et celle de son Gouvernement » – le président de la République ayant proposé de procéder à une « analyse de la gestion de la crise⁶⁰ » – s'inscrit en faux avec la vocation du régime parlementaire ; elle est, d'après M^{me} Chloë Geynet-Dussauze, « contre nature⁶¹ » et conduit là aussi à une entrave à la séparation des pouvoirs qu'il convient de critiquer avec force au regard des équilibres – déjà bien favorables au pouvoir exécutif – instaurés par la Constitution de 1958.

Enfin, il convient de mentionner l'absence quasi totale de contrôle civique⁶². En dépit de la présence d'éléments de contrôle du Gouvernement durant la crise sanitaire, l'ensemble demeure, finalement, trop parcellaire et peu satisfaisant au regard de la logique du régime parlementaire. L'on pourrait presque s'en satisfaire, sur le plan juridique, si ces lacunes étaient contrebalancées par une véritable responsabilité politique du président de la République, dont on sait qu'elle ne s'exprime

54 V. notamment les travaux de la commission d'enquête du Sénat « pour l'évaluation des politiques publiques face aux grandes pandémies à la lumière de la crise sanitaire de la covid-19 et de sa gestion » ou encore ceux de la commission d'enquête de l'assemblée nationale « pour mesurer et prévenir les effets de la crise du covid-19 sur les enfants et la jeunesse ».

55 V. les développements dans le présent ouvrage de C. GEYNET-DUSSAUZE, « L'exercice du contrôle parlementaire en France durant la crise sanitaire de la covid-19 », art. cité.

56 P. JENSEL-MONGE et A. DE MONTIS, « La lutte contre la crise sanitaire provoquée par la Covid-19 : un repositionnement stratégique du Parlement au sein des institutions », art. cité. V. aussi C. GEYNET-DUSSAUZE, « L'exercice du contrôle parlementaire en France durant la crise sanitaire de la covid-19 », art. cité.

57 *Ibid.*

58 V. P. TÜRK, *Le contrôle parlementaire en France*, op. cit., p. 91 et s.

59 V. C. GEYNET-DUSSAUZE, « L'exercice du contrôle parlementaire en France durant la crise sanitaire de la covid-19 », art. cité. Nous soulignons.

60 E. MACRON, « Lettre de mission », 25 juin 2020, *Viepublique.fr* [<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/lettre%20de%20mission/Lettre-mission-279851.pdf>].

61 V. C. GEYNET-DUSSAUZE, « L'exercice du contrôle parlementaire en France durant la crise sanitaire de la covid-19 », art. cité. Nous soulignons.

62 Voir dans cet ouvrage : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Quelle place pour les citoyens dans le contrôle des mesures prises durant la crise sanitaire ? ».

plus qu'à l'occasion de l'élection présidentielle⁶³. La tendance est d'ailleurs à l'opposé d'une forme de responsabilisation du pouvoir lorsque l'on constate un détournement du fondement des décisions, de la politique vers la technique, bien mise en évidence par le recours quasi systématique au Conseil de défense, en substitution du Conseil des ministres, contre le texte et les équilibres de la Constitution⁶⁴. Ce phénomène accentue la dilution de la responsabilité politique, contraire à la logique du régime parlementaire et, plus largement, à l'exercice légitime du pouvoir.

En définitive, la paralysie de la responsabilité politique, conséquence bien connue de la rationalisation du parlementarisme, de la « captation⁶⁵ » des pouvoirs par le président de la République et du développement du fait majoritaire (les trois étant intimement liés), explique sans doute, en grande partie, son détournement vers le juge pénal, renforçant l'élément « culpabilité » du binôme que nous proposons de dissoudre. Le droit pénal apparaît donc comme un substitut de la défaillance de la responsabilité politique originelle, ainsi que le décrit le professeur Cécile Guérin-Bargues, à propos de la CJR, toujours d'actualité :

« Sa mise en place fut en effet le symptôme d'un véritable besoin de responsabilité que ne parvenaient à assouvir ni les mécanismes classiques d'engagement de la responsabilité politique, ni le mécanisme de responsabilité politico-pénale concrétisé par l'existence de la Haute Cour de Justice. C'est bien parce que prévalait dans l'opinion publique l'impression que les détenteurs du pouvoir tentaient systématiquement de se dérober à leurs responsabilités, que cette dernière est recherchée par la création d'une juridiction *ad hoc* apte à appréhender, sur le fondement d'une responsabilité de nature pénale, une responsabilité impossible à saisir autrement ».

Le mal étant identifié, on se propose de préconiser un traitement, celui de la réhabilitation de la responsabilité politique.

B. La nécessité d'une responsabilisation politique renforcée

Alors que de nombreuses propositions, doctrinales comme politiques, ont pour objet le rapatriement de la responsabilité pénale des ministres au sein des juridictions de droit commun⁶⁶, il convient, à notre avis, de s'en écarter, car elles ne paraissent pas être en accord avec la logique du régime parlementaire. Considérant qu'il est tout à fait possible d'englober un certain nombre de comportements n'ayant rien à voir avec l'exercice normal des fonctions politiques sous la notion – appréhendée *lato sensu* – d'actes commis *en dehors* de l'exercice des fonctions politiques (y compris lorsqu'ils sont accomplis *à l'occasion* de leurs fonctions) – ces derniers étant susceptibles d'être

63 Depuis le référendum de 2005 sur la Constitution européenne, ce type d'exercice démocratique ne joue plus le rôle plébiscitaire que lui avait attribué le général de Gaulle, conduisant à sa démission en 1969.

64 V. T. MULIER, « La présidentialisation de la V^e République à l'aune de la transformation du conseil de défense et de sécurité nationale », *Le blog droit administratif*, 9 juin 2020 [<https://blogdroitadministratif.net/2020/06/09/la-presidentialisation-de-la-ve-republique-a-laune-de-la-transformation-du-conseil-de-defense-et-de-securite-nationale/>].

65 Pour reprendre les termes déjà évoqués d'A. LE DIVELLEC, « « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V^e République », art. cité.

66 V. par exemple l'article 13 du projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace, du 9 mai 2018 (retiré le 29 août 2019).

contrôlés par le juge pénal – il convient de renoncer à la pénalisation des actes commis *dans* l'exercice normal de ces fonctions, tout en redonnant à la responsabilité politique toute sa vigueur, au moyen des modalités d'exercice du contrôle politique.

En réorientant le curseur vers des institutions politiques *lato sensu*, on redonne toute sa légitimité et son efficacité au contrôle du Gouvernement, là où le détour vers le juge (et les experts) est soit inefficace, soit paralysant, produisant, en outre, un écran entre le peuple et le politique. Il n'est pas question de prétendre dresser la liste de tous les moyens à disposition – et l'histoire tout autant que l'étude des droits étrangers sont susceptibles de fournir de riches enseignements de ce point de vue – mais d'en proposer quelques pistes, en guise d'ouverture, sans prétendre, ni à l'originalité, ni à la vérité⁶⁷. Toute la difficulté réside notamment dans l'équilibre à trouver avec la stabilité gouvernementale dont on sait qu'elle constitue la raison matricielle, sous la V^e République, de la restriction du contrôle parlementaire au contrôle sanction mais aussi de sa paralysie.

En premier lieu, la piste de la responsabilisation individuelle des ministres pourrait être explorée, même si elle ne doit pas être prise à la légère. Des États comme la Pologne⁶⁸, la Suède⁶⁹ où encore la Colombie⁷⁰, ont organisé des mécanismes constitutionnels de mise en cause de la responsabilité individuelle des ministres, au moyen de motions de censure susceptibles d'aboutir à leur révocation. Les conditions de leur mise en œuvre sont bien encadrées et cela n'a, généralement, pas eu d'incidence notable sur la stabilité gouvernementale. D'autres États organisent une responsabilité ministérielle individuelle plus insidieuse, à la manière du Royaume-Uni, dont les conventions de la Constitution prévoient la possibilité de sanctions à l'encontre des ministres tout en laissant le dernier mot au premier d'entre eux⁷¹. Il ne s'agit toutefois pas d'un mécanisme juridique à proprement parler. Une telle forme de responsabilité individuelle est d'ailleurs déjà plus ou moins pratiquée en France par une voie informelle, à travers les changements individuels de ministres et lorsque, impliqués dans des affaires et sous la pression populaire, l'application de la jurisprudence « Beregovoy-Balladur » les conduit à démissionner⁷². Une institutionnalisation de cette responsabilité permettrait sans doute une meilleure formalisation du procédé, avec une plus grande protection des ministres, non soumis à la vindicte médiatique et populaire du moment. Toutefois, elle peut avoir des inconvénients importants : d'abord, elle conduit à remettre en cause le sacro-saint principe de la solidarité

67 On peut ne pas être convaincu de la pertinence de toutes les solutions envisagées. Elles ont au moins le mérite d'exister.

68 Où la Constitution du 2 avril 1997 prévoit la responsabilité du Gouvernement devant la chambre basse, à la fois collectivement mais aussi individuellement.

69 Art. 5 chap. VI de la constitution du 28 fév. 1974.

70 Art. 135 de la Constitution de 1991. Alors même que la constitution est souvent présentée comme consacrant un régime présidentiel, les choses sont plus subtiles en réalité, les éléments de responsabilité gouvernementales étant bien présents, suivant le principe d'un bicamérisme égalitaire (v. notamment C. FAIVRE, « La Colombie, un régime présidentiel en trompe-l'oeil - de la tentation du régime parlementaire », *RIDC*, vol. 58, 2006/3, p. 861-883.

71 Le paragraphe 1.6 du code ministériel indique en effet que « Les ministres sont personnellement responsables de décider comment ils doivent agir et se comporter à la lumière du Code et de justifier leurs actions et conduite envers le Parlement et le public. Cependant, les ministres ne restent en poste que s'ils conservent la confiance du Premier ministre. Ce dernier est l'ultime juge de la conduite attendue d'un ministre et de la sanction qu'une atteinte à cette conduite entraîne ».

72 V. J. PADOVANI, « Cessations de fonctions individuelles et stabilité gouvernementale interne sous la V^e République : essai de typologie », art. cité.

au sein d'un même gouvernement, lui aussi en faveur d'une stabilité gouvernementale. Une forte responsabilisation individuelle pourrait, en outre, conduire aux dérives qui ont donné lieu, sous la III^e République notamment, à une instabilité perpétuelle de la composition du Gouvernement tout en produisant un effet pervers, celui du maintien des ministres concernés (au sein du même Gouvernement ou des suivants) par le jeu des chaises musicales⁷³. Enfin, elle pourrait entraîner une déresponsabilisation du Premier ministre, qui paralyserait d'autant plus les autres mécanismes de responsabilité gouvernementale plus conformes à la nature du régime parlementaire.

D'autres pistes pourraient être évoquées, telles que l'assouplissement de toutes les mesures qui ont conduit à une rationalisation du parlementarisme⁷⁴ : obligation d'investiture générale du Gouvernement, libéralisation des conditions d'engagement de la motion de censure (l'on songe aussi à d'autres formes de motions de censure telle que la motion de censure constructive à l'allemande et adoptée par certains pays de l'Est), contrôle régulier du Gouvernement par la mise en place d'une convocation devant le Parlement (soumise à un encadrement strict), avec notamment un retour à l'investiture unique à une majorité qualifiée. Enfin, pour contrecarrer les blocages du fait majoritaire, il serait intéressant de réfléchir à la mise en commun des procédures formelles de mise en cause de la responsabilité entre les deux chambres parlementaires et non plus confiée à la seule Assemblée nationale⁷⁵.

Si les solutions d'un renouveau du contrôle institutionnel *stricto sensu* apparaissent exploitables, en dépit de leur caractère ancien (qui ne les condamne pas pour autant, à notre avis, de ce seul fait), il reste qu'au regard des textes constitutionnels⁷⁶, de l'évolution du contexte démocratique, et au risque de verser dans le lieu commun, le citoyen ne peut être totalement mis à l'écart d'un tel processus, ce que la crise révèle également. La juridictionnalisation de la responsabilité des ministres constitue une preuve, s'il en fallait, de ce que les citoyens estiment devoir jouer un rôle « continu » – pour emprunter au concept du professeur Dominique Rousseau – dans le contrôle politique. Il n'est pas question de mettre en concurrence les modes institutionnels et civiques de mise en cause de la responsabilité politique, mais de défendre l'idée d'une complémentarité entre eux, laquelle s'inscrit parfaitement dans le contexte d'une démocratie parlementaire, permettant un retour aux sources du contrôle par le peuple. S'il faut les étudier avec précaution et justesse – notamment en prenant « garde de ne pas jouer les apprentis sorciers de la démocratie en maltraitant, en même temps, le peuple et ses représentants⁷⁷ » –, les modes de contrôle citoyen institutionnalisés doivent donc pouvoir être explorés pour proposer des solutions aux carences du régime parlementaire français. De manière générale, on se joint à l'opinion selon laquelle « le temps de la démocratie directe ne

73 Phénomène mis en évidence par J. OLLÉ-LAPRUNE, *La stabilité des ministres sous la troisième république (1879-1940)*, 1962, LGDJ.

74 V. sur ces questions, et preuve de la réflexion ne date pas d'hier, B. FRANÇOIS, *Misère de la V^e République. Pourquoi il faut changer les institutions*, Éditions Denoël, 2007, 2^e éd.

75 Les conséquences d'une mise en pratique de cette idée doivent être pleinement mesurées, notamment parce que l'absence de droit de dissolution à destination du Sénat risquerait de créer un déséquilibre non souhaitable.

76 L'on songe notamment aux articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

77 B. FRANÇOIS et A. LEVADE, « Le référendum consultatif serait un bien mauvais service à rendre à la démocratie », *Le Monde*, 23 juin 2020.

correspond pas au temps de l'urgence et à l'absence de prévisibilité quant aux mesures adoptées⁷⁸ ». Toutefois, certaines techniques de démocratie directe pourraient constituer une solution, à la fois en temps de crise et, *a fortiori*, au-delà. Il existe déjà, bien sûr, en France, des moyens institutionnalisés de participation du citoyen au contrôle, relevés par Madame Marthe Fatin-Rouge Stefanini dans cet ouvrage : saisine du défenseur des droits ; droit de pétition devant l'Assemblée nationale, le Sénat et le Conseil économique, social et environnemental ; formulation d'une question prioritaire de constitutionnalité⁷⁹. Ces moyens peuvent être mobilisés en temps de crise même s'ils ne constituent pas des mesures très efficaces (hormis la QPC, qui demeure toutefois un mode de contrôle très indirect du Gouvernement par le peuple, sur les projets de lois à tout le moins⁸⁰). D'autres perspectives pourraient être envisagées et les idées ne manquent pas, y compris les plus originales : commission du peuple au sein du Parlement⁸¹, initiative populaire, référendums veto et abrogatif, procédure du *recall*, à la manière de ce qui est pratiqué aux États-Unis au niveau local⁸², la liste n'étant pas exhaustive⁸³.

Il s'agit, en définitive, de considérer qu'un équilibre est susceptible d'être trouvé entre l'institution de mécanismes susceptibles de faire peser sur le Gouvernement une responsabilité trop lourde, au prix de son instabilité, et la mise en sourdine de la quasi-totalité des mécanismes, au prix d'une irresponsabilité problématique, même si elle n'est pas à la hauteur de l'irresponsabilité du chef de l'État.

*On a tiré sur des moineaux à coups de canon*⁸⁴. Plus de soixante-dix ans après son instauration sur les ruines de ses prédécesseurs, le régime parlementaire de la V^e République est en partie paralysé. Les objectifs présidant à son instauration – la stabilité gouvernementale – ont, certes, été parfaitement accomplis, mais au moyen de mesures disproportionnées. L'affaiblissement du Parlement qui en résulte s'est fait au moyen de – et a conduit à, selon une logique circulaire – la paralysie du contrôle politique, détournant l'activité de contrôle vers le juge, seul pouvoir susceptible de proposer, en apparence du moins, une responsabilisation politique. La crise sanitaire confirme ce constat, diminuant la tension au sein du couple responsabilité-culpabilité, tension pourtant nécessaire à l'épanouissement du

78 Dans le présent ouvrage, M. FATIN-ROUGE STEFANINI, « Quelle place pour les citoyens dans le contrôle des mesures prises durant la crise sanitaire ? ».

79 V. *ibid.*

80 Sur l'inefficacité de la voie du CESE, l'on se permet de renvoyer à notre contribution : J. PADOVANI, « La réforme du Conseil économique, social et environnemental : une citoyenneté en question », *La Revue des Droits de l'Homme* [en ligne], n° 22, 2022

81 Qui serait rapidement confrontée à des limites : quel peuple ? quel mode d'élection ? quelle légitimité ?

82 V. A. BACHERT, « Le *Recall* aux États-Unis : le rappel du peuple ? », in C.-E. SÉNAC (dir.), *La révocation populaire des élus*, Mare & Martin, 2021 et G. SERVANT et N. PAGÈS, « La procédure de *Recall* aux États-unis : un mécanisme de révocation politique au service d'une vision renouvelée de la démocratie représentative », *Jus Politicum Blog*, 21 juill. 2021.

83 V. notamment L. BLONDIAUX et B. MANIN, *Le tournant délibératif de la démocratie*, Presses de Sciences Po, 2021.

84 Formule tirée de l'expression bien connue, devise du contrôle de proportionnalité, utilisée notamment par F. FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, JCB, Mohr, 1911, cité par P. MOOR, « Systématique et illustration du principe de proportionnalité », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses univ. de Strasbourg, 2001, p. 319.

régime parlementaire. La confusion de la responsabilité politique et de la culpabilité pénale aboutit alors à une dénaturation du régime, là où la formule, dont M^{me} Georgina Dufoix se fit le relai il y a vingt ans, pourrait constituer une maxime du régime politique français.

En 2013, en conclusion d'un rapport sur les rapports entre responsabilité politique et pénale, la commission de Venise considérait « que la capacité d'un régime constitutionnel à séparer et distinguer la responsabilité politique et la responsabilité pénale des ministres (précédents ou actuels) témoigne du bon fonctionnement et de la maturité de la démocratie mais aussi du respect de l'État de droit », ajoutant que « les poursuites pénales ne devraient pas servir à sanctionner des erreurs ou désaccords politiques. L'action politique des ministres devrait être soumise à des procédures relatives à la responsabilité politique, tandis que les procédures pénales devraient être réservées aux actes criminels⁸⁵ ». Appliquée à la France durant la crise de 2020/2021, cette grille d'évaluation ne peut que confiner au pessimisme, la tendance étant à l'évolution vers un système où « le Code pénal est [...] transformé en une boîte à outils interchangeables dans lequel les avocats, et puis les magistrats, peuvent puiser infiniment pour les appliquer à des faits de gestion ministérielle assez éloignés de l'infraction⁸⁶ ». Le mal est connu, encore faut-il le soigner efficacement.

85 Rapport du 11 mars 2013, [<https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282013%29001-f>], p. 21.

86 O. BEAUD, « Mal gouverner est-il un crime ?... », art. cité.

LA RESPONSABILITÉ PÉNALO-POLITIQUE DES GOUVERNANTS EN CAS DE CRISE SANITAIRE : MYTHE OU DÉFI ?

Dominique VIRIOT-BARRIAL¹

Le 9 mars 1999, soit vingt et un ans quasiment jour pour jour avant le premier confinement, la Cour de justice de la République (CJR) rendait son premier arrêt dans l'affaire du sang contaminé. « Juridiction de compromis entre les vues de la classe politique et celle des magistrats »², elle a été créée dans le contexte de cette affaire pour même être dénommée « la fille naturelle de l'affaire du sang contaminé »³. Elle faisait émerger le concept de responsabilité pénalo-politique des ministres dans les affaires de santé publique. Elle naissait à côté d'une traditionnelle responsabilité administrative de l'État⁴ souvent évoquée. En effet, à chaque grande catastrophe sanitaire a correspondu un recours en responsabilité contre l'État que ce soit dans le cadre de l'affaire du Sang contaminé⁵, de l'amiante⁶, du Médiateur⁷ dans une moindre mesure de l'affaire PIP⁸, recours qui a permis d'obtenir *a minima* la reconnaissance de la carence fautive de l'État au mieux la réparation du préjudice subi lorsque ce dernier était établi⁹. Pour autant, à l'époque, nous avons souligné¹⁰ que la compétence future de cette Cour en matière de santé publique ne saurait se limiter symboliquement à l'affaire du sang contaminé tant les comportements dans les différents domaines de la sécurité sanitaire posent des questions similaires. Si d'autres « scandales sanitaires » ont donné lieu à des dépôts de plainte devant le CJR, aucun ne s'est finalisé par une saisine de la Cour en tant que juridiction de jugement

1 Professeur AMU, Centre de droit social.

2 G. VEDEL, « La poursuite des infractions commises par les ministres en droit français » in F. DELPERE, M. VERDUSSEN (dir.), *La responsabilité pénale des ministres en droit français, communautaires et régionaux*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 37.

3 O. BEAUD, *Le sang contaminé*, PUF, coll. Béhémoth, 1999, p. 53.

4 T. DAL FARRA, « La responsabilité de l'État et de ses représentants dans la gestion de l'épidémie de covid-19, les effets de la convergence des jurisprudences administrative et répressive », *AJDA* 2020 p. 1463.

5 CE, 9 avr. 1993, n° 138653.

6 CE, ass., 3 mars 2004, n° 241153.

7 CE, 9 nov. 2016, n° 393902 ; n° 393108 ; n° 393904, 3 arrêts ; S. BRIMO, « La responsabilité administrative, dernière victime du Médiateur ? », *AJDA* 2014 p. 2490.

8 C. LANTERO, « Prothèses PIP : chronique d'un échec indemnitaire », *AJDA* 2019, p. 951.

9 C. BROYELLE, « L'éventuel engagement de la responsabilité de l'État en raison de la crise », in *La responsabilité des ministres et de l'État dans la gestion de la crise du Coronavirus*, [<https://blog.leclubdesjuristes.com/responsabilite-ministres-etat-gestion-crise-coronavirus>], 23 mars 2020.

10 D. VIRIOT-BARRIAL, « La Cour de Justice de la République et la santé » in *Revue Sève*, Sciences politiques Paris, avril 2007, Presses de Sciences Po, *Les Tribunes de la santé*, 2007/1 n° 14, p. 55-71. DOI : 10.3917/seve.014.0055.

que ce soit pour les contaminations par le virus de l'hépatite ou l'amiante¹¹. La question aurait pu se poser à l'égard d'autres affaires comme celle de la transmission de la maladie de Creutzfeld-Jacob due à un cofacteur viral reconnu en 1997 par l'OMS, de l'hormone de croissance ou celle de l'amiante dans laquelle les juridictions tant administrative, pénale que civile étaient allées, pour certaines, dans le sens d'une volonté de poursuivre et même de reconnaissance des responsabilités¹².

Ainsi la crise sanitaire liée à la pandémie Covid sera potentiellement le « meilleur » et très certainement le dernier exemple du rôle de la CJR dans le traitement des affaires sanitaires, exemple certes controversé puisque la suppression de la CJR est désormais au cœur des débats. À la suite de quatre-vingt seize plaintes dont treize ont été jugées recevables¹³, la Commission des requêtes, par son ordonnance de transmission, a lié le Procureur général qui a requis l'ouverture d'une information judiciaire par la Commission d'instruction, sur la gestion de la crise sanitaire liée à l'épidémie du coronavirus. Cette information a visé, en juillet 2020, Édouard Philippe, Agnès Buzyn et Olivier Véran sur la qualification retenue par la commission des requêtes, du délit d'« abstention de combattre un sinistre ». De manière parallèle, une plainte déposée en septembre 2020 par l'association Victimes Coronavirus France devant la CJR contre le Premier ministre Jean Castex a été jugée irrecevable par la commission des requêtes qui s'est fondée sur l'absence de préjudice direct contre l'association ou l'un de ses membres et l'impossibilité de défendre l'intérêt général. De même plus de 2 000 plaintes qui dénonçaient la gestion de la crise sanitaire par le gouvernement, le passe sanitaire de même que la vaccination obligatoire contre le COVID-19 et qui reposaient sur le délit d'abstention de combattre un sinistre, celui d'extorsion ou encore de publicité mensongère, ont été jugées irrecevables par la commission des requêtes de la CJR¹⁴.

En revanche l'instruction menée par la commission d'instruction a donné lieu à la première mise en examen et à la mise sous statut de témoin assisté d'Agnès Buzin sur des fondements qu'il conviendra de discuter. Le mardi 18 octobre 2022, Édouard Philippe a été placé sous le statut de témoin assisté pour délit de risque causé à autrui et abstention volontaire de combattre un sinistre Cette information judiciaire dans le cadre de la CJR se double à la fois de procédures de droit commun mais aussi d'une procédure plus « parlementaire ». Cette dernière s'est traduite par la mise en place d'une mission d'information sur la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-COVID19 créée par la Conférence des présidents en mars 2020 et présidée par le président de l'Assemblée nationale, Richard Ferrand qui a produit deux rapports¹⁵. La mission d'information a mis fin à ses travaux en janvier 2021, ce que certains députés ont vivement critiqué allant même jusqu'à proposer l'ouverture d'une commission d'enquête « sur la préparation et la gestion de la campagne vaccinale »¹⁶.

11 *Ibid.*

12 D. VIRIOT-BARRIAL, note sous Cass. Crim. du 7 juillet 2005, n° pourvoi : 05-81119, prescription dans l'hormone de croissance, *Gaz. du Palais*, juin 2006, p. 38 ; C. GUETTIER, L'État face aux contaminations liées à l'amiante, *AJDA* 2001 p. 529, v. aussi sur la réparation du préjudice d'anxiété : Ass. plén., 5 avr. 2019, n° 18-17.442, publié et Ass. plén., 2 avril 2021 n° 19-18.814.

13 [https://www.francetvinfo.fr/economie/emploi/metiers/droit-et-justice/covid-19-des-milliers-de-plaintes-arrivent-a-la-cour-de-justice-de-la-republique-revele-le-procureur-francois-molins_4761035.html].

14 [https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/01/24/covid-19-la-cour-de-justice-de-la-republique-rejette-une-serie-de-pres-de-20-000-plaintes-contre-le-gouvernement_6110806_3224.html].

15 Rapport d'information, mission d'information sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19, n° 3053, R. FERRAND, 3 juin 2020 et 20 décembre 2020.

16 [https://www.huffingtonpost.fr/entry/vaccination-le-ps-reclame-une-commission-enquete_fr_6061ab85c5b66d30c746591e].

Si les fondements infractionnels sont, quels qu'ils soient, fortement controversés dans la mise en jeu de la responsabilité des gouvernants dans le cadre de la crise covid sur le modèle des autres crises sanitaires (I), l'avenir de la CJR, spécifiquement en matière sanitaire, est fortement compromis par des problématiques liées à son fonctionnement-même sans que les solutions soient des plus simples à trouver (II).

I. Les fondements infractionnels controversés de la responsabilité des gouvernants liée à la crise Covid devant la CJR

Le choix des incriminations dans le cadre des crises sanitaires est une épineuse question se fondant désormais sur une double distinction. La première, fondamentale et découlant de l'article 121-3 du code pénal entre infraction intentionnelle et non intentionnelle, pose le problème de la criminalisation de la responsabilité des membres du gouvernement spécifiquement en matière non intentionnelle. Le raisonnement jusqu'alors issu de l'interprétation stricte du texte de l'article 68-1 de la Constitution consiste à ne pas faire de distinction entre les infractions intentionnelles et les infractions non intentionnelles. Mais cette distinction assez traditionnelle semble être supplantée depuis peu par une seconde plus complexe à appréhender malgré une apparente simplicité, entre les infractions matériellement caractérisées par l'action ou l'inaction, distinction qui s'imbrique très souvent dans la précédente sans pour autant s'y substituer.

A. La non-intention, vecteur paradoxal d'une responsabilité pénale liée aux crises sanitaires devant la CJR

Dès l'affaire du sang contaminé, si la commission d'instruction a été saisie en premier lieu sur la qualification d'administration de substances nuisibles à la santé puis, après requalification des faits, sur celle de complicité pour empoisonnement, ces deux qualifications intentionnelles ont été abandonnées, faute de prouver l'intention chez leurs auteurs. La commission s'est finalement tournée, sous l'impulsion non avouée de la Cour de cassation¹⁷, vers les qualifications d'homicide involontaire de l'article 226-1 du code pénal ou d'atteintes involontaires à l'intégrité physique ou psychique de l'article 222-19 du même code, reposant entre autres sur le retard en matière de sélection des donneurs de sang ou encore l'absence d'interdiction des collectes à risques, qualifications qui fonderont la décision de la CJR. Ce fondement a aussi été utilisé dans un certain nombre d'affaires sanitaires ayant entraîné un non-lieu de la commission d'instruction¹⁸. Si l'on analyse les différents arguments ayant conduit soit à un non-lieu, une relaxe ou encore une condamnation, on retrouve assez classiquement une succession de concepts qui s'imbriquent les uns dans les autres et forment un tout indissociable. Dans l'aspect matériel, on retrouve les concepts d'« absence de réaction » ou encore de « tardiveté des mesures » qui recouvrent la notion d'inaction. Cette inaction rejoint la définition de l'élément moral à travers la classique faute d'imprudence définie par le législateur comme

17 Cf. crim. 2 juillet 1998, 98-80.529, Publié au bulletin : cet arrêt imposa le dol spécial dans l'élément moral de l'empoisonnement et influa de ce fait fortement sur l'abandon de la qualification d'empoisonnement dans le cadre de l'affaire du sang contaminé.

18 D. VIRIOT-BARRIAL, « La Cour de Justice de la République et la santé », *ibid.*

l'imprudence, l'inattention, le défaut de précaution ou, beaucoup moins adaptée aux crises sanitaires, la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité. Or cette inaction est appréhendée à l'aune d'une interprétation *in concreto* préconisée dès la loi du 13 mai 1996 mettant en avant de manière prégnante le concept de « diligences » ou encore ceux de « compétences » ou de « pouvoirs ». Les ministres ont-ils agi avec ou sans diligences ? Or dans un processus argumentatif, cette question fait s'interroger *ab initio* sur le « degré de connaissances des informations et de la situation »¹⁹, laquelle interrogation fait obligatoirement intervenir un questionnement sur la causalité. En l'absence de connaissance des informations et de la situation, c'est l'existence, la certitude même du lien de causalité entre la faute et le dommage qui sont remises en cause. À l'époque la question de la nature de la causalité ne se posait pas encore.

Dans le cadre de la gestion Covid, un certain nombre de faits relevés en particulier dans les enquêtes parlementaires²⁰ auraient pu ou pourraient faire pencher la qualification juridique vers ces qualifications non intentionnelles. Un des rapports parlementaires précités²¹ met en avant trois axes principaux. Le premier, qui vise un pays mal préparé face à une crise majeure, cite le délaissement progressif de la préparation au risque pandémique et la réduction des stocks stratégiques de masques mais aussi une distribution chaotique par Santé publique France, le tout renforcé par la confusion des messages sur le port du masque grand public. Le deuxième vise, dans le cadre de l'absence de pilotage unifié, spécifiquement l'absence de déploiement d'une stratégie de diagnostic et de dépistage ambitieuse, la mise en péril de la stratégie de déconfinement par l'absence de recours au dépistage massif ou encore de contrôle des frontières. Enfin le troisième axe du rapport pointe, dans le cadre du système de soins, un ensemble de dysfonctionnements touchant tant l'hôpital public, comme le difficile accès des personnes âgées en services de réanimation, que les EPHAD. Ce rapport laisse encore apparaître l'ombre d'un fondement de responsabilité touchant le recul des soins remettant en cause la continuité des soins qui ne semble pas spécifiquement être entièrement résolue à ce jour. Cette mise en jeu des qualifications non intentionnelles est d'autant plus prégnante que l'article 121-3 du code pénal, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000, permet l'incrimination des dirigeants publics, auteurs indirects, sur la base d'une faute de mise en danger délibérée ou *a minima* d'une faute caractérisée. Cette faute caractérisée qui expose autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer est particulièrement importante dans le cadre des crises sanitaires pour lesquelles, au moins dans leur début, l'absence de réglementation est caractéristique. Dans le cadre de la crise covid, il n'existe, en tout état de cause dans le code de la santé publique, aucune obligation positive précise sur la constitution et l'entretien de stocks de masques et autres équipements sanitaires de lutte contre les épidémies ou sur le maintien d'une capacité stratégique et quantifiée d'accueil de la population dans les services de réanimation des hôpitaux²².

19 O. BEAUD, *le sang contaminé*, *op. cit.*, spéc. p. 59 et s.

20 Rapport d'information, n° 3633 sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid 19, 20 décembre 2020 (J. BOROWCZYK et E. CIOTTI)

21 *Op. cit.*

22 Cf. l'obligation de prévoir la constitution d'une réserve sanitaire destinée à accroître les moyens humains des services de protection de la santé (CSP, art. L. 3132-1) ou encore celle d'imposer le respect de plans d'approvisionnement et de gestion des pénuries de médicaments aux titulaires d'autorisations de mise sur le marché et aux entreprises pharmaceutiques (CSP, art. L. 5121-29 et s.), V. T. DAL FARRA, *op. cit.*

Assez paradoxalement ces incriminations n'ont pas, pour l'instant, été évoquées dans le cadre de la procédure devant la CJR dont les dernières évolutions²³ mettent en avant une autre qualification, celle du délit de risque causé à autrui, non retenue dans l'affaire du sang contaminé sur le fondement du principe de légalité dans la mesure où ce délit était une création du code pénal en 1992. Ce délit de risque causé à autrui, visé dans l'article 223-1 du chapitre III lié à la mise en danger de la personne, reste un délit non intentionnel malgré un élément moral particulièrement marquant reposant sur la faute de mise en danger délibérée, à savoir la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement. D'après les premières sources journalistiques, les juges semblent s'appuyer sur le décret 2017-1076, signé par Mme Buzyn le 24 mai 2017²⁴, qui précise que « Le ministre des solidarités et de la santé élabore et met en œuvre [...] les règles relatives à la politique de protection de la santé contre les divers risques susceptibles de l'affecter. ». C'est peut-être oublier, en premier lieu, l'exigence du caractère « particulier » de l'obligation²⁵ difficile à trouver dans un décret relatif aux attributions du ministre des Solidarités et de la santé égrenant des obligations très générales et, en second lieu, l'exigence d'une exposition au risque immédiate et directe. A ce dernier égard, il sera à nouveau complexe de montrer en quoi la ministre a exposé directement la population à un risque dont l'ampleur n'était à l'époque que peu mesurée. Le problème de la connaissance scientifique avérée se posera en termes prégnants encore dans le cadre de cette qualification notamment au vu du nombre d'instances qui ont vocation à donner une véritable impulsion à caractère scientifique aux décisions données par les politiques, comme le conseil scientifique ou encore l'ANSM, pour n'en citer que deux ...

L'inquiétude du monde politique face au risque pénal dans le cadre de l'épidémie de COVID-19, a d'ailleurs poussé le législateur, dans la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire, à créer l'article L. 3136-2 dans le CSP qui précise, assez maladroitement en terme rédactionnel, les critères d'appréciation de cette faute non intentionnelle dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. Si le critère initialement retenu de « l'état actuel des connaissances scientifiques au moment des faits » inséré dans l'article 121-3 du code pénal a été exclu puisqu'il sous-tendait une mise en jeu restrictive de la responsabilité, l'option a consisté à modifier le code de la santé publique. Ce nouvel article précise que « l'article 121-3 du code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur ». Si cette disposition avait vocation à rassurer, entre autres le politique, elle n'a pas modifié fondamentalement l'approche du juriste puisque l'état du droit s'inscrit dans la continuité de la loi de mai 1996 visant déjà quasiment à l'identique, les critères d'appréciation de cette faute non-intentionnelle. Si certains auteurs s'interrogent sur son application

23 [\[https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/09/09/covid-19-agnes-buzyn-convoquee-par-la-cjr-en-vue-d-une-mise-en-examen_6094030_3224.html#xtor=AL-32280270-\[mail\]-\[ios\]\]](https://www.lemonde.fr/societe/article/2021/09/09/covid-19-agnes-buzyn-convoquee-par-la-cjr-en-vue-d-une-mise-en-examen_6094030_3224.html#xtor=AL-32280270-[mail]-[ios]) : Agnes Buzyn a été mise en examen sur le fondement du délit de risque causé à autrui.

24 Décret n° 2017-1076 du 24 mai 2017 relatif aux attributions du ministre des Solidarités et de la santé, NOR : SSAX1714802D, *JORF* n° 0123 du 25 mai 2017.

25 V. par exemple Crim. 25 juin 1996, n° 95-86.205 ; crim. 25 juin 1996, n° 95-86.205.

aux membres du gouvernement²⁶, l'emploi de termes très génériques, une simple mise en avant d'exemples visant les autorités locales et les employeurs²⁷ mais aussi le principe de l'égalité devant la loi devraient favoriser son application dans le cadre de la CJR.

Dès lors, dans une pure réflexion juridique, le fondement non intentionnel paraît être le plus adapté dans le cadre des crises sanitaires en excluant les qualifications nécessitant la référence à l'existence d'une obligation préalable particulière de sécurité et de prudence comme l'exige la faute de mise en danger délibérée, élément moral du délit de risque causé à autrui. Cependant, dans une optique plus politique, une extrême réserve apparaît malgré les réticences formulées à son égard : l'exigence de la connaissance raisonnée des informations qui conditionne l'appréciation des diligences et que l'on doit appréhender à l'aune d'une action collective s'insérant dans un processus décisionnel systémique complexe en opposition totale avec le principe de responsabilité personnelle consacré en droit pénal. Si les scandales sanitaires font apparaître cette dangereuse frontière entre le principe de précaution et de prévention²⁸, ce dernier pouvant *a priori* servir le droit pénal pour sanctionner des comportements qui pourraient s'apparenter à un manque de prudence ou de diligences face à un risque avéré, connu ou du moins reconnu scientifiquement, le deuxième apparaît quelque peu dangereux pour justifier la sanction pénale de responsables politiques (ou non) dans des affaires où l'expertise scientifique au sens non technique du terme est prégnante²⁹.

Dès lors, *a fortiori*, l'intention comme fondement de mise en jeu de la responsabilité pénale des membres du gouvernement ne peut qu'apparaître des plus aléatoires en matière de crise sanitaire.

B. L'intention, vecteur réfuté d'une responsabilité pénale liée aux crises sanitaires devant la CJR

Corruption³⁰, escroquerie³¹ sont autant d'infractions marquées par la recherche d'intérêt personnel, pour lesquelles on attend *a minima* des poursuites exemplaires lorsqu'elles ont été commises dans le cadre des fonctions ministérielles. Le concept d'intention est plus complexe dans le cadre des crises sanitaires comme on l'a déjà vu avec le rejet des « qualifications intentionnelles d'action » telles que l'empoisonnement ou l'administration de substances nuisibles. Mais dans le cadre de la gestion de crise Covid, le 7 juillet 2020 le procureur général a requis la commission d'instruction

26 D REBUT, « La responsabilité pénale des décideurs à l'issue du vote du Parlement », [<https://blog.leclubdesjuristes.com/la-responsabilite-penale-des-decideurs-a-lissue-du-vote-du-parlement>].

27 V en ce sens T. DAL FARRA, *op. cit.*

28 D. VIRIOT-BARRIAL, « Le risque dans les catastrophes sanitaires, concept perturbateur en responsabilité pénale », in *Actes du colloque international « Les catastrophes sanitaires, modèle controversé et repensé de la gestion du risque »*, Actes du XII^e colloque international d'Aix-en-Provence, novembre 2012, Les études hospitalières, 2013 p. 101.

29 O. BEAUD, Le sang contaminé, *ibid.*, p. 66.

30 Affaire Pasqua in C. GUERIN-BARGUES, *Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République*, coll. Droit politique textes fondamentaux, éd. Dalloz, 2017, p. 209.

31 Affaire Gillibert, in C. GUERIN-BARGUES, *Juger les politiques ? La Cour de Justice de la République*, coll. Droit politique textes fondamentaux, éd. Dalloz, 2017, p. 189.

d'informer, à l'encontre des différents ministres du chef d'abstention de combattre un sinistre, délit prévu et réprimé par l'article 223-7 du Code pénal. Si la ministre de la Santé a été mise en examen, le 10 septembre 2021, par la commission d'instruction du chef de mise en danger d'autrui, elle a été seulement placée sous le statut de témoin assisté du chef d'abstention volontaire de combattre un sinistre. Ce délit peu usité³² d'abstention volontaire de prendre ou de provoquer les mesures permettant de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes³³ est un délit d'abstention par excellence. Prévu à l'article 223-6 alinéa 1^{er} du Code pénal et puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende, il apparaît comme un délit complémentaire³⁴ du délit de non-assistance à personne en danger prévu par l'article 223-6, alinéa 2 du Code pénal dès lors qu'aucune personne n'est directement en péril, mais aussi du délit de risque causé à autrui dans sa version intentionnelle. Cette qualification, dont la doctrine ne réfute pas la possible application³⁵, ne présente pourtant pas spécifiquement un intérêt majeur dans les circonstances visées et pourrait même être contre-productive dans l'optique d'une mise en jeu de la responsabilité des ministres.

L'élément matériel impose en premier lieu un sinistre en cours qui constitue la situation donnant naissance à l'obligation d'agir, d'origine infractionnelle ou non et matérialisée par différents faits qui ont vocation à engendrer des dommages³⁶. En l'espèce la situation de pandémie peut être assimilée à cette situation, d'origine..., *a priori*... naturelle et dont la réalisation est en cours³⁷. Il suffit, en revanche, que le sinistre soit « potentiellement » dangereux c'est-à-dire qu'il n'est pas exigé qu'il expose autrui à un péril. Il s'agit donc là d'un caractère qui le distingue de celui du péril de l'article 223-6, alinéa 2 et de l'article 223-1 du Code pénal. Finalement le choix de cette qualification ne repose-t-il pas sur une volonté d'objectivisation de la situation de risque qui s'éloignerait d'une recherche de la personnalisation des actes, mais surtout qui ne prêterait pas le flanc à la critique de l'impossibilité de constitution de partie civile devant la CJR ? Le deuxième aspect de l'élément matériel repose sur l'abstention qui doit porter, quant à elle, sur des mesures permettant de combattre ce sinistre, c'est-à-dire aptes à le diminuer³⁸. On arrive ainsi à cette fameuse distinction, qui anime désormais toutes les réformes, entre action et inaction des membres du gouvernement. Or dans le cadre de cette qualification, comme le souligne la doctrine, le délit ne punit pas la simple passivité devant un sinistre, mais l'inaction de celui qui pouvait le combattre avec des mesures efficaces et s'est abstenu de le faire³⁹. Il faudra pour les magistrats

32 On ne trouve que quatre arrêts de la Cour de cassation traitant de cette incrimination : Crim. 27 octobre 2015, 14-87.583 criminelle, 18 octobre 2011, 11-81.400 à propos du refus de combattre des incendies, Crim. 11 juillet 2001, 01-83.054 dans le cadre de l'affaire *Erika* pour lutter contre la pollution criminelle, Crim. 28 mars 2001, 00-84.568 : mise en jeu des secours à la suite d'une noyade.

33 D. REBUT, Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2003.

34 Circulaire du 14 mai 1993.

35 D. REBUT, Le délit d'abstention volontaire reproché à Édouard Philippe et Agnès Buzyn, [<https://blog.leclubdesjuristes.com/responsabilite-ministres-etat-gestion-crise-coronavirus/>], 23 mars 2020.

36 M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 17^e éd., Armand Colin, 2019, no 164.

37 D. REBUT, *Le délit d'abstention volontaire reproché à Édouard Philippe et Agnès Buzyn*, Le club des juristes, 23 mars 2020, *op. cit.*

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

de la CJR identifier ces mesures « efficaces », condition primordiale pour arriver à la qualification d'une abstention punissable au sens du délit. Or si l'on ne cite que l'exemple des masques qui auraient pu potentiellement endiguer la contamination, le gouvernement ne pouvait, faute de moyens qui ont été mis en évidence dans les rapports, en équiper la population générale ou même les seuls professionnels de santé. Il est vrai que l'« aveu » par le gouvernement de cette impossibilité aurait moins prêté le flanc à la critique qu'une référence à l'inefficacité des masques. Mais peut-on engager la responsabilité pour ne pas avoir eu le courage politique d'avouer son incurie en la matière ? La question peut aussi se poser dans un sens totalement différent. Pourrait-on arriver à sanctionner des membres du gouvernement parce qu'ils ont pris des mesures qui pourraient être qualifiées d'inefficaces et même liberticides ce que d'aucuns tentent de mettre en exergue en visant le confinement ou encore l'obligation vaccinale ?

Mais une fois encore, c'est surtout dans le cadre de l'élément moral que le problème peut *a priori* se poser. Ce délit d'inaction ou d'abstention, pour utiliser un terme plus adéquat, constitue en fait un délit intentionnel au sens de l'article 121-3, c'est dire qu'il impose en premier lieu la conscience du sinistre. Conscience que la jurisprudence relève soit en cas de signes extérieurs du péril patents soit en cas de péril signalé sans signes extérieurs francs, mais en absence de démarche pour en prendre la mesure⁴⁰. Dans le cadre de la gestion de la crise Covid, la doctrine pénaliste semble pencher sur la mise en avant, en termes de défense, d'une mauvaise appréciation du péril qui est ici probable et exclurait cette abstention volontaire⁴¹. On retrouve une fois encore la problématique de la connaissance au moment des faits des informations suffisantes pour appréhender le potentiel sinistre ou du moins son ampleur. Mais l'élément intentionnel impose en second lieu la volonté et plus justement l'intention de ne pas prendre ou provoquer les mesures permettant de combattre le sinistre. C'est dans ce cadre que le problème sera prégnant et que l'on se demande si le choix d'une infraction classique d'imprudence ne serait pas plus justifié. Cette volonté est caractérisée quand l'auteur savait qu'il avait les moyens de prendre ou de provoquer ces mesures. L'insuffisance ou l'inadaptation des mesures est, en outre, incompatible avec la volonté de ne pas les prendre ou les provoquer, si elle est due à une mauvaise appréciation du sinistre. Enfin on peut se demander si cette qualification est la plus adéquate dans le cas de décisions prises de manière collective devant tenir compte tant des politiques sanitaires antérieures que des informations qui parviennent dans les cabinets ministériels et qui, de surcroît, doivent s'inclure dans une politique sanitaire d'urgence ? Se rajoute aussi la question de la répartition des compétences, dans la mesure où, en matière de police générale, la ministre de la Santé n'est pas l'autorité principalement compétente. Pour l'instant cette qualification n'est pas retenue dans le cadre strict de la mise en examen.

40 V la jurisprudence citée in D. REBUT, *Omissions de porter secours – Entrave aux mesures d'assistance*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2003.

41 Pour une démonstration en ce sens d'un pénaliste cité par O. BEAUD et C. GUÉRIN-BARGUES, « CJR et plaintes pénales contre les ministres : la « machine infernale » est lancée », *JP blog*, le blog de *Jus Politicum*, revue internationale de droit constitutionnel : cf. J.-C. PLANQUE, « Les plaintes pénales pour Covid19 ont-elles un avenir ? » *Conversation France*, du 6 juillet 2020, ainsi que l'arrêt cité par l'auteur Cass. Crim 17 déc. 2019, n° 19-83623 précisant que « la mauvaise appréciation du péril exclut la volonté de ne pas secourir la victime »

Le choix d'une qualification intentionnelle, même reposant sur l'inaction dans le cadre d'une crise sanitaire, s'éloigne d'une jurisprudence pénale qui favorisait la non-intention et plus précisément la faute caractérisée dans une optique de « standard comportemental très comparable, dans son principe, à celui qui inspire la jurisprudence administrative dans le cadre de la protection de la santé publique »⁴². Mais outre cette interrogation sur le choix des qualifications, c'est plus généralement et désormais classiquement que l'on s'interroge sur l'existence même de la CJR, et ce spécifiquement dans le cadre des crises sanitaires.

II. L'avenir controversé de la CJR en matière de crise sanitaire

Un certain nombre de critiques sont souvent formulées comme celles liées au respect du procès équitable dans le cadre du régime des nullités devant la commission d'instruction⁴³ ou du droit de se taire⁴⁴, à l'impartialité en cas de recours devant la Cour de cassation des décisions du ministère public de la CJR ou encore à sa composition hybride, voire politique⁴⁵. Une récente décision de l'Assemblée plénière⁴⁶ souligne les problèmes très procéduraux relatifs aux décisions de la Commission d'instruction. Cependant la CJR pose des problèmes intrinsèquement liés à la gestion des crises sanitaires qui entraînent une réflexion désormais récurrente sur une éventuelle réforme de cette juridiction d'exception qu'il conviendra de repenser sur le plan constitutionnel, mais surtout pénal.

A. L'inadaptation de la CJR face aux crises sanitaires

Le traitement des crises sanitaires met en exergue les écueils de la CJR et renforce les disparités avec les principes de base de notre droit pénal ou de notre procédure pénale. On peut citer par exemple l'impossibilité de poursuivre les complices des membres du gouvernement, ce que la doctrine a appelé une « compétence à géométrie variable »⁴⁷. Or en matière de santé, le rôle croissant et donc la mise en cause des directeurs de cabinet ou des conseillers ministériels peut entraîner ce que d'aucuns ont appelé une « exception délibérée à l'indivisibilité des poursuites »⁴⁸ doublée d'une difficile administration de preuve quand il s'agit de faire témoigner devant la CJR ces mêmes personnes poursuivies devant les juridictions de droit commun. On peut aussi évoquer l'impossibilité de se constituer partie civile, ce qui entraîne, spécifiquement dans les affaires liées aux crises sanitaires, une incompréhension totale de la part des victimes. Cela explique et surtout oblige les victimes à se tourner, dans une optique de réparation, vers les juridictions de droit commun comme cela a été prégnant dans le cadre de l'affaire du sang contaminé. Or les poursuites devant les juridictions de droit commun, de décideurs publics n'ayant pas le rang de ministre ou de secrétaires d'État ont pu entraîner des décisions quelquefois

42 T. DAL FARRA, *op. cit.*

43 C. GUERIN-BARGUES, *juger les politiques ? La Cour de Justice de la République*, coll. Droit politique textes fondamentaux, éd. Dalloz, 2017, p. 29.

44 Arrêt n° 655 du 4 juin 2021 – Assemblée plénière.

45 B. MATTHIEU, T. RENOUX, A. ROUX, *La Cour de Justice de la République*, PUF, 1995, p. 80-81.

46 Ass. plén. du 26 avril 2022, Arrêt n° 657 B+R, Pourvois n° 21-86.158.

47 C. GUERIN-BARGUES, *op. cit.*, spéc. p. 37.

48 H.-C. LE GALL, JCl. Procédure pénale, App. art. 231 à 526, fasc. 20 : Cour de justice de la République, I.

contradictoires avec celles de la CJR. Le schéma type se reproduit dans le cadre de la crise sanitaire Covid. À la suite d'une vaste enquête préliminaire confiée à l'Office central de lutte contre les atteintes à l'environnement et à la santé publique (Oclaesp) sur la gestion de la crise Covid, le pôle santé publique du parquet de Paris a décidé, en novembre 2020, de transmettre ses investigations à des juges d'instruction. Quatre informations judiciaires distinctes regroupant des centaines de plaintes ont ainsi été ouvertes contre X pour « abstention volontaire de combattre un sinistre », « mise en danger de la vie d'autrui » et « homicides et blessures involontaires ». On voit déjà que les qualifications sont plus diversifiées que dans le cadre de la poursuite devant la CJR et que se côtoient les infractions intentionnelles et non intentionnelles classiques. Ces instructions visent des faits ayant été commis au préjudice soit de la population en général, soit des personnels de santé, soit des agents de la fonction publique d'État, soit enfin des personnes malades ou décédées⁴⁹. Cela entraîne aussi des interrogations sur la preuve des faits à amener et le fondement des recherches. Si l'instruction passe par un certain nombre d'actes d'enquête classiques déjà diligentés dans le cadre de l'affaire liée au Covid, on ne peut que s'interroger sur le potentiel empiètement des enquêtes avec celles diligentées dans les affaires de droit commun⁵⁰ déjà mises en lumière par le CEDH,⁵¹ mais aussi sur l'impact des missions d'informations sur la décision de la CJR. La question n'est pas nouvelle car déjà la commission d'instruction tout comme le procureur général dans le cadre de l'affaire du sang contaminé se sont appuyés sur les travaux de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale⁵². On ne peut toutefois s'empêcher d'imaginer, voire de constater les dangereuses liaisons qui peuvent exister entre judiciaire et politique.

Cette dernière réflexion amène la traditionnelle question de la nature de la responsabilité devant la CJR qui laisse le juriste, qui plus est pénaliste, assez perplexe tant le concept de responsabilité politique est particulièrement fuyant, ne reposant plus sur le couple basique faute-sanction, comme ce serait le cas en matière de responsabilité générale. Comme le souligne la doctrine, « la responsabilité politique ne découle pas de la violation d'une règle juridique, mais du constat que le gouvernement n'incarne plus les options politiques que le parlement entend faire respecter »⁵³. Sans entrer dans la controverse, on se centrera sur la prise de position de la CJR en matière sanitaire. Dans l'affaire du sang contaminé, le ministère public, partant du constat du caractère déplorable de la politique sanitaire du gouvernement concernant la lutte contre l'extension du sida, réfute cependant le caractère pénal du comportement des membres du gouvernement. Il propose à la Cour de jouer un rôle civique en décernant aux prévenus un blâme public et en participant à une définition de la responsabilité politique. La réponse de la CJR a été claire. La responsabilité politique difficilement cernable n'est exclusive ni de la responsabilité civile et administrative de l'État ni de la responsabilité pénale, elle-même autonome. La Cour réaffirme sa fonction judiciaire et non civique et

49 [https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/11/10/gestion-de-la-crise-du-covid-19-en-france-le-parquet-de-paris-ouvre-quatre-informations-judiciaires_6059250_3224.html].

50 [https://blog.juspoliticum.com/2020/06/18/controle-parlementaire-de-la-crise-sanitaire-interrogations-autour-de-lattribution-des-pouvoirs-denquete-a-la-mission-dinformation-sur-lepidemie-de-coronav/].

51 CEDH, 19 mars 2015, Corbet et autres c. France.

52 O. BEAUD, *l'affaire du sang contaminé*, PUF, coll. Béhémot, 1999, spéc. p. 61.

53 É. MILLARD. La signification juridique de la Responsabilité politique. Ph. SÉGUR. *Gouvernants, quelle responsabilité ?* L'Harmattan, p. 81-100, 2000, Logiques Juridiques. fffalshs-00126322f.

refuse, en décernant aujourd'hui un blâme ou demain un satisfecit, de s'arroger le rôle d'arbitre de la vie politique française. La question désormais récurrente de la nature réelle de la responsabilité des membres du gouvernement devant la CJR se pose aussi pour des comportements ayant trait à la gestion de la crise sanitaire Covid. Les deux types de responsabilité ne se télescopent-ils pas ? Outre l'argument désormais classique de la composition de la CJR⁵⁴, la nature politique critiquée des verdicts⁵⁵, présentant de manière récurrente de jugements de valeur de la politique menée⁵⁶ ou prononçant des mesures s'éloignant des principes de base du droit pénal⁵⁷ est souvent mise en avant.

Dès lors cette responsabilité pénalo-politique ne satisfait ni le citoyen, ni le politique, ni le juriste et nécessite une refonte totale du système.

B. L'émergence nécessaire d'une responsabilité autonome des gouvernants liée aux crises sanitaires

L'existence de cette juridiction particulière a suscité dès sa création⁵⁸ des critiques, justifiées ou non, qui ont entraîné, dans le cadre des trois nouveaux projets de loi (constitutionnelle, organique et ordinaire) pour un renouveau de la vie démocratique déposés le 29 août 2019 reprenant de nombreuses dispositions des trois projets de loi pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace présentés en 2018⁵⁹, la proposition de sa suppression et la mise en place d'un nouveau processus que nous n'analyserons qu'au regard de la mise en jeu de la responsabilité pénale dans le cadre des affaires sanitaires.

Un nouvel article 68-1 de la Constitution réaffirme la possibilité de mettre en cause la responsabilité pénale des membres du gouvernement pour les crimes et délits accomplis dans l'exercice de leur fonction. Mais assez maladroitement en tout cas dans une optique rédactionnelle pénale, le projet précise que « leur responsabilité ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable⁶⁰ ». Cette rédaction,

54 Quinze juges : douze parlementaires (six élus par l'Assemblée nationale et six élus par le Sénat) et trois magistrats du siège à la Cour de cassation. cf aussi C. GUERIN-BARGUES, *ibid.*, spéc. p. 32.

55 C. GUERIN-BARGUES, *op. cit.*, p. 45.

56 « Il apparaît dans ces conditions, compte tenu des connaissances de l'époque que l'action de Laurent Fabius a contribué à accélérer les processus décisionnels » Arrêt du 9 mars 1999 – CJR, n° affaire : 99-001.

57 V. Arrêt du 9 mars 1999 – CJR, n° affaire : 99-001 : la dispense est fondée sur le principe de la présomption d'innocence et non les conditions posées par l'article 132-59 du code pénal.

58 G. VEDEL, O. DUHAMEL, « le pénal et le politique », *Le Monde*, 3 mars 1999.

59 Réforme des institutions, acte I, *AJDA* 2018. 941 ; Réforme des institutions : acte II, *AJDA* 2018. 1008.

60 « Art. 68-1. – Les membres du Gouvernement sont responsables, dans les conditions de droit commun, des actes qui ne se rattachent pas directement à l'exercice de leurs attributions, y compris lorsqu'ils ont été accomplis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions.

« Ils sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Leur responsabilité ne peut être mise en cause à raison de leur inaction que si le choix de ne pas agir leur est directement et personnellement imputable.

« Ils sont poursuivis et jugés devant les formations compétentes, composées de magistrats professionnels, de la cour d'appel de Paris. « Le ministère public, la juridiction d'instruction ou toute personne qui se prétend lésée par un acte mentionné au deuxième alinéa saisit une commission des requêtes comprenant trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la commission, deux membres du Conseil d'État et deux magistrats de la Cour des comptes. La commission apprécie la suite à donner à la procédure et en ordonne soit le classement, soit la transmission au procureur général près la cour d'appel de Paris qui saisit alors la cour.

appliquée aux affaires liées aux crises sanitaires, ne peut laisser qu'un goût d'inachevé ou du moins d'approximation. L'inaction peut être caractéristique soit d'une infraction intentionnelle soit non intentionnelle. La problématique de la causalité indirecte n'est applicable, selon l'article 121-3 du Code pénal, qu'aux délits non intentionnels qui visent assez souvent l'inaction⁶¹ à travers les termes d'imprudence, de négligence, de défaut de précaution. La spécification du lien direct est inutile dans le cadre des infractions intentionnelles puisqu'il est implicite. Pourtant assez paradoxalement la proposition met en avant les termes « le choix de ne pas agir ». Donc elle inclurait aussi des comportements volontaires tels qu'on les retrouve dans le cadre du délit de risque causé à autrui. Or la référence est inutile aussi dans ce cadre puisque le législateur exige une exposition directe au danger. Mais la spécification du lien direct dans le cadre des infractions non intentionnelles semble remettre en cause la possibilité d'engager la responsabilité pénale des dirigeants politiques comme auteurs indirects, statut qui sera paradoxalement souvent le leur dans le cadre des délits non intentionnels retenus dans les situations de catastrophes sanitaires. Cela va impliquer une différence de traitement des membres du gouvernement au regard de l'article 121-3 issu de la loi du 10 juillet 2000, différence qui est souvent mal appréhendée par le citoyen suspicieux d'un traitement favorable réservé aux gouvernants. Dès lors le spectre de la non-constitutionnalité de la loi se profile déjà. Concernant le terme « personnel », sa spécification est, soit inutile au vu du caractère personnel de la responsabilité pénale amplement consacré⁶², soit *a priori* antinomique dans le cadre des affaires de catastrophes sanitaires dans lesquelles finalement les décisions des membres du gouvernement s'insèrent dans une politique sanitaire passée et actuelle dont ils n'ont pas entièrement la maîtrise. On parle dès lors plus d'une responsabilité collective que le droit pénal exclut, mais que la responsabilité politique est plus apte, au moins en théorie, à appréhender. Il sera donc au plus haut niveau de l'État assez compliqué, en matière de crise sanitaire, de trouver ce lien direct et personnel constant. En fait ce n'est pas tant la distinction action entre inaction, qui est à la base de la réflexion même, mais plutôt la distinction entre intention et non-intention. Les oppositions entre constitutionnalistes et pénalistes sur l'opportunité d'évincer les délits non intentionnels de la compétence de la Cour ou de toute autre institution⁶³ sont au centre du débat dans le cadre des crises sanitaires.

D'autre part, la solution procédurale préconisée marque son retour, du moins en apparence, au droit commun, dans la mesure où les membres du gouvernement seraient poursuivis et jugés devant les formations compétentes, composées de magistrats professionnels de la Cour d'appel de Paris même si, dans d'autres travaux⁶⁴, étaient prévues, en matière correctionnelle, la compétence du TGI (TJ) de Paris et, en matière criminelle, celle de la Cour d'Assises. Leur compétence reposera sur la commission des requêtes, organe préalable de « tri » des affaires qui est maintenu, étant précisé que

61 Cf article 221-6 et 222-19 du code pénal.

62 Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, « Pour un renouveau démocratique », la documentation française, Paris, nov. 2012, p.78 et s.

63 O. BEAUD, « Le double écueil de la criminalisation de la responsabilité et de la justice politique », *RDP* n° 2, mars-avril 1999, p. 419 et s.

64 B. PEREIRA, Responsabilité pénale, spéc. n° 44 et s. Répertoire de droit pénal et procédure pénale ; J.-H ROBERT, Principe de la responsabilité personnelle, article 121-1 du Code pénal, fasc. 20. *Jurisclasseur pénal*, LexisNexis.

cette commission sera composée de trois magistrats de la Cour de cassation, de deux membres du Conseil d'État et de deux magistrats de la Cour des comptes. Outre le problème des voies de recours, se pose la question du recul et même de la légitimité nécessaire que devront avoir les magistrats de l'ordre judiciaire pour juger de l'action des autorités publiques à l'aune de la responsabilité pénale.

Face à cette solution, certains auraient préféré renforcer la responsabilité parlementaire⁶⁵, d'autres préconisaient « un tiers indépendant » pouvant « réinventer la dimension politique de l'investigation », au sens où l'entend Paul Ricœur, « une instance de débats contradictoires visant à prévenir autant qu'à corriger les dysfonctionnements relevant de la malgouvernance », le tout dans une optique « d'éthique reconstructive »⁶⁶.

Si l'on se penche sur le traitement des seules catastrophes sanitaires qui s'insèrent désormais dans un cadre précis avec la nouvelle définition de l'état d'urgence sanitaire, il semble à l'heure actuelle inconcevable aux yeux du citoyen de soustraire d'emblée les gouvernants à une quelconque responsabilité. Si l'on reste dans le schéma global préconisé par la réforme, il conviendrait de réserver un sort particulier aux crises sanitaires. La commission des requêtes, à laquelle se rajouterait, dans cette hypothèse, un collège d'experts scientifiques, prénommés, indépendants et internationaux, sous forme de collège *amicus curiae* aurait le choix entre le classement ou la transmission au procureur général près la Cour d'appel de Paris étant précisé que la constitution de partie civile sera possible. Dans la deuxième hypothèse, si l'idée d'une juridiction hybride composée de magistrats de l'ordre judiciaire et administratif en charge tant de juger la responsabilité pénale que la responsabilité administrative au niveau des gouvernants ne peut que difficilement être envisageable, il conviendrait de repenser *a minima* les fondements de la responsabilité pénale, ces derniers ne pouvant éminemment pas apparaître dans le seul cadre de la Constitution, mais bien dans un texte applicable à tout citoyen afin d'éviter toute suspicion. Parmi toutes les propositions d'adaptation des incriminations pénales aux scandales sanitaires⁶⁷, la plus plausible, mais dangereuse s'avère être celle d'intégrer la faute caractérisée dans la définition du risque causé à autrui au sein du Code pénal. Pourtant la solution idoine consisterait à trouver un fondement dans le code de la santé publique. Ce dernier ayant mis en exergue un fondement autonome en matière de responsabilité civile du professionnel de santé⁶⁸ et réalisé aussi une incursion dans l'appréciation de la responsabilité pénale pendant l'état d'urgence sanitaire⁶⁹, il n'est pas exclu que l'on puisse y trouver un fondement spécifique de responsabilité pénale pour les crises sanitaires, spécifiquement dans le

65 O. BEAUD, *l'affaire du sang contaminé*, PUF, coll. Béhémoth, 1999, cf. aussi « La saisine de la Cour de justice de la République », [<https://blog.leclubdesjuristes.com/responsabilite-ministres-etat-gestion-crise-coronavirus/>], 23 mars 2020 ; O. BEAUD, « Le traitement constitutionnel de l'affaire du sang contaminé. Réflexions critiques sur la criminalisation de la responsabilité des ministres et sur la criminalisation du droit constitutionnel », *RDP*, juil. 1997, p. 1012.

66 D. SALAS, *L'éthique politique à l'épreuve du droit pénal*, *RSC* 2000 p. 163.

67 J. THIERRY, *Les catastrophes sanitaires en matière médicale : état des lieux et perspectives*, *AJ Pénal* 2014 p. 392.

68 L'art L 1142-1 du Code de la santé publique lequel énonce que : « I. Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. ».

69 Cf. l'article.

Titre III : Menaces et crises sanitaires graves. La référence dans l'article L. 3136-2 dans le CSP au seul article 121-3 ayant pour but la définition des différents éléments moraux des incriminations n'est pas suffisante et devrait, au vu de son faible apport, être totalement modifiée puisqu'elle provoque le sentiment que la responsabilité de l'autorité ou de l'employeur est appréhendée plus restrictivement. Il conviendrait, parce que la jurisprudence s'y réfère immanquablement, de préciser qu'« en matière non intentionnelle, les articles 221-6, 222-19 ne peuvent dans le cadre des crises sanitaires ayant entraîné l'état d'urgence sanitaire engager la responsabilité de toute personne, qu'elle soit auteur direct ou indirect, dans la seule mesure où le degré de connaissances des données scientifiques et de la situation concrète au moment de la prise de décision était suffisant ». On réintroduit au moins la possibilité d'engager la responsabilité de membres du gouvernement dont on sait qu'ils ne pourront être que des auteurs indirects, ce qui en termes d'égalité devant la loi est beaucoup plus approprié. Dans le cadre des infractions intentionnelles, qu'il s'agisse d'infractions d'action ou d'omission, il n'est pas besoin de préciser que le lien doit être direct et personnel. Cette exigence du degré de connaissance nécessaire est la seule condition qui permet, dans une logique pénale, de répondre à l'exigence de la certitude de la causalité. C'est aussi à cette seule condition que l'on évitera la consécration implicite d'un principe de précaution qui ne peut en aucun cas soutenir une répression pénale. Il conviendrait de rajouter une autre exigence rédigée en ces termes « dans la mesure où cette prise de décision ne s'inscrivait pas dans un processus de décisions interdépendantes les unes des autres. La rédaction engendrera très certainement des hésitations, mais s'avère être nécessaire pour maintenir l'exigence, en droit pénal, du principe de responsabilité du fait personnel face à une responsabilité qui ne peut être que collective touchant les membres du gouvernement. La question peut aussi se poser concernant la création au sein du code de la santé publique, un délit « aménagé » de risque causé à autrui incluant la faute caractérisée dans le seul domaine des crises sanitaires ayant entraîné l'état d'urgence sanitaire.

Finalement la recherche coûte que coûte de la criminalisation de la responsabilité devant la CJR ne trouve-t-elle pas sa source ou du moins sa motivation dans « une surdité étatique »⁷⁰ initialement mise en avant dans le cadre de l'affaire du sang contaminé marquée par une quasi-irresponsabilité administrative, financière et judiciaire⁷¹ ? Si l'on opte pour maintenir une responsabilité pénale devant les juridictions pénales doublée de la traditionnelle responsabilité administrative de l'État, il conviendrait, dans le projet, de réfléchir à une troisième voie d'orientation vers une responsabilité que l'on qualifie de « politique », mais qui forcerait à repenser la responsabilité politique que d'aucuns ont qualifiée de « Rolls sans carburant »⁷². On laissera toutefois d'éminents constitutionnalistes⁷³ proposer des solutions en termes de sanctions politiques efficaces que seul l'article 49 de la

70 D. SALAS, L'éthique politique à l'épreuve du droit pénal, *RSC 2000*, p. 163.

71 *Op. cit.*

72 G. CARCASSONNE, « Rationaliser la responsabilité politique » in *Mélanges Pactet – L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Dalloz 2003, p. 543-549.

73 Un éminent constitutionnaliste M. CARCASSONNE avait proposé un certain nombre de sanctions politiques dans un article intitulé « Rationaliser la responsabilité politique » in *Mélanges Pactet – L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 543-549.

Constitution évoque dans une optique de responsabilité du gouvernement, démarche indispensable pour ne pas laisser naître un quelconque sentiment d'impunité.

Point n'est besoin de dire que les juristes tant publicistes que privatistes et surtout pénalistes devront travailler la main dans la main pour appréhender cette responsabilité pénalo-politique des gouvernants en matière de crise sanitaire dont l'UE ne manque pas de nous donner quelques pistes si l'on se réfère à la première recommandation de la résolution 1950 de l'assemblée parlementaire dans le cadre de l'UE de 2013 : « L'Assemblée parlementaire considère que la démocratie et la prééminence du droit imposent de protéger efficacement les responsables politiques contre les poursuites pénales engagées à leur encontre en raison de leurs décisions politiques. Les décisions politiques engagent leur responsabilité politique, dont les juges ultimes sont les électeurs »⁷⁴. Sachant que l'ensemble de ces questionnements est indubitablement biaisé ou du moins impacté par une impossibilité statutaire de voir engagée la responsabilité du président de la République dont on ne peut nier un rôle certain dans la gestion de cette crise.

74 Résolution intitulée « Séparer la responsabilité politique de la responsabilité pénale » [<https://pace.coe.int/fr/files/20016>].

COVID-19 ET DROIT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

Tiphaine DEMARIA¹

En droit international comme ailleurs, les répercussions désastreuses de la pandémie de COVID-19 ont conduit de nombreuses personnes à chercher un – ou plusieurs – responsables, et en particulier à s’interroger sur le rôle de la République populaire de Chine dans la naissance et l’expansion du virus. Par exemple, en septembre 2020, lors de l’Assemblée générale des Nations unies, le président des États-Unis D. TRUMP a affirmé : « *(w)e must hold accountable the nation which unleashed this plague on to the world: China* »². Si la responsabilité de la Chine concentre l’essentiel des débats, celles de l’Organisation mondiale de la santé (OMS) et d’autres États pour les mesures prises – ou leur absence – en réponse à la pandémie sont envisagées.

La présente contribution s’interroge sur la traduction juridique de ces accusations en droit international : la responsabilité internationale de ces entités. Les principes applicables ont été codifiés par la Commission du droit international dans un document en 2001³ et sont largement considérés comme reflétant le droit coutumier dans la pratique des États et des juridictions internationales. À partir de ces éléments, cet article questionnera la possibilité d’engager la responsabilité des États ou des organisations internationales impliquées (I), les conséquences de celle-ci (II) et, enfin, les moyens de mise en œuvre envisageables (III).

I. L’engagement de la responsabilité internationale

L’engagement de la responsabilité de l’État (ou d’une organisation internationale) suppose l’existence d’un « fait internationalement illicite »⁴. Celui-ci est constitué d’un comportement qui est attribuable à l’État et qui « constitue la violation d’une obligation internationale »⁵. Cette violation se produit lorsque « fait dudit État n’est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation »⁶. Autrement dit, lorsqu’une obligation internationale (dite « primaire ») pesant sur lui ne fut pas respectée.

1 Maître de conférences, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence.

2 « Trump Demands U.N. Hold China to Account for Coronavirus Pandemic », *NY Times*, 22 septembre 2020.

3 « Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite », in *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. 2-II, p. 76.

4 *Ibid.*, article 1.

5 *Ibid.*, article 2.

6 *Ibid.*, article 12.

Les règles primaires analysées dans le cadre de cette contribution seront : les règles sanitaires internationales (1) et l'obligation coutumière diligence requise (2). Précisons qu'il est très difficile d'être exhaustif dans le cadre limité de cet article. En effet, les mesures de restriction et de confinement prises par les États sont susceptibles de s'opposer à des normes fort nombreuses par exemple dans le domaine du droit international des droits de l'homme⁷, du droit de la mer⁸, des investissements⁹. En outre, même si une violation est constatée, le droit de la responsabilité internationale prévoit qu'elle peut être « excusée ». L'hypothèse doit donc être évoquée (3).

1. Relativement à la violation des obligations sanitaires internationales, l'attention se porte surtout sur le respect, par Pékin, des règles de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et particulièrement des obligations issues du Règlement sanitaire international (RSI), adopté dans sa version actuelle par l'Assemblée mondiale de la Santé en 2005. Ces règles sont obligatoires pour les États membres de l'OMS¹⁰, et constituent donc de véritables obligations internationales.

Les dispositions les plus directement pertinentes du Règlement sont ses articles 6 et/ou 7, imposant une obligation de notification auprès de l'OMS. Selon l'article 6 :

« [c]haque État Partie notifie à l'OMS, par les moyens de communication les plus efficaces dont il dispose, par l'intermédiaire du point focal national RSI et dans les 24 heures suivant l'évaluation des informations de santé publique, tout événement survenu sur son territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale [...] »

Selon l'article 7, l'État doit signaler dans les mêmes conditions tout événement « inattendu ou inhabituel » susceptible de constituer une « urgence de santé publique de portée internationale » (USPPI). L'Annexe du Règlement contient un « instrument de décision » permettant de déterminer s'il existe une USPPI¹¹. Selon cette Annexe, la découverte d'un cas inhabituel de SRAS doit être directement notifiée à l'OMS. Or, il semble que les premiers cas de SRAS-CoV-2 aient été découverts en Chine en novembre-décembre 2019. Selon une opinion largement partagée, les autorités chinoises n'auraient pas respecté le délai imparti en ne notifiant officiellement que le 31 décembre 2019 à l'OMS¹². On peut considérer que cette omission – qui est bien entendu attribuable à l'État – engage sa responsabilité.

D'autres règles issues du droit sanitaire international ont été envisagées. Par exemple, il a été reproché à l'OMS de n'avoir déclaré l'USPPI que le 30 janvier 2020 et que les modalités d'examen de cette urgence étaient questionnables¹³. Dans un autre ordre d'idée, le RSI contient des obligations

7 Par ex. voir CEDH, *CGAS c. Suisse*, arrêt du 15 mars 2022, req. n° 21881/20 (liberté de réunion).

8 A. MIRON, « Port Denials and Restrictions in Times of Pandemic: Did International Law Lose Its North Star? », *EJIL : Talk!*, 22 avril 2020.

9 L. BENTO, J. CHEN, « Investment Treaty Claims in Pandemic Times: Potential Claims and Defenses », *Kluwer Arbitration Blog*, 8 avril 2020.

10 Selon les articles 21 et 22 de la Constitution de l'OMS (*RTNU*, 1948, vol. 14, p. 185).

11 Les cas d'USPPI confirmés par l'OMS furent, avant la COVID-19, H1N1 (2009) ; Polio (2014) ; Ebola (2014) ; Zika (2016).

12 Parmi d'autres : T. FLEURY GRAFF, « Covid-19 et droit international : la Chine peut-elle être tenue juridiquement responsable de la crise sanitaire ? », *Le club des juristes*, 30 avril 2020.

13 Voir, à ce propos : M. ECCLESTON-TURNER, « The Declaration of a Public Health Emergency of International Concern in International Law », *Opinio Juris*, 31 mars 2020.

relativement faibles comme celles d'acquiescer des capacités ou de coopérer avec les autres États et organisations internationales¹⁴. Il reste toutefois difficile, pour des obligations floues comme celle-ci, de définir un seuil permettant de constater une éventuelle violation¹⁵. Cette difficulté se retrouve pour les obligations de *due diligence*.

2. La seconde obligation que nous souhaiterions évoquer est l'obligation de générale de diligence. En effet, les États ont l'obligation coutumière de « ne pas laisser utiliser [leur] territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹⁶. Une obligation de diligence pourrait aussi s'imposer à l'OMS – dont le rôle fut critiqué dans la gestion de la pandémie¹⁷.

Il existe un certain consensus sur l'application de cette règle aux situations de dommages sanitaires¹⁸, même si la pratique moderne concerne surtout les dommages à l'environnement. Cette obligation entretient des relations avec les règles de l'OMS (et celles relatives à la protection des droits de l'Homme)¹⁹, qui viennent d'une certaine manière la préciser. Cependant, elle demeure indépendante de celles-ci²⁰.

Contrairement aux obligations issues des articles 6 et 7 du RSI, l'obligation de prévention et de diligence requise étudiée ici est une obligation de moyens ou de comportement²¹. Autrement dit, elle suppose de prendre les mesures « raisonnables » face à la pandémie. Cela rend l'analyse de la violation dépendante du contexte et de la situation individuelle de chacun des États. En effet, l'appréciation du respect de cette obligation repose sur un ensemble d'indices ou de critères²², telle la connaissance du risque, le degré de contrôle sur la situation ou les capacités de l'État²³.

Certains éléments devraient néanmoins pouvoir venir préciser cette obligation à contenu variable. D'une part, ce devoir général de diligence (que l'on qualifie parfois de « *no-harm rule* ») est susceptible de donner naissance à des sous-obligations, comme celle de « *continuous monitoring*

14 Voir S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *AFDI*, 2020, vol. 66, p. 55.

15 P. VILLAREAL, « Can They Really Do That? States' Obligations Under the International Health Regulations in Light of COVID-19 », *Opinio Juris*, 31 mars 2020.

16 CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), arrêt du 9 avril 1949, *Rec.*, p. 22.

17 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 59 et s.

18 A. COCO, A. DE SOUZA DIAS, « Due diligence and COVID-10: State's Duty to prevent and halt the Coronavirus outbreak (Part 1) », *EJIL: Talk!*, 24 mars 2020. Voir S. CAPICCHIANO YOUNG, « State Responsibility for COVID-19: Does International Contagion Constitute Transboundary Harm? », *Asian Journal of International Law*, 2021, vol. 11, p. 372-390.

19 Deux auteurs ont dégagé les principales sources des obligations de diligence requise suivantes : le principe d'utilisation non-dommageable du territoire ; le droit international des droits de l'Homme (droit à la vie et droit à la santé) ; le droit de l'OMS et les règles relatives à la protection des personnes en cas de catastrophe (A. COCO, A. DE SOUZA DIAS, *op. cit.*).

20 S. HEATHCOTE, « State Responsibility, International Law and the COVID-19 Crisis », *Australian Yearbook of International Law*, 2021, vol. 39, p. 122-140.

21 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 55. Sur cette notion, voir T. DEMARIA, « Obligations de comportement et obligations de résultat dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *Annuaire canadien de droit international*, 2020, vol. 58, p. 362-381.

22 Voir P. D'ARGENT, A. DE VAUCLEROY, « Le contenu de l'omission illicite : la non-utilisation de moyens raisonnables », in S. CASSELLA (dir.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, p. 255-278.

23 CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, *Rec.* p. 221, § 430.

or supervision, risk assessments, legislation, administrative policies and regulation, enforcement action and, most notably, international cooperation »²⁴. On pense aussi aux recommandations de l’OMS qui pourraient venir informer cette obligation²⁵. Des auteurs affirment que de nombreux États ont failli à exercer toute la diligence requise par la catastrophe sanitaire de 2020²⁶.

3. Le droit international prévoit une série de circonstances propres à « excuser » l’acte délictueux, que l’on nomme les « circonstances excluant l’illicéité ». Les principales circonstances pertinentes sont les suivantes : l’existence d’une situation de force majeure et celle d’un état de nécessité. Selon la première, l’illicéité d’un acte « est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d’une force irrésistible ou d’un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l’État et fait qu’il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d’exécuter l’obligation »²⁷. La seconde correspond à la situation dans laquelle l’État a violé ses obligations, mais qu’il s’agissait du « seul moyen de protéger un intérêt essentiel contre un préjudice grave et imminent »²⁸. Dans les deux cas, l’État ne doit pas avoir contribué à la survenance de la situation qui, selon lui, justifie le comportement illicite. On peut se demander si la pandémie de COVID-19 pourrait être de nature à constituer l’une de ces circonstances, justifiant ainsi la violation de certaines obligations primaires²⁹. À l’évidence, la réponse sera variable en fonction de la violation précise considérée. Notons finalement que ces excuses demeurent interprétées de manière stricte par la jurisprudence.

II. Les conséquences de la responsabilité internationale

La principale, mais non la seule³⁰, conséquence de la responsabilité internationale est le devoir pesant sur le violateur de réparer les dommages causés. L’État – ou l’organisation responsable – à l’obligation d’effacer « toutes les conséquences »³¹ de son acte illicite. La modalité la plus pertinente dans notre situation est celle d’indemniser – c’est-à-dire offrir une compensation financière³². Cependant, la réparation est conditionnée par deux éléments : l’existence d’un dommage (ou préjudice) réparable (1) et l’existence d’un lien de causalité (2).

24 A. COCO, A. DE SOUZA DIAS, *op. cit.*

25 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 57-58.

26 *Ibid.*, p. 58.

27 Voir l’article 23 du projet de la CDI précité.

28 *Ibid.*, article 25.

29 Voir F. PADDEU, F. JEPHCOTT, « COVID-19 and Defences in the Law of State Responsibility », *EJIL : Talk !*, 17 mars 2020. Voir aussi S. CASSELLA, « Les limites des arguments de nécessité sanitaire des États comme exception à leurs obligations économiques internationales », *JDI*, 2022, n° 2, p. 459-482.

30 Les autres conséquences de la responsabilité internationale sont : l’obligation de cesser le fait illicite s’il est continu, et l’obligation de fournir des assurances et garanties de non-répétition si les circonstances l’exigent (voir l’article 30 du projet de la CDI précité).

31 CPJI, *Usine de Chorzów* (Allemagne c. Pologne), arrêt du 13 septembre 1928, *Rec.*, Série A, n° 17, p. 46.

32 Les autres modalités sont la restitution en nature et la satisfaction. Voir l’article 34 du projet de la CDI sur la responsabilité de l’État, précité.

1. Dans le cas de la pandémie de COVID-19, on peut supposer qu'il existe un dommage réparable. Les pertes en vies humaines (que l'on estime à plus de 6 millions) constituent un intérêt protégé en droit de la responsabilité, et ont fait l'objet d'indemnisation à de nombreuses reprises dans l'histoire des réclamations internationales. Dans une affaire récente, la CIJ affirme sans détour « que, en principe, les pertes en vies humaines causées par [des] faits internationalement illicites font naître [...] l'obligation de réparer intégralement le préjudice »³³. Les pertes économiques ou financières, mais encore les dommages moraux résultant de séquelles de la maladie ou du décès d'un proche sont également susceptibles d'indemnisation³⁴. La difficulté ne réside donc pas réellement dans l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé.

2. La deuxième condition de la réparation est l'existence d'un lien de causalité « suffisamment direct et certain »³⁵ entre la violation et le dommage réclamé. Pour démontrer qu'un lien de causalité (factuel) existe, il faut réussir à prouver que, si le fait illicite ne s'était pas produit, le dommage n'aurait pas existé. Le scénario causal doit donc intégrer une violation précise³⁶.

Ainsi, si une obligation de notification est envisagée (notamment celle prévue dans le RSI), il faudra démontrer que le dommage n'aurait pas eu lieu ou aurait eu une ampleur différente si cette notification était intervenue conformément au droit international. De la même manière, si le manquement à une obligation de prévention est considéré, il faut par un raisonnement hypothétique (ou « contrefactuel ») estimer que le dommage ne serait pas né si l'État avait mis en œuvre les moyens raisonnables pour prévenir la pandémie. C'est ce qu'exprime, dans un contexte différent, l'affaire du *Génocide* devant la Cour internationale de Justice. Dans cette affaire, la Cour affirma que :

« [u]n tel lien de causalité ne pourrait être regardé comme établi que si la Cour était en mesure de déduire de l'ensemble de l'affaire, avec un degré suffisant de certitude, que le génocide de Srebrenica aurait été effectivement empêché si le défendeur avait adopté un comportement conforme à ses obligations juridiques³⁷. »

Pour prendre un exemple un peu plus proche, on se souvient que la CJCE écarta la réparation pour les dommages à la suite de la crise de la « vache folle » (ESB) car il n'avait pas été démontré que, même en prenant les mesures adéquates, les autorités européennes auraient pu empêcher la survenance des dommages à la santé et des pertes économiques³⁸.

33 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (RDC c. Ouganda), arrêt du 9 février 2022 (réparations), § 145.

34 Selon le projet de la CDI précité, l'indemnisation couvre tout dommage « susceptible d'évaluation financière » (article 36).

35 CIJ, *Ahmadou Sadio Diallo* (République de Guinée c. RDC), arrêt du 19 juin 2012 (indemnisation), *Rec.*, p. 332, § 14.

36 Voir, par exemple, CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, *Rec.* p. 104. Voir T. DEMARIA, « Réflexions sur les obligations de prévention et de diligence requise en droit de la responsabilité internationale », *AFDI*, 2019, vol. 65, p. 51-68.

37 Arrêt précité, p. 234, § 462. Voir aussi M. PAPANINSKIS, « Covid-19 Claims and the Law of International Responsibility », *Journal of international humanitarian legal studies*, 2020, vol. 11, p. 323.

38 Respectivement Trib. UE, *É. R. et autres*, arrêt du 13 décembre 2006, aff. n°T-138/03, § 127 ; *Coldiretti et autres*, arrêt du 30 septembre 1998, aff. n°T-149/96, § 116 et s.

De plus, le dommage ne doit pas être trop éloigné (*remote*) du fait illicite. Cet aspect concerne la dimension « juridique » (et non plus factuelle) de l'exigence causale. Comme l'exprime le commentaire des articles de la CDI précité :

« l'existence d'un lien de causalité est en fait [que nous traduirons plus justement par « la causalité factuelle est »] une condition nécessaire, mais non suffisante de la réparation. Un autre élément contribue à exclure la réparation du préjudice trop "lointain" ou "indirect" pour donner lieu à réparation. Dans certains cas, c'est le caractère "direct" du préjudice qui est visé, dans d'autres sa "prévisibilité" ou sa "proximité". D'autres facteurs peuvent toutefois entrer en ligne de compte³⁹. »

Dans le contexte nous intéressant, cet éloignement et l'ampleur des dommages invoqués sont source de difficultés. En effet, même si les calculs sont assez divers – un *tabloïd* a publié un article évoquant un impact de 150 milliards d'euros causés à l'économie allemande⁴⁰ ; Donald Trump aurait comptabilisé 10 trilliards de dollars de pertes – le montant de ces demandes demeure sans précédent dans l'histoire des réclamations internationales. On peut d'ailleurs se demander si l'octroi d'une telle somme ne sera pas une charge trop lourde, et donc proscrite par le droit international⁴¹.

Ces demandes ne sont d'ailleurs pas sans rappeler ce que l'on qualifie parfois de « préjudices macro-économiques ». Or, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour rejeta la demande d'indemnisation d'environ 5 milliards de dollars faute de relation de causalité, dans des termes qui font écho à la situation du COVID-19 (sans nier le caractère réparable – dans l'absolu – de cette catégorie de dommage). Elle a affirmé que « l'interdiction de l'emploi de la force n'emporte pas l'obligation de réparer tout ce qui survient par la suite », et que, même si le conflit avait bien pu avoir un effet économique préjudiciable, il fallait déterminer « si le dommage macro-économique [...] est étayé par les éléments de preuve, et si la RDC a établi l'existence d'un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le comportement internationalement illicite de l'Ouganda »⁴². On peut dès lors se demander dans quelle mesure certains des dommages invoqués ne sont pas trop éloignés du fait illicite initial, ceci dépendant à l'évidence du fait générateur considéré et de l'insertion d'autres facteurs dans la chaîne de causalité. La métaphore était utilisée par P. Reuter :

« (l) a réalité est simple, les dommages qui sont exclus de la réparation sont ceux qui sont dus à une cause étrangère à l'acte délictueux et ce qui est exact, c'est qu'en fait au fur et à mesure que l'on relie un effet à une cause par un nombre croissant d'anneaux, on introduit inévitablement des causes étrangères à l'acte délictueux⁴³. »

39 Commentaire de l'article 31, *op. cit.*, p. 99 (les notes ont été omises).

40 « China furious over German newspaper claims that China caused Covid-19 outbreak », *RFI*, 20 avril 2020.

41 Cette question fut évoquée dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo*, mais ne fut pas tranchée par la Cour (*op. cit.*, § 407). Voir plus généralement M. PAPANISKIS, « A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility », *Modern Law Review*, 2020, vol. 83, p. 1246-1286.

42 Arrêt précité, § 383.

43 P. REUTER, « La responsabilité internationale. Problèmes choisis », *Le développement de l'ordre juridique international. Écrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, p. 503.

Ainsi, un aspect particulier de ce problème concerne l'existence de causes concomitantes, et particulièrement l'existence de plusieurs actes illicites causant le préjudice. On peut fort bien imaginer, par exemple, qu'à la responsabilité de la Chine s'associe le fait illicite d'un autre État, ayant manqué de diligence pour prévenir les atteintes au droit à la vie des personnes se situant sous sa juridiction⁴⁴. On pourrait aussi envisager la responsabilité de l'OMS comme cause concurrente⁴⁵.

En principe, la responsabilité n'est pas diminuée par l'existence d'une autre cause. Comme l'affirme B. Stern, cette situation de « causalité cumulative », c'est-à-dire lorsque le dommage résulte « d'un un acte illicite et d'une autre cause qui n'a pu avoir d'effet dommageable qu'en raison précisément de l'existence de l'acte illicite », aboutit à pouvoir exiger l'entièreté de la réparation à l'État délinquant⁴⁶. La situation n'est pas différente s'il existe plusieurs faits illicites. La victime peut obtenir la totalité de la réparation du préjudice auprès de l'un ou l'autre de violateurs, dès lors que son action ou omission délictueuse est une « cause » de ce préjudice⁴⁷. Cependant, il restera à analyser si, juridiquement, une action ou omission n'est pas venue « rompre » le lien de causalité⁴⁸.

En outre, ce principe connaît plusieurs exceptions. Une forme particulière de cause concomitante consiste en la reconnaissance d'une « faute » de la victime qui justifie une réduction de la réparation⁴⁹. La CIJ affirmait, dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, « qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis » pourrait voir son comportement influencer sur le calcul des dommages et intérêts⁵⁰. Ne devrait-on pas reconnaître que la tardiveté à prendre des mesures de protection de la part de certains États a contribué à la gravité de la situation sanitaire – et donc l'ampleur des dommages ? Toujours au stade des exceptions, les juridictions peuvent reconnaître, dans certaines circonstances, que le dommage est divisible et ainsi diminuer la charge de la réparation à raison des différentes causes⁵¹, ce qui conduirait là aussi à diminuer la somme globale allouée.

On le voit, l'obtention d'une indemnité se confronte à un important obstacle en matière de causalité : d'une part, car il faut reconnaître que l'acte illicite a été nécessaire à la production du dommage subi et, d'autre part, car l'éloignement des dommages et l'intervention de causes concomitantes rendent l'analyse particulièrement complexe.

44 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 66.

45 *Ibid.*

46 B. BOLLECKER-STERN, *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, p. 274.

47 Même si la question n'est pas réellement envisagée par le projet de la CDI précité (l'article 47 ne concernant que la responsabilité pour le même fait illicite), la solution paraît bien acceptée. Voir A. NOLKAMPER, J. D'ASPREMONT, C. AHLBORN, B. BOUTIN, N. NEDESKI, I. PLAKOKEFALOS, « Guiding Principles on Shared Responsibility in International Law », *EJIL*, 2020, vol. 31, p. 53.

48 Sur la rupture du lien de causalité, voir T. DEMARIA, *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Paris, Pedone, 2021, p. 331 et s.

49 Article 39 du projet d'articles de la CDI précité. Voir aussi D. DREYSSÉ, *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Paris, Dalloz, 2021, 574 p.

50 *Projet Gabcikovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *Rec.* p. 55 (la Cour utilise cependant le conditionnel).

51 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, arrêt précité, p. 34, § 98.

Même si les juridictions se reconnaissent de grands pouvoirs à cet égard, l'octroi d'une réparation devra nécessairement s'appuyer sur des mécanismes de facilitation, tel le recours à des présomptions ou des études statistiques. Il n'est pas rare, dans ces situations de dommages de masse telle celle-ci, que les États optent pour des mécanismes *ad hoc* ou des paiements forfaitaires par accord, plutôt que le recours à une juridiction ordinaire.

III. La mise en œuvre de la responsabilité internationale

En raison des spécificités de la société internationale, la mise en œuvre de la responsabilité au niveau interétatique connaît de nombreux obstacles⁵². En effet, il est une chose de dire que l'État engage sa responsabilité que de constater qu'il va effectivement devoir en répondre devant une juridiction internationale, et indemniser les victimes. Ainsi, malgré les probables violations des règles sanitaires internationales lors d'épidémies précédentes – on pense par exemple au comportement d'États africains touchés par le virus Ebola en 2014 qui auraient tardé à agir, à l'instar de la Chine, craignant l'effet économique des mesures de restrictions⁵³ – il n'existe aucun contentieux interétatique portant sur ces questions à ce jour⁵⁴.

Il ne semble pas qu'un règlement diplomatique soit envisageable (par exemple, la Chine a formellement rejeté les demandes d'indemnisations américaines), ce qui laisse la possibilité d'une mise en œuvre unilatérale. Précisons avant toute chose que pour mettre en cause la responsabilité d'un État ou d'une organisation internationale, il est nécessaire d'être habilité à l'invoquer⁵⁵. Cela dépendra bien entendu de la violation considérée, mais nous pouvons supposer que nombre d'États ont été particulièrement affectés par la pandémie et disposent donc d'un intérêt à agir⁵⁶.

Au-delà de cette capacité, il faut être en mesure de trouver le *forum* adéquat, mais aussi d'en assumer les risques politiques et économiques⁵⁷. On le sait, la juridiction internationale est consensuelle, ce qui rend difficile une résolution contentieuse. On comprend dès lors qu'il soit très difficile d'attirer la Chine (mais cela vaut pour de nombreux autres États) devant les juridictions internationales à moins d'obtenir d'elle un accord spécifique, celle-ci ayant reconnu la compétence de très peu d'entre elles. Le mécanisme prévu par Règlement sanitaire international témoigne bien de cette situation. En effet, celui-ci comporte bien une clause de règlement des différends à l'article 56 :

52 La présente contribution se concentrera sur la mise en œuvre de la responsabilité devant les juridictions internationales, mais elle peut bien entendu être recherchée par des moyens diplomatiques ou, plus généralement, non juridictionnels. La recherche de la responsabilité d'un État dans un contentieux transnational (comme celui de la CEDH ou des arbitrages d'investissements) ne sera pas évoquée ici.

53 H. DE POOTER, « Aperçu de la coopération internationale en matière de surveillance et de riposte aux épidémies et aux pandémies », *Santé et droit international, colloque SFDI de Rennes*, Paris, Pedone, 2019, p. 229.

54 D. FIDLER, « COVID-19 and International Law: Must China Compensate Countries for the Damage? », *Just Security*, 27 mars 2020.

55 Voir l'article 42 du projet de la CDI précité.

56 *Ibid.*

57 On se souvient ainsi que l'Australie, qui avait milité pour l'envoi d'une mission enquête indépendante en Chine, a subi de lourdes sanctions économiques de la part de Pékin.

« [u]n État Partie peut à tout moment déclarer par écrit au Directeur général qu'il accepte de soumettre à l'arbitrage obligatoire tous les différends concernant l'interprétation ou l'application du présent Règlement auxquels il est Partie ou tel différend spécifique l'opposant à tout autre État Partie qui accepte la même obligation ».

Cependant, la constitution d'un tribunal arbitral est soumise à une acceptation ultérieure de l'État. En effet, s'il peut accepter de soumettre à l'arbitrage obligatoire tous les différends concernant l'interprétation ou l'application du Règlement, il n'y est pas contraint.

Une possibilité serait de recourir à la Constitution de l'OMS. En effet, l'article 75 contient la clause compromissoire suivante :

« [t]oute question ou différend concernant l'interprétation ou l'application de cette Constitution, qui n'aura pas été réglé par voie de négociation ou par l'Assemblée de la Santé, sera déféré par les parties à la Cour internationale de justice conformément au Statut de ladite Cour, à moins que les parties intéressées ne conviennent d'un autre mode de règlement⁵⁸. »

Ici, il n'est pas nécessaire d'obtenir un consentement supplémentaire, pourvu que la condition de négociation préalable soit remplie. Cependant, il faudra démontrer qu'il existe effectivement un différend relatif à la Constitution de l'OMS, et non seulement relatif au Règlement sanitaire international. La difficulté est que la Constitution de l'OMS ne contient pas de réelles obligations substantielles⁵⁹.

C'est pourquoi certains auteurs ont soutenu que certaines dispositions de la Constitution pourraient permettre de rattacher la violation du RSI à celle-ci⁶⁰, mais la tâche n'est pas aisée⁶¹. Il en est ainsi, notamment, des articles 21, 22 et 23 (compétence de l'Assemblée mondiale de l'Assemblée pour adopter des règlements et de recommandations) ; les articles 63-64 (obligation d'informer les changements réglementaires concernant la santé) et l'article 67 (interdiction d'influencer le directeur général). Cela dit, la reconnaissance par la Cour de sa compétence pour des violations substantielles d'obligations issues du RSI en passant par le truchement de ces clauses nous semble difficile, en particulier car celui-ci est un instrument autonome, qui contient lui-même son propre mode de règlement des différends que nous avons vu. L'ancienne version du RSI (1969) contenait d'ailleurs un recours à la CIJ, dans son article 93, option qui a été supprimée depuis. Cependant,

58 Deux affaires devant la CIJ concernent, directement et indirectement, les conditions posées par cet article 75. Directement, il s'agit de l'arrêt *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)* (République démocratique du Congo c. Rwanda), arrêt du 3 février 2006 (compétence et recevabilité), *Rec.* p. 41 et s. Indirectement, voir *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (Ukraine c. Fédération de Russie), arrêt du 8 novembre 2019 (exceptions préliminaires), *Rec.* p. 598 et s.

59 P. TZENG, « Taking China to the International Court of Justice over COVID-19 », *EJIL: Talk!*, 2 avril 2020 ; K. CREUTZ, « China's responsibility for the COVID-19 pandemic. An International Law perspective », *FIIA Working Paper*, 2020, n° 115, p. 12.

60 *Ibid.*

61 V. OLIVEIRA MAZZUOLI, « State International Responsibility for Transnational Pandemics: The Case of COVID-19 and the People's Republic of China », *Indonesian Journal of International and Comparative Law*, 2020, vol. 7, p. 454.

l'hypothèse selon laquelle l'étroitesse du lien entre les deux instruments conduise la Cour à se reconnaître compétente n'est pas à exclure totalement⁶².

Une alternative à la justice interétatique serait de mettre en œuvre la responsabilité devant les juridictions internes d'un État (mais cette responsabilité ne sera pas nécessairement « internationale »), si la législation de celui-ci le permet. Elle fut exercée par de nombreux requérants en particulier aux États-Unis, où même l'*Attorney General* du Missouri saisit une Cour fédérale⁶³. Or, ces plaintes devraient se confronter aux principes de l'immunité étatiques. En effet, selon cette règle coutumière⁶⁴, les États souverains ne peuvent faire l'objet de poursuite devant les juridictions d'un autre État en raison du principe *par in parem non habet imperium*. Les exceptions existantes, depuis la théorie des immunités restreintes, semblent assez éloignées des mesures prises dans la gestion d'une pandémie⁶⁵.

Conclusion

La pandémie de COVID-19 témoigne d'une certaine faiblesse des obligations en matière de pandémie ; on peut soutenir sans risque qu'elles devraient être renforcées à l'heure des « risques globaux ». Les conditions traditionnelles de la réparation, et notamment la preuve de l'existence d'un lien de causalité « direct et certain », posent des difficultés difficilement surmontables. Si l'option de la responsabilité était retenue, il semblerait plus approprié d'envisager la mise en place d'un mécanisme *ad hoc*⁶⁶.

De manière générale, et même si l'existence de la responsabilité des États et organisations concernés n'est pas inenvisageable au regard des règles de l'OMS et du standard de *due diligence*, il paraît irréalisable à ce jour qu'une action en responsabilité soit intentée contre un État – et la Chine particulièrement. Il en va du contexte politique et économique, auquel s'ajoute la répugnance à utiliser les mécanismes classiques de responsabilité dans le domaine sanitaire, à tel point que certains ont soutenu l'existence d'une règle spéciale de droit international excluant la responsabilité internationale dans ce domaine⁶⁷. Si l'on ne peut accepter cet argument, il reste fort peu probable qu'un sujet de droit international soit un jour désigné internationalement responsable du fait de la pandémie de COVID-19⁶⁸. Le rôle du droit de la responsabilité internationale devrait donc rester résiduel.

62 M. VIDELER, « ICJ Jurisdiction over Obligations to Share Information with the WHO », *EJIL: Talk!*, 21 janvier 2021.

63 Voir C. KEITNER, « To Litigate a Pandemic: Cases in the United States Against China and the Chinese Communist Party and Foreign Sovereign Immunities », *Chinese Journal of International Law*, 2020, vol. 19, p. 229-236.

64 CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie (Grèce : intervenant)), arrêt du 3 février 2012, *Rec.* p. 123.

65 En effet, les exceptions prévues dans la Convention de 2004 sur l'immunité des États, qui sans être en vigueur retranscrit en grande partie le droit coutumier, sont les suivantes : transactions commerciales, contrats de travail, exception territoriale, propriété, possession et usage de biens, etc.

66 On peut prendre l'exemple des réparations ordonnées – par le Conseil de sécurité des Nations unies – après la guerre Irak/Koweït. La Commission examina, durant une quinzaine d'années, 2,7 millions de réclamations, accorda 52,4 milliards de dollars de compensation, s'appuyant sur le travail d'une soixantaine de Commissaires.

67 S. YEE, « To Deal with a New Coronavirus Pandemic: Making Sense of the Lack of Any State Practice in Pursuing State Responsibility for Alleged Malfeasances in a Pandemic – Lex Specialis or Lex Generalis at Work? », *Chinese Journal of International Law*, 2020, vol. 19, p. 237-252.

68 Cette conclusion n'est pas valable pour le contentieux transnational (il y a déjà des condamnations devant la CEDH).

LA CONTRIBUTION DU DEVOIR DE DILIGENCE DUE À L'ÉMERGENCE DE L'OBLIGATION INTERNATIONALE DE PROTECTION ENVIRONNEMENTALE

Pauline MILON¹

Dans une Conférence au Collège de France du 16 mars 2020, le microbiologiste Philippe Sansonetti expliquait que la crise sanitaire actuelle de la COVID-19, « fait total où la réalité biologique du virus est devenue indissociable des conditions sociétales et systémiques de son existence et de sa diffusion » est une « maladie de l'anthropocène² ». La Terre est en effet aujourd'hui « investi[e] entièrement et transform[ée] en une techno-nature [...] traversée par l'agir humain³ ». Ces pressions anthropiques perturbent le fonctionnement de la biosphère, ce qui n'est pas sans conséquence pour la santé du vivant. Plus précisément, la pandémie de la COVID-19, tout comme le changement climatique, constituent des situations de « circulation totale au-delà du contrôle⁴ » pour reprendre l'expression de Jean-Sylvestre Bergé. Ils sont en effet engendrés par « un ensemble protéiforme de faits de circulation [émissions de gaz à effet de serre [...] par exemple] susceptible d'engager, dans un environnement donné, une totalité d'acteurs ou un très grand nombre d'entre eux⁵ ». Cette circulation totale devient « incontrôlable », dans le sens où elle conduit à une « perte de contrôle » de la part des acteurs à l'origine de ces différents faits de circulation. Or le droit de la responsabilité internationale n'est pas adapté pour faire face aux risques et aux dommages écologiques de plus ou moins grande ampleur entraînés par ces situations de perte de contrôle. Élaborées pour répondre à des faits simples, mettant en scène un nombre limité d'auteurs et réparer des dommages qui sont les conséquences immédiates du fait générateur constitutif du fait internationalement illicite, les règles secondaires du droit international bottent en touche face à des faits complexes que constituent les pandémies ou encore le changement climatique. Effectivement, le fait générateur des faits globaux est « multi-causal », c'est-à-dire que ce qui pourrait être identifié comme le fait générateur principal, le réchauffement climatique par exemple, résulte d'une succession d'autres faits générateurs,

1 Docteure en droit public, Université d'Aix-Marseille – Université de Lausanne.

L'auteure tient à remercier Sandrine Maljean-Dubois pour sa relecture attentive et ses commentaires précieux.

2 P. SANSONETTI, « Covid-19 ou la chronique d'une émergence annoncée », 16 mars 2020, disponible à l'adresse suivante : [<https://www.college-de-france.fr/site/philippe-sansonetti/seminar-2020-03-16-13h00.htm>]. (consulté le 25 juil. 2022).

3 C. BONNEUIL, J.-B. FRESSOZ, *L'Événement anthropocène. La Terre, l'histoire et nous*, Paris, Seuil, 2013, p. 77.

4 Nous reprenons ici les termes de Jean-Sylvestre BERGÉ dans son ouvrage *Les situations en mouvement et le droit. Essai d'une épistémologie pragmatique*, Paris, Dalloz, 2021.

5 J.-S. BERGÉ, *Les situations en mouvement et le droit. Essai d'une épistémologie pragmatique*, *op. cit.*, p. 67.

notamment la modification de la surface terrestre, la hausse des émissions de gaz à effet de serre ou encore l'éradication de la biodiversité. Ensuite, le lien de causalité entre l'acte incriminé et le dommage est complexe à établir, car la source de la nuisance peut être éloignée du lieu où le dommage est survenu et les véritables effets néfastes d'une pollution peuvent s'étirer dans le temps. Enfin, l'identification de l'auteur-responsable de la nuisance est difficile à établir, les sources d'émissions ou les auteurs de dommages étant souvent très nombreux et leur apport individuel limité. Les faits globaux nécessitent donc un aménagement du droit international de la responsabilité.

Dans une société internationale de la *coopération*, où les États deviennent de plus en plus interdépendants pour protéger le système-Terre, la responsabilité des États doit alors être repensée à l'aune de la responsabilité partagée – *shared responsibility* ou encore *joint and several responsibility* –, c'est-à-dire la « responsabilité d'acteurs multiples⁶ » ayant contribué, collectivement, à la production d'un dommage unique, le fait global. À cet égard, pour adapter le droit international de la responsabilité à ces situations de coresponsabilité, la notion de diligence due, c'est-à-dire « la diligence, la vigilance ou le soin qui est dû, requis ou attendu⁷ », pourrait jouer un rôle majeur. « Socle⁸ » du droit international de l'environnement comme le souligne Sandrine Maljean-Dubois, l'intérêt grandissant pour cette notion en matière de protection environnementale nous conduira à interroger son potentiel pour la reconnaissance, au sein du droit positif, d'une nouvelle obligation internationale imposant aux États de protéger l'environnement. La *due diligence* est en effet très utile pour imposer à l'État d'exercer un contrôle sur l'activité des tiers. Elle crée de la sorte « une zone intermédiaire entre les sphères publiques et privées, conduisant à engager la responsabilité de l'État non pour ce qu'il a fait mais pour ce qu'il a laissé faire⁹ ». Mais surtout, la due diligence réussit un tour de force car en permettant le déplacement du fait générateur susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur pour le situer non pas sur la protection de l'environnement, finalité de l'obligation, mais sur les moyens mis en œuvre pour y parvenir, l'existence d'une obligation de protection environnementale appréciée au regard du standard de diligence due rendrait possible l'engagement d'une responsabilité *collective* des États du fait de leur contribution à une activité globale engendrant le dommage écologique.

La *due diligence* pourrait ainsi être convoquée pour la construction d'une obligation internationale de protection environnementale à même de faire face aux lacunes du droit international de l'environnement quant aux mécanismes efficaces de contrôle et de mise en œuvre de la responsabilité internationale environnementale. Elle contribuerait par-là à l'évolution de la responsabilité internationale environnementale qui peut être définie comme l'ensemble des règles

6 A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, « Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework », *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, 2, 2013, p. 366.

7 S. BESSON, *La Due diligence en droit international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2020, p. 167.

8 S. MALJEAN-DUBOIS, « Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement », in S. CASSELLA (dir.), *Le Standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, p. 145.

9 P. JACOB, « Le contenu de la responsabilité de l'État négligent », in S. CASSELLA (dir.), *Le Standard de due diligence et la responsabilité internationale*, op. cit., p. 283.

juridiques relevant de l'ordre juridique international régissant l'obligation qui incombe à l'auteur d'un dommage – sujet de droit international (principalement l'État, et, à certains égards, l'organisation internationale) – causé à l'environnement de le réparer¹⁰.

Il s'agira dans cet article de mettre en lumière les apports de cette obligation internationale qui permet de dépasser le simple devoir négatif de vigilance environnementale au profit d'une obligation positive explicite et « renforcée » de protection environnementale, tout soulignant les adaptations nécessaires et les conséquences qu'une telle obligation aurait sur le droit de la responsabilité internationale. La diligence due, source de l'obligation internationale de moyens renforcée de protection de l'environnement (I) contribuera à l'évolution des règles secondaires de la responsabilité internationales, à même de répondre aux enjeux des faits globaux (II).

I. La diligence due au service de la reconnaissance de l'obligation de moyens renforcée de protection de l'environnement

En tant que *principe*, catégorie désignant une règle « serv[ant] de base au droit, comme source de sa création, application ou interprétation¹¹ », la *due diligence* a contribué à l'émergence de différentes obligations primaires en matière environnementales. Après avoir été mobilisé, de manière plus ou moins explicite, pour légitimer l'existence d'un devoir étatique de ne pas causer de dommages environnementaux sur le territoire des autres États (*no-harm principle*) en mettant en place divers instruments juridiques (principe de prévention), le principe de diligence due pourrait être convoqué pour la reconnaissance, conventionnelle ou jurisprudentielle, d'une obligation positive de protection de l'environnement (A).

En tant que *standard*, catégorie se rapportant à une « [n]orme de haut niveau d'abstraction et de généralité, et dont le contenu doit être concrétisé pour son application, mais dont la juridicité est incontestée¹² », la diligence due a en outre participé à la *procéduralisation* des obligations internationales en matière de protection de l'environnement. Après avoir servi à la formulation et à l'interprétation d'obligations techniques et procédurales *de résultat* qui complètent les obligations générales *de moyens* en matière environnementale, le standard de diligence pourrait justifier la création d'un nouveau type d'obligation *de moyens renforcée*, intégrant de manière consubstantielle ces obligations procédurales à l'obligation générale de protection environnementale. Une telle obligation faciliterait la reconnaissance de la responsabilité des États pour les dommages environnementaux globaux et *renforcerait* la responsabilité internationale environnementale (B).

10 Définition inspirée de la définition de la responsabilité *civile* environnementale donnée par M. HAUTERAU-BOUTONNET, *Responsabilité civile environnementale*, Paris, Dalloz, 2020, p. 9.

11 A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2018, p. 474.

12 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1049.

A. La contribution du *principe* de diligence due à l'élaboration de l'obligation internationale de protection de l'environnement

L'arbitre Max Huber rappelle à l'occasion de l'affaire de l'*Île des Palmes* (1928) que la souveraineté, « dans les relations entre États signifie l'indépendance¹³ ». Plus précisément, la « souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques¹⁴ », comme « disposer librement de[s] richesses et ressources naturelles¹⁵ » en vertu du droit de souveraineté permanente de l'État sur ses ressources naturelles¹⁶. Toutefois, dans un contexte où coexistent une pluralité d'États entretenant des relations égalitaires, l'indépendance des États souverains n'est pas synonyme de pouvoir inconditionné et illimité, tant sur les individus que sur les ressources naturelles, mais justifie, selon Alain Pellet, « à chaque État d'abord son existence même, ensuite des compétences lui permettant d'entretenir des relations avec ses pairs¹⁷ », relations qui doivent être autant que possible pacifiques. De ce fait, l'arbitre Huber complète la sentence en précisant que le droit exclusif des États souverains « a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger, à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier le droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre¹⁸ ». Le *no-harm principle* ici formulé énonce une interdiction de nuire pour préserver les relations amicales entre les États et impose pour ce faire une obligation internationale de ne pas causer de préjudice sur le territoire des autres États. Ce principe constitue la contrepartie de l'exercice de la souveraineté étatique. La fonction première du *ius gentium* est en effet d'assurer la concorde et la stabilité de la société internationale¹⁹. À ce propos seront mobilisés les principes *pacta sunt servanda*, *bona fides* et de diligence requise, imposant le respect et l'attention diligente à l'égard des engagements assumés par les États²⁰. Ces principes généraux innervant l'ensemble du droit international sont précisés par différents principes et des règles plus spécifiques. Le principe *no-harm* n'est alors que l'*application* du principe de diligence due formulant une obligation de vigilance à l'égard du droit des tiers incombant à l'État et relative aux activités exercées sous sa juridiction. L'obligation internationale de protéger l'intégrité territoriale des autres États²¹ a par la suite quitté le seul contexte du *ius in bello* pour devenir une obligation générale incombant aux États de ne pas causer, directement ou indirectement, de dommages sur le territoire des autres États²².

13 Cour permanente d'arbitrage (CPA), Sentence arbitrale du 4 avril 1928, *Affaire de l'Île des Palmes* (États-Unis c. Pays-Bas), p. 8.

14 *Ibidem*.

15 Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux, Assemblée générale des Nations unies (AGNU), résolution (rés.) 1514 (XV) du 14 décembre 1960, Préambule, al. 8.

16 Principe proclamé dans la rés. 1803 (XVII) de l'AGNU, 14 décembre 1962, « Souveraineté permanente sur les ressources naturelles ».

17 A. PELLET, « Histoire du droit international. Irréductible souveraineté ? », in G. GUILLAUME, *La Vie internationale et le droit*, Paris, Hermann, 2017, p. 9.

18 CPA, *Affaire de l'Île des Palmes* précitée, p. 8.

19 Cette idée se retrouve aussi chez Georges Scelle pour qui « Le seul idéal qu'on puisse contempler c'est le "but", idéal aussi, puisque jamais atteint, que se propose le Droit : l'établissement de la paix entre les hommes », G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Présentation de Carlo Santulli, Paris, Dalloz, 2008, « Préface », p. IX.

20 Voir à ce propos Cour internationale de Justice (CIJ), *Affaire des essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), 20 déc. 1974, p. 473, § 49.

21 E. de VATTEL, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Paris, Janet et Collette, 1820, t. 1, livre II chap. VII, § 93.

22 Recueil des sentences arbitrales (RSA), *Trail Smelter case* (United States v. Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941, vol. III, p. 1965 ; CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie), 9 avril 1949, p. 22 ; Principe 21 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement (1972) adoptée à la Conférence des Nations unies sur l'environnement.

L'influence du principe de diligence due sur l'émergence et le développement de principes plus spécifiques, qui n'était pas explicite avec le principe *no-harm*, sera plus évidente avec le principe de prévention. Dans l'*Affaire des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (2010), la Cour de La Haye explique que « le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise ("*due diligence*") de l'État sur son territoire²³ ». Il est ici explicitement fait référence à la diligence due comme la source du principe de prévention, car ce principe d'action préventive²⁴ constitue une étape supplémentaire quant à la formulation d'une règle primaire imposant aux États de ne pas causer de dommages environnementaux ; il est à cet égard moins respectueux de la souveraineté des États et contribue substantiellement à la densification des obligations étatiques. En effet, dans le champ de la protection environnementale, le principe de prévention complète l'obligation *négative* du *no-harm principle* en formulant une obligation *positive* incombant aux États de prendre des mesures pour empêcher la survenance d'actes dommageables. Le principe de prévention requiert par exemple la détermination d'un cadre législatif et réglementaire relatif à l'autorisation et à la surveillance des activités menées sur le territoire des États, l'évaluation de leur impact sur l'environnement ou encore le devoir de notification des dangers imminents.

Après avoir imposé aux États de ne pas causer de dommages environnementaux sur le territoire des autres États ou des *commons* avec l'obligation négative formulée par le *no-harm principle*, en mettant en place différents instruments constituant autant d'obligations positives *spécifiques* en vertu du principe de prévention, le principe de diligence due pourrait donc être convoqué par les États lors du processus d'élaboration d'une convention internationale ou par les juges à l'occasion d'un différend pour faire émerger au sein du droit positif une obligation *générale*, positive et explicite incombant aux États de protéger l'environnement, sans considération de frontière, au sein d'un instrument juridiquement contraignant à vocation universelle ou en tant que règle coutumière. Plusieurs propositions doctrinales et politiques ont tenté d'installer une telle obligation, qui aurait vocation à s'inscrire tant dans l'ordre international²⁵ que dans l'ordre national²⁶. Elles n'ont cependant pas encore été adoptées dans le droit positif. Une telle obligation internationale de protection de l'environnement pourrait ainsi être formulée : « Les États protègent [assurent la protection de] l'environnement [et de la biodiversité] [et luttent contre le changement climatique] ».

Cette obligation constituerait une avance significative dans l'évolution graduelle de la responsabilité internationale environnementale en comblant une lacune. Seuls deux grands types de normes existent en effet au sein du droit international de l'environnement. D'une part, les principes et

23 CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), 20 avril 2010, p. 55, § 101.

24 Nous reprenons volontairement le vocable de l'article (art.) 191-2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et de l'art. L. 110-1 du Code de l'environnement, car il souligne la dimension *active* de l'obligation découlant de ce principe. Cette dimension constitue l'apport du principe de prévention par rapport au principe *no harm*.

25 Projet de Pacte international relatif au droit des êtres humains à l'environnement élaboré par le Centre international de droit comparé de l'environnement (2017), art. 2 § 2 d ; Projet de Pacte mondial pour l'environnement élaboré par un groupe d'experts présidé par Laurent Fabius, art. 2.

26 Projet de loi constitutionnelle complétant l'art. 1^{er} de la Constitution [française] et relatif à la préservation de l'environnement, n° 3787, déposé le 20 janvier 2021 à l'Assemblée nationale : La France « garantit la préservation de l'environnement et de la diversité biologique et lutte contre le dérèglement climatique ».

devoirs généraux de type *fonctionnaliste et programmatique* » qui mettent en lumière les objectifs poursuivis et participent au fonctionnement de règles plus spécifiques²⁷ ou de type *matriciel* qui sont mobilisés pour engendrer des règles spécifiques que nous avons partiellement évoquées. Mais ces normes générales ne peuvent servir de fondement à un fait internationalement illicite, car elles dépendent de règles plus précises. D'autre part, les obligations sectorielles imposent aux États de protéger tel espace – haute mer, forêt – tel écosystème – marin, forestier – telle ressource minérale – ressource hydrique, minière – ou vivante – faune, flore – telle espèce – phoques à fourrures, oiseaux migrateurs – ou d'encadrer des activités anthropiques engendrant des risques de production de dommages environnementaux – activité nucléaire ou encore rejet de substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Or ces obligations sont limitées, *rationae materiae*, par le domaine, plus ou moins restreint, de la convention, et *rationae loci*, par le territoire, plus ou moins étendue, de la convention, pouvant être restreint par l'instrument lui-même à une aire géographique spécifique²⁸ ou par la ratification des États parties²⁹. Enfin, ces obligations sectorielles sont très souvent formulées comme des obligations de moyens qui laissent une trop large marge d'appréciation aux États quant aux actions qu'ils doivent entreprendre et rendent difficile l'établissement de leur responsabilité internationale en cas de violation de leurs obligations internationales³⁰.

L'obligation de protection environnementale, obligation de moyens *renforcée* par le standard de diligence due, faciliterait alors l'engagement de la responsabilité internationale environnementale.

B. L'influence du *standard* de la diligence due sur la typologie de l'obligation internationale de protection de l'environnement

Alors que l'obligation de comportement ou de moyens désigne « l'obligation exigeant du débiteur d'apporter ses soins et ses capacités dans un domaine particulier³¹ », l'obligation de résultat se rapporte quant à elle à « l'obligation requérant la réalisation d'un acte (action ou abstention) déterminé, qualifié de résultat³² ». Le critère de l'aléa, c'est-à-dire le degré de probabilité de la réalisation de l'objectif poursuivi par le créancier, est essentiel pour définir la typologie des obligations juridiques. Jean Combacau explique : « là où la réalisation en est hautement probable, la loi ou le contrat instituent des obligations de résultat ; là où elle est plus essentiellement aléatoire, ils se bornent à réduire l'aléa et ne mettent en œuvre qu'une obligation de moyens³³ ». Ainsi, le partage entre les

27 Le devoir de coopération des États à la conservation et à la gestion des ressources biologiques en haute mer contribue au fonctionnement des réglementations concernant la gestion des ressources halieutiques.

28 Par exemple, convention sur la protection des Alpes (Convention alpine, 1991).

29 La convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997) ne compte à l'heure actuelle que 37 États parties alors qu'elle a vocation à être ratifiée par tous les États disposant sur leur territoire des cours d'eau.

30 C'est très clair dans la convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (dite Convention de Maputo, 2003) qui formule à son art. 4 comme « obligation fondamentale » la nécessité pour les États parties de « prendre et mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour réaliser les objectifs » conventionnels.

31 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 765.

32 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 769.

33 J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligations de comportement : Quelques questions et pas de réponse », in D. BARDONNET (dir.), *Le droit international, unité et diversité*. Mélanges offerts à Paul Reuter, Paris, Pedone, 1981, p. 196, cité

obligations de résultat et de moyens est opéré en fonction du degré de contrôle et de maîtrise du débiteur sur la situation. Il s'agira alors de se demander « si la réalisation de ce résultat dépend de la seule volonté du débiteur, ou si au contraire sa non-réalisation peut être occasionnée par l'interposition d'un événement qui, dans une certaine mesure, échappe à la maîtrise du débiteur³⁴ ». À cet égard, le Tribunal international du droit de la mer (TIDM), dans son *Avis consultatif relatif aux responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone* (2011), expose bien la distinction entre ces deux types d'obligations :

« L'Obligation de l'État qui patronne n'est pas une obligation d'obtenir dans chaque cas le résultat que le contractant patronné respecte les obligations précitées. Il s'agit plutôt d'une obligation de *mettre en place les moyens appropriés*, de *s'efforcer* dans la mesure du possible et de *faire le maximum* [Nous soulignons, NS] pour obtenir ce résultat. Pour utiliser la terminologie actuelle du droit international, cette obligation peut être caractérisée comme une obligation "de comportement" et non "de résultat", et comme une obligation de "diligence requise"³⁵. »

Dans cet avis du TIDM, la double mobilisation de l'obligation de comportement *et* du standard de diligence due pour qualifier les obligations de protection du milieu marin incombant aux États qui patronnent dans la Zone³⁶ permet, tout en tenant compte de la spécificité de ces obligations marquées par l'aléa, de relativiser la marge de manœuvre laissée aux États lorsqu'ils se voient reconnaître de telles obligations de moyens en « renforçant » leurs obligations. En effet, l'obligation de moyens est une obligation positive imposant au débiteur de s'efforcer de réaliser l'objectif poursuivi par l'obligation. L'exigence relative à l'exécution de ce type d'obligation est moindre, car il existe un aléa, une part d'incertitude quant à l'accomplissement du résultat dû en l'espèce à la complexité de la protection de la biodiversité marine. La responsabilité internationale environnementale de l'État pourra ici être engagée si le créancier prouve que l'inexécution est due à un manque de diligence de la part de l'État débiteur, en faisant la démonstration que le débiteur n'a pas « assez essayé³⁷ », qu'il n'a pas utilisé de l'ensemble de ses « capacités » et apporté tous « ses soins³⁸ ». Ce type d'obligation de comportement est tout à fait approprié à la matière environnementale où l'incertitude scientifique prédomine³⁹, ce qui explique que la très grande majorité des obligations internationales environnementales spécifiques sont, comme nous l'avons vu précédemment, des obligations de moyens. Toutefois, pour éviter à l'heure de l'urgence écologique que les États ne disposent d'une trop grande latitude quant à l'exécution de leurs obligations conventionnelles environnementales, l'obligation de moyens peut être *renforcée* par le standard de diligence due, comme le suggère l'avis du TIDM précité.

par T. DEMARIA, « Obligations de comportement et obligations de résultat dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 58, nov. 2021, p. 370.

34 P. D'ARGENT, *Les Obligations internationales*, RCADI, t. 417, 2021, p. 162.

35 Tribunal international du droit de la mer (TIDM), Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, 1^{er} février 2011, Avis consultatif relatif aux responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone, p. 38, § 110.

36 Obligation fondée sur l'art. 145 de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer (1982).

37 T. DEMARIA, « Obligations de comportement et obligations de résultat dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. 58, nov. 2021, p. 377.

38 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 766.

39 CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros*, (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 sept. 1997, p. 44, § 56.

Le standard de *due diligence* constitue alors un seuil qui permet d'exiger de la part du débiteur de l'obligation un certain niveau d'engagement pour atteindre le résultat déterminé par l'obligation primaire, sans toutefois imposer de parvenir à ce résultat. L'appréciation des moyens mis en œuvre par le débiteur pour remplir son obligation de moyens renforcée au regard du standard de diligence due se fait sur deux plans. En premier lieu, le « test de raisonabilité personnalisée dans les circonstances de l'espèce⁴⁰ » requiert d'évaluer le contenu des obligations en fonction de « paramètres propres au débiteur qui peuvent [...] faire varier ce qui peut être raisonablement attendu de lui *spécifiquement*⁴¹ ». La connaissance par le débiteur du préjudice ou du risque de préjudice, le degré de contrôle de ce dernier sur la source du préjudice, la capacité du débiteur à prendre des mesures⁴² seront ici appréciés. En second lieu, par le prisme du « test de raisonabilité impersonnelle et générale⁴³ », le contenu des obligations sera étudié en fonction de ce qui peut être attendu du débiteur de l'obligation de due diligence en tenant compte des circonstances de l'espèce. Le débiteur est tenu de mettre en œuvre toutes les mesures qu'un être raisonnable aurait prises, son comportement étant jugé *in abstracto* par rapport au modèle abstrait du sujet normalement prudent et avisé. Le degré de diligence exigé dépend donc de l'obligation primaire à laquelle elle se rapporte, c'est-à-dire de son objet, ou, plus précisément, des intérêts qu'elle protège. Ici, l'État est tenu de respecter les mesures imposées par la réglementation cohérente propre à la matière.

Pour apprécier les efforts entrepris par les États au regard du standard de diligence due, il est par conséquent nécessaire de se référer à des obligations procédurales spécifiques. Plus précisément, la mise en œuvre de standards techniques et scientifiques, les obligations de *reporting* et de surveillance, les mécanismes d'*early warning*, le développement d'indicateurs de risques, les obligations de notification du risque ou encore de réalisation d'étude d'impact sur l'environnement⁴⁴ conduisent, comme le souligne Samantha Besson, à rendre les obligations d'agir avec diligence « si précises qu'elles en sont presque devenues des obligations de résultat⁴⁵ ». Nous assistons ici au phénomène de *proceduralisation* » de la due diligence. Toutefois, si les obligations procédurales de résultat complètent les obligations substantielles de moyens en matière de protection environnementale et participent ainsi à l'engagement de la responsabilité internationale environnementale, cet apport est limité, car, comme le précisent Yann Kerbrat et Sandrine Maljean-Dubois, la CIJ refuse systématiquement la « *restitutio in integrum* et plus généralement toute réparation matérielle dès lors que la violation ne concerne qu'une obligation de nature procédurale⁴⁶ ».

40 S. BESSON, *La Due diligence en droit international*, op. cit., p. 259.

41 S. BESSON, *La Due diligence en droit international*, op. cit., p. 258.

42 TIDM, Avis précité du 1^{er} février 2011, p. 43, § 117.

43 S. BESSON, *La Due diligence en droit international*, op. cit., p. 259.

44 Voir par exemple CIJ, Affaire des Usines de pâte à papier précitée, p. 83, § 204.

45 S. BESSON, *La Due diligence en droit international*, op. cit., p. 325.

46 Y. KERBRAT, S. MALJEAN-DUBOIS, « La contribution en demi-teinte de la CIJ au droit international de l'environnement dans les affaires Costa-Rica – Nicaragua », *Journal du droit international*, 4/2018, p. 1149.

De ce fait, la reconnaissance d'une obligation de moyens renforcée en matière de protection environnementale intégrant au sein même de ses règles primaires des obligations procédurales appréciées au regard du standard de diligence due *maximiserait* l'effet de cette obligation. Des référents objectifs devront pour cela être définis dans chaque domaine spécifique pour préciser le degré d'engagement des États qui doivent les accomplir. L'apport que constituerait l'existence d'une obligation internationale de protection environnementale apparaît très clairement à la lumière de l'*Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros* (1997). En l'espèce, l'existence d'une obligation de moyens renforcée de protection environnementale ajouterait une « obligation spécifique de faire » complétant les obligations de la Hongrie et de la Slovaquie de « veiller à ce que la qualité des eaux du Danube ne soit pas compromise et à ce que la protection de la nature soit assurée⁴⁷ ». En liant la violation des obligations procédurales à celle des obligations de fond, qui forment un tout « intégré et indissociable⁴⁸ », comme l'avait suggéré l'Argentine dans l'*Affaire des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (2010), une telle obligation de moyens renforcée faciliterait l'engagement de la responsabilité internationale environnementale des États.

Outre cet apport sur la *nature* de l'obligation de protection de l'environnement, la diligence due impacte le *régime* de cette dernière pour entrevoir les prémisses d'une responsabilité collective indispensable pour faire face aux faits totaux.

II. La diligence due au service de la reconnaissance d'une responsabilité collective en matière de protection de l'environnement

En matière de faits globaux où les États violent en tant que groupe leurs obligations internationales environnementales, le lien de causalité entre le dommage global, agrégat de différents dommages et les différents faits générateurs à l'origine du fait illicite est complexe à établir. Toutefois, la causalité désignant l'« accord intellectuel [...] de la succession de deux faits entre lesquels l'esprit humain admet un enchaînement⁴⁹ », « l'imputation du préjudice ou de la perte à un fait illicite est [donc] en principe un processus juridique et pas seulement historique ou causal⁵⁰ ». Le fait générateur permettant d'engager la responsabilité de l'État sera ainsi plus ou moins éloigné du dommage en fonction du type de causalité adopté.

À cet égard, dans le « rapport externe⁵¹ », c'est-à-dire la situation juridique du créancier – l'État victime lésé – vis-à-vis des codébiteurs – les États coresponsables –, l'existence d'une obligation de protection de l'environnement appréciée au regard du standard de diligence due déplacerait le fait

47 CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros* précitée, p. 67, § 112.

48 CIJ, *Affaire relative à des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* précitée, p. 47, § 68.

49 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 154.

50 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État (ARE) pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, texte adopté par la CDI à sa 53^e session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale de l'ONU dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session. Commentaires sur le projet d'articles, in *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 244.

51 Nous empruntons ici le vocable civiliste. À propos de la distinction entre le « rapport externe », ou *obligation* à la dette, et « rapport interne », ou *contribution* à la dette, voir C. GÓMEZ-LIGÜERRE, « Responsabilité solidaire et canalisation de la responsabilité », *Revue des contrats* 4, déc. 2019, p. 257.

générateur susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur pour le situer non pas sur la protection de l'environnement, finalité de l'obligation, mais sur les moyens mis en œuvre pour y parvenir⁵². Ce glissement opéré par l'adoption d'une causalité inclusive permettrait de reconnaître une responsabilité *collective*, c'est-à-dire une responsabilité du groupe pour un dommage causé par une personne indéterminée parmi les personnes agissant de concert ou exerçant une activité similaire (A). En outre, dans le « rapport interne », c'est-à-dire les rapports entre les différents débiteurs coresponsables, l'obligation de protection de l'environnement appréciée au regard du standard de diligence due conduirait à envisager une réparation *in solidum* équitable du préjudice écologique global (B).

A. L'apport de la causalité inclusive à la collectivisation de la responsabilité

La théorie de la causalité exclusive prédomine dans le paysage de la responsabilité internationale. Ici, le rapport de cause à effet en matière de responsabilité, c'est-à-dire l'imputation d'un préjudice à un fait illicite, suit une logique individualiste. Par conséquent, qu'« un seul fait illicite [...] a[it] causé le préjudice⁵³ », ou que le fait générateur soit composé d'une pluralité de faits, le résultat est le même, la répartition des responsabilités se « f[aisant] de manière individuelle au seul État [...] responsable⁵⁴ ». Dans ce sens, l'article 47 § 1 de l'ARE dispose que « Lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait⁵⁵ », car il est alors considéré que « chaque fait illicite », envisagé donc de manière indépendante, « aurait pu conduire au même préjudice indépendamment des autres⁵⁶ ». Le commentaire de cet article précise que dans une situation où plusieurs États sont responsables d'un même fait internationalement illicite, « chaque État est *séparément* [NS] responsable du comportement qui lui est attribuable⁵⁷ ». Cette solution est possible dans les contextes où il n'existe pas de doute quant à l'existence d'un lien de causalité entre le fait de l'État et le dommage. L'action coopérative sera alors plus aisément décomposée en conduites individuelles et une responsabilité indépendante et distincte attribuée à ces différentes actions. Le droit international a en effet opté pour une responsabilité internationale indépendante (*independent international responsibility*). Il y a en quelque sorte une « autonomie de la responsabilité⁵⁸ », la responsabilité de chaque État à l'origine d'un fait illicite pouvant être convoquée séparément en rapport avec ce fait. La logique de

52 Comme l'explique Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « La preuve doit être apportée non pas sur un préjudice réel mais sur l'absence de mise en œuvre par l'État d'une législation et d'une réglementation qui auraient permis à l'État de prendre des mesures afin d'éviter la survenance de tels préjudices » (Notre traduction), S. MALJEAN-DUBOIS, « No-Harm Principle as the Foundation of International Climate law », in B. MAYER, A. ZAHAR (dir.), *Debating Climate Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 22.

53 Définition de la causalité exclusive donnée par S. BESSON, « La responsabilité solidaire des États et/ou des organisations internationales : une institution négligée », in A. SUPLOT (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, Paris, 2018, p. 135.

54 Définition de la causalité parallèle donnée par S. BESSON, « La responsabilité solidaire des États et/ou des organisations internationales : une institution négligée », *op. cit.*, p. 135.

55 Art. 47 § 1 ARE.

56 S. BESSON, « La responsabilité solidaire des États et/ou des organisations internationales : une institution négligée », *op. cit.*, p. 136.

57 Commentaires de l'art. 47 ARE précité, p. 337.

58 Commentaire de l'article 47 ARE précité, p. 338.

la causalité exclusive a une incidence très claire sur la théorie du lien de causalité adoptée. Ce type de causalité est en effet nécessairement lié à la théorie du lien de causalité *pure* où « le dommage résulte clairement et sans étape intermédiaire d'un seul acte illicite⁵⁹ » ainsi qu'à la théorie de la causalité *adéquate* en vertu de laquelle seul le fait qui constitue une condition qui « dans le cours habituel des choses et selon l'expérience de la vie⁶⁰ » produira l'effet qui s'est réalisé doit être retenu. L'existence d'un lien direct – pur – et certain – adéquat – évoqué notamment par la CIJ à l'occasion de l'affaire opposant RDC à l'Ouganda⁶¹ (2022) entre les différents faits des coauteurs et le dommage justifie l'imputation d'une responsabilité indépendante. La théorie du lien de causalité a dans ce sens longtemps été, dans le contexte international, particulièrement restrictive quant au choix des faits générateurs sélectionnés pour permettre d'engager la responsabilité, car elle conditionne le déclenchement de l'obligation de réparer. Robert Kolb explique :

« *Only losses reasonably proximate to the unlawful act and in a foreseeable chain of causation can be compensated (adequate causality). Causes that are too indirect, remote or uncertain are filtered out. Losses which occur in the sequence of a longer chain of causation are liable to be considered too remote.*⁶² »

Cette causalité exclusive est adaptée aux faits simples qui, s'ils engagent plusieurs auteurs, imputent une responsabilité pour la violation d'un fait internationalement illicite spécifique, l'obligation de surveillance de la Zone par exemple, conduisant à un dommage circonscrit, la pollution d'une portion du milieu marin et ses conséquences sur la biodiversité marine de l'espace en question notamment. Ici, l'établissement du rapport causal entre les différents faits et le dommage ne pose pas de grandes difficultés. Cependant, ce fait simple ne sera pas, en suivant la logique de la causalité exclusive, mis en perspective quant à ses effets, à plus ou moins long terme, cumulés à d'autres dommages, conduisant à des phénomènes globaux – l'acidification des océans ou encore le réchauffement climatique en l'espèce. Or, cette approche partielle ne permet pas de répondre efficacement aux problématiques posées par les dommages environnementaux qui doivent être appréhendés de manière systémique avec des scénarii de causalité concurrente.

Effectivement, dans les situations de faits complexes où plusieurs actes sont à l'origine d'un dommage global, « les contributions à des résultats néfastes ne peuvent pas être attribuées sur la base de la causalité individuelle de chaque État⁶³ ». La causalité spécifique (*specific causation*), c'est-à-dire l'attribution individualisée d'un comportement spécifique à un sujet en particulier constitue la pierre d'achoppement du droit de la responsabilité internationale environnementale confronté aux situations de circulation totale au-delà du contrôle. Les difficultés liées à la démonstration de l'existence d'une causalité spécifique en matière de faits globaux conduisent Christina Voigt à estimer que :

59 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 665.

60 Ph. Le TOURNEAU, *La Responsabilité civile*, Paris, PUF, 2003, p. 44.

61 CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo*, République démocratique du Congo c. Ouganda, 9 fév. 2022, p. 33, § 93.

62 R. KOLB, *The International Law of State Responsibility: An Introduction*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 161.

63 A. NOLLKAEMPER, D. JACOBS, « Shared Responsibility in International Law: A Conceptual Framework », *Michigan Journal of International Law*, vol. 34, 2, 2013, p. 364.

« causation could be established on the sole basis of contribution [NS] to the problem of climate change by a specific actor. The question how much damage might have been caused by this contribution is irrelevant in this respect; it will, however, play a role at the stage of apportioning costs.⁶⁴ »

Deux éléments méritent ici de retenir notre attention. Tout d'abord, le degré de contribution au dommage global n'est pas pertinent pour l'imputation de la responsabilité⁶⁵, mais pour la répartition de la créance au moment de la réparation, élément sur lequel nous reviendrons par la suite. Cela signifie donc bien que les faits générateurs perpétrés par les différents coauteurs peuvent être plus ou moins éloignés du dommage. Ensuite, en envisageant la causalité par le prisme de la *contribution*, nous basculons nécessairement dans une vision non plus individualiste, mais collective de la responsabilité.

À ce propos, la CIJ reconnaissait à l'occasion de l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* (2022) précitée que « le lien de causalité exigé peut varier en fonction de la règle primaire violée, ainsi que de la nature et de l'ampleur du préjudice⁶⁶ ». Concernant des faits complexes, et, plus précisément, des dommages de guerre dans un contexte de conflit armé de longue durée et de grande ampleur, elle estime que « la question du lien de causalité peut soulever certaines difficultés » lorsque « le dommage [est] attribuable à plusieurs causes concomitantes, dont les actions ou omissions du défendeur » ou encore lorsque « plusieurs actes internationalement illicites de même nature, mais attribuables à différents acteurs, donnent lieu à un seul préjudice ou à des préjudices distincts⁶⁷ ». Cette précision ouvre la voie à un aménagement de la causalité en matière de faits globaux. Lors de l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (2018), la CIJ relevait déjà que dans le contexte de dommages environnementaux « la question de leur existence et du lien de causalité peut soulever des difficultés particulières » du fait de la présence d'une pluralité de « causes concomitantes » et de « l'état des connaissances scientifiques ». Elle estima qu'« Il revient *in fine* à la Cour de décider s'il existe un lien de causalité suffisant entre le fait illicite et le préjudice subi⁶⁸ ». La nature complexe des dommages environnementaux et sanitaires pourrait donc conduire la Cour à apprécier de manière plus souple le lien de causalité. Cette ouverture nous permet d'envisager, à côté de la causalité exclusive, une causalité inclusive ou globale⁶⁹.

La théorie de la causalité inclusive (*inclusive causality*) a été convoquée par l'Irlande à l'occasion de la sentence arbitrale relative au Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la

64 C. VOIGT, « State Responsibility for Climate Change Damages », *Nordic Journal of International Law* 77 (2008), p. 16.

65 Le commentaire de l'article 47 de l'ARE précité (p. 337) souligne à ce propos que la responsabilité n'est « pas diminuée ou réduite par le fait qu'un ou plusieurs autres États en portent également la responsabilité ».

66 CIJ, Affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* précitée, p. 33, § 93.

67 CIJ, affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* précitée, p. 33, § 94.

68 CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, Costa Rica c. Nicaragua, Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica, arrêt du 2 février 2018, p. 26, § 34.

69 Expression retenue par Yann Kerbrat dans son commentaire de la sentence arbitrale. Voir à ce propos Y. KERBRAT, « Le différend relatif à l'usine MOX de Sellafield (Irlande/Royaume-Uni) : connexité des procédures et droit d'accès à l'information en matière environnementale », *AFDI*, 2004, 50, p. 620.

protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) (2003). En l'espèce, le demandeur estimait que les informations connexes aux activités affectant ou susceptibles d'affecter la zone maritime étaient concernées par l'obligation d'accès à l'information⁷⁰. Il envisageait entre l'activité concernée et l'obligation un rapport de cause à effet non pas spécifique et limité à la seule activité, mais général et inclusif permettant d'englober des éléments ayant trait à l'activité. Dans les situations impliquant des faits générateurs complexes, composés d'une pluralité de faits qui ont contribué, à divers degrés, à la survenance du dommage, la causalité inclusive permet d'envisager, en matière de responsabilité, une causalité complémentaire où « chaque fait illicite aurait pu conduire à un préjudice indépendamment des autres, mais pas au préjudice complet. Ce dernier est un agrégat de tous les préjudices distincts ainsi causés⁷¹ ». Ici, en suivant la logique de la théorie de l'équivalence des conditions en vertu de laquelle tous les faits ayant conditionné le dommage peuvent être considérés comme équivalents, l'existence du lien de causalité n'est pas examinée à partir d'une conduite particulière mais d'une « activité globale », l'activité agro-industrielle ou l'exploitation des ressources halieutiques par exemple. De ce fait, il s'agirait en matière de faits totaux d'attribuer la causalité non pas au fait générateur immédiat mais au comportement global du groupe composé par exemple d'une pluralité d'États abritant les activités polluantes entreprises par des sociétés transnationales. La causalité inclusive ouvre donc la voie à la reconnaissance d'une responsabilité collective⁷², déjà reconnue en droit interne dans le contexte de dommages causés par une personne non identifiée d'un groupe connu et engageant une participation commune⁷³. Dans ce cas de figure, « Le rapport de causalité est incertain, puisqu'il n'est pas possible d'établir l'auteur précis du dommage mais, en même temps, il est certain qu'il a bien été causé par l'un des membres du groupe⁷⁴ ».

Pour remédier à l'absence de mise en œuvre de la responsabilité à l'occasion d'un l'accident occasionné lors d'une activité de chasse, d'un jeu d'enfant ou par certains produits de santé⁷⁵, la jurisprudence française a ainsi retenu la faute collective des membres du groupe et condamné *in solidum* ces derniers⁷⁶. Cette dérogation au principe de la responsabilité personnelle nécessite d'admettre que la responsabilité émerge d'une action commune, c'est-à-dire d'une addition d'actions communes (*performance of joint actions*⁷⁷) mises en œuvre par au moins deux agents partageant

70 Différend opposant l'Irlande au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord concernant l'accès à l'information prévu par l'article 9 de la Convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (Convention OSPAR) du 2 juillet 2003. Alors que l'article 9 § 2 de la Convention OSPAR précise que les informations relatives aux activités et mesures affectant ou susceptibles d'affecter la zone maritime encadre le champ des informations devant être mises à disposition en précisant que ces dernières doivent être relatives à la zone maritime et portent sur des activités ou des mesures qui affectent ou sont susceptibles d'affecter les espaces marins, le demandeur estimait que « *anything, no matter how remote, which facilitated the performance of an activity is to be deemed part of that activity* », p. 106, § 164.

71 S. BESSON, « La responsabilité solidaire des États et/ou des organisations internationales : une institution négligée », *op. cit.*, p. 136.

72 Voir à ce propos F. ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1983.

73 J. DEMAREZ, *L'Indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Paris, LGDJ, 1967.

74 Ph. Le TOURNEAU, C. BLOCH, C. Guettier et al., *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, Paris, Dalloz, 2020, p. 690, § 2132.21.

75 Par exemple, dans l'affaire du Distilbène. Voir à ce propos C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La fiction de la causalité alternative, fondement et perspective de la jurisprudence Distilbène », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1162.

76 Aix-en-Provence, 6 juin 1959, D. 1951, 173, note Besson.

77 M. SEUMAS, « Collective responsibility », *Public Affairs Quarterly*, vol. 15, n° 1, January 2001, p. 65.

une « identité⁷⁸ » dans le but de réaliser intentionnellement un projet collectif. Steven Sverdlik conçoit cette responsabilité étendue comme « *the idea that individual persons within a group are responsible for an outcome produced collectively*⁷⁹ ». En effet, « *they can form collective intentions and patterns of behaviour even outside formal decision making procedures, and they have the ability to reflect upon their collective behaviour and to change it*⁸⁰ ». L'existence d'une autonomie propre au collectif permet la reconnaissance aux groupes semi-structurés d'une intention d'agir et autorise l'imputation d'une responsabilité juridique. À cet égard, « la faute collective n'est pas l'addition des fautes individuelles des divers participants à l'action commune : elle est une faute propre au groupe lui-même, pris en tant qu'ensemble⁸¹ ». Dans notre sujet, il s'agira de la faute des États qui, par le biais des entreprises, exploitent massivement les ressources naturelles dans le cadre d'un système économique globalisé. En matière pénale, le fait que les deux prévenus se soient « livrés ensemble à un jeu particulièrement dangereux » justifie pour la Cour de cassation « qu'ils doivent de ce seul fait être considérés comme ayant concouru, chacun par son action personnelle, à causer l'accident et commis l'un et l'autre le délit qui leur est reproché⁸² ». Ici, « la victime peut se contenter d'assigner un seul auteur supposé du dommage, à charge pour lui, s'il est condamné à réparer l'entier dommage, de se retourner contre ses comparses pour contribution à la dette⁸³ ». Cette solution garantit donc aux victimes une protection que la règle générale de responsabilité individuelle n'offre pas. Dans le même sens, face aux faits totaux comme les pandémies, l'érosion de la biodiversité ou le réchauffement climatique qui échappent à l'heure actuelle à la responsabilité internationale, la responsabilité collective imputée par le prisme d'une causalité inclusive permettrait d'élargir le champ des auteurs-débiteurs qui en seront solidairement responsables.

La responsabilité collective semble ainsi appropriée au fait global, un fait unique exercé par la communauté internationale dans son ensemble. Un tel régime serait pertinent en cas de violation de l'obligation primaire de protection environnementale, car il permettrait de reconnaître le fait global de réchauffement climatique par exemple comme un fait internationalement illicite unique engageant la responsabilité des coauteurs. Cette responsabilité collective serait alors adéquate pour ouvrir le contentieux climatique interétatique. Les États les plus vulnérables pourraient par ce biais se saisir des instruments offerts par l'obligation de protection environnementale pour exiger des États ne respectant pas leurs obligations une compensation, essentielle aux adaptations qu'ils devront entreprendre pour faire face au réchauffement climatique.

78 La philosophe Linda Radzik explique ainsi que la responsabilité découle du partage d'identité avec le groupe : « *Adam is morally implicated in the crimes of his group because he shares an identity with them. The shared identity taints him because it means that he shares in the benefits produced by the crimes* », L. RADZIK, « Collective Responsibility and Duties to Respond », *Social Theory and Practice*, July 2001, vol. 27, n° 3, p. 458.

79 S. SVERDLIK, « Collective Responsibility », *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, janv. 1987, vol. 51, n° 1, p. 62.

80 S. SVERDLIK, « Collective Responsibility », *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, janv. 1987, vol. 51, n° 1, p. 70.

81 Ph. Le TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 690, § 2132.31.

82 Crim. 7 mars 1968, 67-90.027.

83 Ph. Le TOURNEAU, C. BLOCH, C. GUETTIER *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, p. 690, § 2132.31.

B. L'apport de la réparation *in solidum* à la collectivisation de la responsabilité

Le principe selon lequel toute violation du droit doit donner lieu à réparation est une règle fondamentale du droit international⁸⁴. En ce sens, l'article 31 de l'ARE dispose que « l'État responsable est tenu de réparer *intégralement* [NS] le préjudice causé par le fait internationalement illicite ». La réparation doit effacer autant que possible toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait existé si l'acte n'avait pas été commis ou un dédommagement correspondant. Cependant, dans le contexte de faits totaux et de responsabilité partagée où le fait générateur est constitué par une addition de différents faits, la question de savoir qui est tenu de réparer, et dans quelle mesure, peut poser des difficultés. À ce propos, le manquement à l'obligation de protection environnementale entraînant des dommages environnementaux globaux nécessiterait certains aménagements des modalités de réparation prévues par les règles secondaires de la responsabilité internationale.

En effet, nous avons vu précédemment que seul le préjudice résultant du fait internationalement illicite d'un État doit être intégralement réparé. En vertu d'une responsabilité solidaire⁸⁵, un seul acteur peut donc être tenu de répondre en totalité du préjudice, et cela même si une pluralité d'acteurs est à son origine, comme l'a rappelé la CIJ à l'occasion de l'affaire du détroit de Corfou⁸⁶. Ici, les juges retiennent le « caractère indivisible du dommage⁸⁷ » en se fondant sur la causalité exclusive en vertu de laquelle un seul sujet supporte l'entière responsabilité et la théorie du lien de causalité adéquate qui isole et sélectionne les faits les plus pertinents comme élément ayant participé à la survenance du dommage. La réparation porte donc sur les pertes attribuables au fait illicite en tant que cause immédiate⁸⁸ ; le préjudice « trop indirect, trop éloigné ou trop incertain⁸⁹ » devant être écarté. Pierre D'Argent explique que : « *Despite the cumulative effects of the causal wrongful acts, one can decide nevertheless to identify and isolate one of them as being the most important and deciding one* ». Ici, dans un souci de simplification, « *The entity responsible for the adequate, deciding [...] cause [NS] will then bear alone the obligation to make full reparation vis-à-vis the injured party*⁹⁰ ». Cette solidarité est favorable à la victime, car elle renforce le droit aux dommages et intérêts en permettant au débiteur d'obtenir réparation de son dommage, et cela même si un ou plusieurs co-débiteurs sont insolubles. Certains co-débiteurs peuvent alors se voir imposer une réparation plus importante que

84 CPIJ, *Affaire relative à l'usine de Chorzów*, demande en indemnité, 13 sept. 1928, série A, n° 17, p. 29.

85 La solidarité désigne, « en matière de responsabilité (pour fait illicite ou pour simple dommage) [la] situation particulière où, notamment à la suite d'un engagement conventionnel, la réparation est due en totalité pour chaque sujet responsable (en anglais : “*joint and several responsibility*”) », J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1039.

86 CIJ, *Affaire du détroit de Corfou* précitée, p. 22-23 à propos de la responsabilité de l'Albanie pour les explosions de mines se trouvant dans ses eaux territoriales, champ de mines « mouillé [...] soit par le Gouvernement albanais soit avec sa connivence ou à sa connaissance » (p. 10).

87 S. CASSELLA, « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *AFDI*, LXV, 2020, CNRS Éditions, Paris, p. 17.

88 RSA, Commission mixte des réclamations États-Unis-Allemagne, Administrative Decision No. II, Nations unies, vol. VII (1956), p. 30.

89 RSA, *Affaire Trail Smelter case* précitée.

90 P. D'ARGENT, « Reparation, Cessation, Assurance and Guarantees of Non-Repetition », in A. NOLLKAEMPER, I. PLAKEKEFALOS (dir.), *Principles of Shared Responsibility in International Law: An appraisal of the State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 229.

celle qui devrait résulter de leur faute ou de leur rôle causal, et, inversement, d'autres être exonérés en dépit de leur rôle dans la réalisation du dommage, ce qui viole le principe évoqué précédemment selon lequel chaque État doit répondre des conséquences dommageables de ses propres actes. Toutefois, pour pallier le risque d'inéquité, voir d'impunité que cette exonération pourrait engendrer, l'État-débiteur peut prouver qu'une « partie du préjudice peut être distinguée du point de vue de la cause de celui attribué à l'État responsable⁹¹ », mais il doit pour cela établir quelle proportion du dommage n'est pas attribuable à son comportement⁹².

Or en matière de faits globaux, les montants des préjudices sont très importants au point que, « *de maximis non curat praetor* : trop importants, les conflits ou les dommages semblent échapper [...] au droit et à la justice⁹³ ». Pour surmonter les stratégies d'évitement de la responsabilité internationale dans ces contextes, des mécanismes de réparation plus justes doivent être adoptés. Par exemple, dans l'affaire opposant la RDC c. Ouganda (2022) précitée, la Cour estime qu'« il convient au contraire d'imputer à chacun des acteurs concernés la responsabilité d'une part du préjudice⁹⁴ ». Dans cette situation, Pierre d'Argent explique que :

« *a situation of 'complementary' causes calls for the apportionment of the obligation to make reparation in due proportion to the causal influence of each wrongful act on the apparently global harmful outcome. Each wrongdoer will thus be bound to make reparation, but only proportionally [NS] to what considered as being its own share of the damage.*⁹⁵»

À cet égard, le rapporteur spécial Arangio-Ruiz avait proposé que l'article 44 de l'ARE intègre cette répartition du paiement du dommage de manière proportionnelle « *to the amount of injury presumably to be attributed to the wrongful act and its effects, the amount to be awarded being determined on the basis of the criteria of normality and predictability*⁹⁶ ». Cette solution de réparation équitable et adaptée aux faits globaux a été retenue par la Cour suprême des Pays-Bas dans la décision *Urgenda*⁹⁷ (2019).

Nous retrouvons ici la logique de la causalité inclusive et la théorie du lien de causalité retenant l'équivalence des conditions permettant d'envisager que le groupe soit responsable d'un fait illicite fruit d'une action collective⁹⁸. Dans le cadre de cette responsabilité collective, chaque État contribue au moment de la définition de l'indemnisation en fonction de sa contribution. La responsabilité

91 Commentaire de l'article 31 ARE, *op. cit.*, p. 248, § 13.

92 RSA, *D. Earnshaw and Others (Great Britain) v. United States (Zafiro case)*, 30 nov. 1925, vol. VI, p. 164-165.

93 F. OST, « La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement », *Droit et Société*, 30/31-1995, p. 286.

94 CIJ, *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo* précitée, p. § 98.

95 P. D'ARGENT, « Reparation, Cessation, Assurance and Guarantees of Non-Repetition », in A. NOLLKAEMPER, I. PLAKEKEFALOS (dir.), *Principles of Shared Responsibility in International Law: An appraisal of the State of the Art*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 224.

96 V. ARANGIO-RUIZ, *Second Report on State Responsibility*, n° 2, p. 14, § 44, cité par P. D'ARGENT, *op. cit.*, p. 225.

97 Cour suprême des Pays-Bas, *Staat der Nederlanden c. Stichting Urgenda*, 20 déc. 2019, 19, § 5.7.5.

98 En psycho-sociologie, l'action collective est distinguée de l'action conjointe par l'absence d'une intention d'agir ensemble et de partager, par-là, certains états mentaux. Voir à ce propos G. LE BON, *Psychologie des foules*, 1895 ou encore G. TARDE, *Écrits de psychologie sociale*, 1973.

collective permettrait alors la reconnaissance d'une condamnation *in solidum* et une répartition de la réparation à hauteur de la « part » de responsabilité de chaque État. La réparation pourrait prendre la forme de dommage et intérêts calculés avec l'aide de l'expertise scientifique déterminant l'ampleur matérielle du dommage et par des instruments économiques de type paiement pour services écosystémiques permettant d'inscrire la nature dans la comptabilité afin de définir la modalité de réparation adéquate⁹⁹. Toutefois, un tel mécanisme ne peut être que supplétif et, même dans ce cas de figure, une obligation *in solidum*¹⁰⁰ doit pouvoir être exigée¹⁰¹.

La mise en œuvre d'une responsabilité collective et d'un mécanisme de réparation *in solidum* en droit international souffre cependant de l'absence d'un « législateur centralisé pour fixer un régime de recours interne en cas de responsabilité solidaire *ex ante* » et d'un manque de « remèdes judiciaires effectifs pour fixer les responsabilités de chacun *ex post* et coordonner les recours internes entre eux¹⁰² » en cas d'action récursoire et de recours en contribution entre coauteurs tenus *in solidum*. Les États ont certes été amenés à prévoir dans certaines conventions une action collective ou une répartition *ex ante* des responsabilités avec des critères comme la capacité, la contribution, le contrôle, ou encore le lien de causalité¹⁰³. Ainsi, dans les domaines où un régime de responsabilité objective a été prévu, des questions de responsabilité partagée peuvent émerger par le biais d'accords multilatéraux protégeant les intérêts collectifs des différentes parties. Cette solution devrait être étendue si l'obligation de protection environnementale était reconnue en droit international. Elle participerait alors autant à l'obtention d'une réparation compensatoire *ex post* qu'à l'objectif préventif de la responsabilité internationale incitant les États à agir *ex ante* pour qu'ils transposent leurs obligations en développant des instruments juridiques cohérents. George Berlia proposait quant à lui d'attacher la responsabilité internationale au contentieux de l'indemnité, organisé par une « sorte de bourse mondiale de compensation dont chacun à tour de rôle tirera profit¹⁰⁴ ». Cette proposition pallierait les carences des mécanismes existants, comme le mécanisme international de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux incidences des changements climatiques qui ne peut s'apparenter à un fonds de compensation reposant sur des contributions obligatoires indexées sur le PIB des pays et permettant, par le biais de la mise en place d'un « mécanisme assurantiel international pour compenser les dommages subis¹⁰⁵ » de réellement remédier aux pertes et préjudices liés aux effets néfastes des changements climatiques.

99 CJI, Affaire de *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (2018) précitée, § 45 à propos de la méthode des services écosystémiques permettant l'évaluation des dommages environnementaux.

100 Nous empruntons ici le vocable du droit civil. L'obligation *in solidum* est une notion prétorienne élaborée pour les cas de coresponsabilité qui oblige chaque responsable à répondre, à l'égard de la victime, de l'intégralité du dommage.

101 P. D'ARGENT, « Reparation, Cessation, Assurance and Guarantees of Non-Repetition », *op. cit.*, p. 230.

102 S. BESSON, « La responsabilité solidaire des États et/ou des organisations internationales : une institution négligée », *op. cit.*, p. 139.

103 Voir à ce propos les art. IV et V de la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux ; l'art. 6, annexe IX de la Convention de 1982 sur le droit de la mer relatif au Statut de l'entreprise.

104 G. BERLIA, « De la responsabilité internationale de l'État », in *La Technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. 2, Paris, LGDJ, 1950, p. 884-885.

105 S. MALJEAN-DUBOIS, « Au milieu du gué : le mécanisme de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux changements climatiques », in A.-S. TABAU (dir.), *Quel droit pour l'adaptation des territoires aux changements climatiques ? L'expérience de l'île de La Réunion*, Confluence des droits, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2018, p. 128, [https://doi.org/10.4000/books.dice.3937].

L'ensemble des propositions que nous avons exposées, allant de la reconnaissance d'une obligation internationale primaire de protection environnementale aux règles secondaires nécessaires à sa mise en œuvre constituent les prémisses de ce qui pourrait œuvrer à l'effectivité d'une responsabilité internationale environnementale.

LA LUTTE CONTRE LA CRISE SANITAIRE EN ALLEMAGNE

Claus DIETER CLASSEN¹

Introduction

Si l'on regarde les décisions prises en Allemagne pour lutter contre la propagation du virus COVID-19 on constate qu'elles ressemblent fort à celles prises en France : fermeture des magasins non essentiels, des écoles et des universités, des théâtres et de tous les autres établissements accessibles au public, interdictions de rassemblements, confinement, obligation de respecter une quarantaine après un retour de certains pays étrangers, etc. Certes, il y a quelques différences : les écoles furent fermées plus longtemps en Allemagne qu'en France et, en Allemagne, depuis l'automne 2020, c'est uniquement le critère des incidences – infections par 100 000 habitants sur sept jours – qui a déterminé les décisions en la matière.

Mais la différence la plus importante réside ailleurs : elle concerne la manière dont on a pris et contrôlé les décisions en Allemagne. Le système fédéral et les rôles divergents des parlements et des tribunaux en sont la cause. Pour ces raisons un rapport sur l'Allemagne peut susciter peut-être un certain intérêt en France.

I. Assumer la décision politique

Quand la crise du Covid s'est déclarée en Allemagne au printemps 2020, on a pu recourir à un cadre législatif et administratif qui trouve ses origines à la fin du XIX^e siècle. Sous l'impulsion surtout du grand infectiologue Robert Koch (1843-1910, prix Nobel en médecine en 1905), l'État a fondé en 1890 un institut de maladies infectieuses. Cet institut fut rattaché d'abord à l'université de Berlin et intégré plus tard dans une autorité administrative visant toutes les questions de la santé publique. En 1900 le *Reichstag*, le parlement allemand de l'époque, a adopté une loi pour la lutte contre les maladies dangereuses. Évidemment, au cours du temps, cet institut tout comme ladite loi ont connu un grand nombre de réformes. La structure actuelle de l'institut – nommé entre-temps *Robert Koch-Institut* – date de 1994 ; la loi actuelle – nommé loi fédérale contre les maladies infectieuses (*Bundesinfektionsschutzgesetz*) – date de 2000.

¹ Professeur de droit public, de droit européen et de droit international public à l'université de Greifswald (Allemagne), membre de la Cour constitutionnelle du *Land* de Mecklembourg-Poméranie occidentale et juge à la Cour d'appel administrative de ce *Land*. Je tiens à remercier M^{me} A. Gaillet, professeure de droit public à l'université Toulouse 1 Capitole, pour son aide précieuse.

A. Le cadre légal des décisions

Déjà avant la crise, la loi fédérale contre les maladies infectieuses a prévu dans son article 28 que l'autorité compétente peut prendre des mesures nécessaires pour lutter contre une maladie infectieuse à l'encontre des personnes qui soit sont infectées, qui présentent des symptômes, qui laissent supposer une maladie infectieuse, qui excrètent un agent infectieux ou dont on doit supposer qu'elles ont absorbé un agent infectieux sans présenter des symptômes. Selon le système constitutionnel allemand, la détermination des autorités compétentes relève de la compétence des *Länder* (Art. 84 LF). Surtout l'article 32 de ladite loi habilite les gouvernements des *Länder* à adopter des règlements pour lutter contre les maladies infectieuses sous les conditions prévues à l'article 28. La fédération n'a quant à elle disposé à ce moment d'aucune compétence administrative en la matière. Ce modèle – la fédération fait les lois, les *Länder* les exécutent – correspond d'ailleurs à la situation normale en Allemagne.

Comme les premières apparitions du virus ont eu un caractère local, ce sont d'abord les autorités locales qui ont pris certaines mesures. Cependant, assez vite, on a compris que la dimension de la lutte contre le virus dépassait largement le niveau local. À partir de la mi-mars 2020, tous les gouvernements de *Länder* ont adopté donc des règlements sur la base des articles 28 et 32 de ladite loi ou, en ce qui concerne les écoles et les universités, sur la base d'habilitations spécifiques. Parfois il y avait même des règlements modifiant un règlement le lendemain de son adoption ou un jour après la dernière modification, voire le jour même de la dernière modification. Et comme la dimension nationale a été reconnue assez rapidement, les têtes des exécutifs respectifs, la chancelière fédérale et les seize ministres-présidents des *Länder* appartenant à presque tous les partis démocratiques en Allemagne² se sont réunis régulièrement pour coordonner leurs actions. Ainsi a-t-on recouru aux mécanismes bien établis du fédéralisme coopératif allemand³.

Après une première réunion du 12 mars 2020 au cours de laquelle on s'est entendu surtout sur des mesures concernant la situation hospitalière et la situation économique⁴, on s'est accordé le 22 mars 2020 sur des mesures visant une réduction massive des contacts sociaux⁵. Certes, cette coordination n'a pas été parfaite – ni ce jour-là ni plus tard. Comme le nombre des infections par habitant a varié et varie toujours beaucoup entre les différentes régions d'Allemagne, mais aussi comme l'attitude des divers dirigeants politiques envers les risques du virus a varié, de même les mesures prises dans les différents *Länder* ont divergé dès le début. Ainsi, certains *Länder* ont prévu un confinement tandis que d'autres ont préféré des mesures ne restreignant que les contacts entre personnes. Ces différences ont perduré tout au long de la crise. Malgré les difficultés qui en ont

2 Concrètement, à part la chancelière (CDU), six ministre-présidents appartiennent à la CDU, sept à la SPD et un à la CSU, un au Verts et un à « La Gauche ».

3 C. GREWE-LEYMARIE, *Le fédéralisme coopératif en Allemagne*, Paris, Economica, 1981 ; Y. VILAIN, in A. GAILLET *et al.*, *Droits constitutionnels français et allemand – perspective comparée*, Paris, LGDJ, 2019, pts. 196 s.

4 [<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/beschluss-zu-corona-1730292>].

5 [<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/besprechung-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-vom-22-03-2020-1733248>].

résultat, elles ont eu tout de même l'avantage qu'il y avait toujours une discussion controversée sur les mesures à prendre, que les dirigeants politiques ont eu l'obligation de justifier toute décision tout d'abord entre eux, mais aussi devant le public.

Tous ces règlements ont eu ceci en commun que leur validité a été limitée, dans la plupart des cas à quelques semaines. Souvent peu avant leur expiration, ils ont été prolongés, dans la plupart des cas avec des modifications, et régulièrement suite à une nouvelle conférence des ministres-présidents (avec la chancelière). Ainsi de telles conférences ont eu lieu assez régulièrement toutes les quatre semaines, voire plus souvent, jusqu'au printemps 2021 – avec une petite pause au cours de l'été 2020.

Certes, assez rapidement, au mois de mars 2020, le législateur fédéral allemand a lui aussi pris des initiatives, entre autres pour modifier la loi contre les maladies infectieuses susmentionnée. Le législateur a prévu qu'il peut constater « une situation épidémique de portée nationale » (*epidemische Lage von nationaler Tragweite*) qui est la condition pour permettre aux autorités administratives d'adopter certaines mesures. En plus l'une de ces modifications a concerné entre autres une précision dudit article 28. Mais la plupart d'entre elles concernaient cependant plutôt la situation hospitalière et n'ont eu guère d'influence sur la possibilité de prendre des mesures pour lutter contre la propagation du virus. Assez rapidement certaines parties de l'opposition parlementaire, mais aussi des voix dans la doctrine et certains tribunaux ont avancé que vu la gravité des mesures prises, le fondement législatif serait trop faible, que le législateur aurait dû prendre lui-même les décisions centrales en matière de lutte contre le virus ou au moins aurait dû préciser le cadre législatif⁶. En effet selon l'article 80 LF, si une loi peut habiliter le gouvernement fédéral ou les gouvernements des Länder à édicter des règlements, cette « loi doit déterminer le contenu, le but et l'étendue de l'autorisation accordée ». En outre, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle exige depuis les années 1970 que, même en dehors du champ d'application de l'article 80 LF, une ingérence dans un droit fondamental doit avoir une base légale d'autant plus précise que l'ingérence est grave⁷. D'autres ont soutenu qu'un recours aux règlements serait donc inévitable⁸, vu la nécessité de réagir rapidement aux développements de la crise, la machine législative étant trop lente.

6 V. pour les discussions dans la doctrine *infra* note 8 ; pour la jurisprudence v. *infra* notes 18 et 19.

7 N. MARSCH, in A. GAILLET *et al.* (*supra* note 3), pts. 505 s. Pour la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, v. par ex. BVerfGE 101, 1 (34).

8 V. pour les discussions dans la doctrine entre autres F. HAASE, « Corona-Krise und Verfassungsdiskurs », *Juristenzeitung* 2020, p. 697 ss. ; H. M. HEINIG/T. KINGREEN/O. LEPSIUS/C. MÖLLERS/U. VOLKMANN/H. WISSMANN, « Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise », *Juristenzeitung* 2020, p. 861 ss. ; J. KERSTEN/STEPHAN RIXEN, *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*, München C.H. Beck, 2^e éd. 2021 ; A. V. WESCHPEFENNIG, « Der Parlamentsvorbehalt in der Corona-Krise. Exekutive Eingriffsbefugnisse und Staatshaftung », *Der Staat* 53 (2020), p. 469-500 ; M. KLOEPFER, « Verfassungsschwächung durch Pandemiebekämpfung ? », *Verwaltungsarchiv* 112 (2021), p. 169-204. V. en outre les discussions au congrès de l'association des constitutionnalistes allemands (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) tenu le 8-04-2021, A. K. MANGOLDT, S. RIXEN, M. MAHLMANN, A. T. MÜLLER, *Staat und Gesellschaft in der Pandemie*, Berlin, de Gruyter, 2021.

Enfin, au mois de novembre 2020, le Bundestag a réagi à ces critiques. Il a inséré dans ladite loi contre les maladies infectieuses une nouvelle disposition (art. 28a) mentionnant précisément les mesures les plus importantes prises au cours du temps – une liste de 17 mesures. Pour trois d’entre elles – pour les interdictions d’assemblées et des réunions religieuses, les limitations de quitter son domicile et les limitations d’entrer dans des établissements tels que les maisons de retraite – la loi a prévu des conditions supplémentaires : les autres mesures sont prioritaires à prendre, et il faut que sans ces trois mesures l’efficacité de la lutte contre le virus soit gravement mise en danger. En plus cette disposition prévoit que les règlements adoptés sur cette base doivent être motivés – ce qui n’est pas habituel en Allemagne pour les règlements – et limités dans le temps en ce qui concerne leur validité, en général à quatre semaines.

Enfin au mois d’avril 2021 le parlement fédéral a inséré dans ladite loi une disposition (art. 28b) prévoyant directement un certain nombre de restrictions en dépendance de certaines incidences (100, 150, 165) à constater par l’institut *Robert Koch* et valable jusqu’au 30 juin 2021. Le gouvernement fédéral est désormais lui aussi habilité à adopter des règlements en la matière ; cette compétence n’est donc plus exclusivement attribuée aux gouvernements des *Länder*. Mais jusqu’à présent, cette compétence n’a guère été utilisée ; seules les questions concernant le respect d’une quarantaine au retour de l’étranger sont réglées aujourd’hui au niveau fédéral. De toutes les façons, la compétence des gouvernements des *Länder* de prendre de leur côté des mesures subsiste.

La raison de ce changement de mode de décision politique résulte du ressenti que les mécanismes du fédéralisme coopératif ont trouvé leurs limites dans la lutte contre le COVID-19. Plusieurs facteurs ont joué un certain rôle ici. Premièrement les divergences entre les mesures prises par les divers gouvernements ont été toujours critiquées. Une conférence de la chancière avec les ministres-présidents tenue le 3 mars 2021 avait décidé d’un certain nombre de mesures d’ouverture, mais avait établi également ce qu’on a appelé un « frein de secours » : si l’incidence monte dans une région ou un *Land* au-dessus de 100, toutes les mesures d’ouverture prises depuis doivent être annulées⁹. Or en pratique cela n’a pas très bien fonctionné : la plupart des *Länder* ont été réticents à annuler les mesures d’ouverture qu’ils avaient prises, d’autres ont fait beaucoup d’exceptions, ont relevé la barre, etc.

En outre, dans une autre conférence avec les ministres-présidents tenue le 22 mars 2021, la chancière a eu beaucoup de difficultés à s’accorder sur la politique à suivre face à un nombre d’infections grandissant assez vite d’un côté, et à un certain épuisement chez la population de l’autre. Enfin, tard dans la nuit et sans préparation, on a trouvé une solution qui semblait être un compromis acceptable pour tous : une « trêve de Pâques ». Cela aurait dû conduire à une fermeture des magasins, des écoles le jeudi avant Pâques – vendredi saint étant un jour férié en Allemagne – et de toutes les entreprises le jeudi et le samedi avant Pâques.

9 [https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1872054/66dba48b5b63d8817615d11edaaed849/2021-03-03-mpk-data.pdf] – voir à la fin du n° 8.

Or, assez rapidement, cette idée s'est avérée juridiquement et pratiquement irréalisable : pour introduire un ou deux jours fériés supplémentaires, la solution juridiquement la plus simple, aurait nécessité une législation dans tous les 16 *Länder*, ce qui pour de raisons de temps a été impossible (une dizaine de jours avant pâques). Une autre solution, par exemple un règlement sur la base de la loi contre les maladies infectieuses, aurait créé beaucoup de difficultés techniques. À cela s'ajoutait une forte opposition de la part des entreprises vu les difficultés techniques qu'aurait causé une telle mesure venant si rapidement. Le 24 mars 2021, la chancelière a donc décidé de renoncer à cette idée. À la place elle a proposé une nouvelle loi fédérale prévoyant un certain nombre de restrictions. Dans une procédure assez rapide, le parlement l'a voté le 21 avril 2021 ; le *Bundesrat*, la deuxième chambre législative, a donné son accord un jour plus tard. La validité de cette loi a été limitée. Elle a expiré le 30 juin 2021. En outre, dans une autre conférence avec les ministres-présidents tenue le 22 mars 2021, la chancelière a eu beaucoup de difficultés à s'accorder. Depuis ce sont de nouveau les règlements de gouvernements des *Länder* qui contiennent les règles applicables à la lutte contre le virus COVID-19.

B. Le rôle de la science

Depuis toujours « la science » a joué un rôle très important dans les débats publics dans le cadre de la lutte contre le virus COVID-19, et cela principalement à travers trois mécanismes.

L'institut *Robert Koch* mentionné ci-dessus est un institut qui a notamment pour mission d'entreprendre des recherches en matière de maladies infectieuses et d'épidémiologie et qui est rattaché au ministère de la santé. Il a également pour mission de reconnaître les maladies infectieuses et non infectieuses, de les prévenir et de lutter contre celles-ci. Cet institut est donc quasiment le conseiller « officiel » du gouvernement en la matière. C'est d'ailleurs lui qui publie quotidiennement les chiffres des incidences et participe à la qualification des pays ou des régions étrangers comme zone à risque, à haut risque ou à zone de virus de transformation ce qui a des conséquences sur la possibilité d'y voyager et sur le cadre juridique du retour.

En outre, chaque gouvernement – au niveau fédéral tout comme au niveau des *Länder* – s'est fait conseiller par un certain nombre de scientifiques, soit universitaires, soit travaillant dans des instituts de recherche indépendants. Finalement ces scientifiques tout comme d'autres scientifiques ont participé au débat public mentionné ci-dessous (III, B).

II. Contrôler la décision politique

A. Contrôle parlementaire

Les parlements en Allemagne – le parlement fédéral, le *Bundestag*, tout comme les parlements des *Länder*, les *Landtage*, ont débattu régulièrement sur la lutte contre le virus COVID-19, et cela sur deux points : sur la politique matérielle à suivre et sur, précisément, la participation des parlements à la formation de cette politique. Ainsi régulièrement après les conférences avec les ministres-présidents des *Länder* la chancelière Merkel s'est expliquée devant le *Bundestag* – c'est-à-dire souvent une fois

par mois. De même la nécessité de prolonger régulièrement les règlements des *Länder* a produit des débats dans les parlements de ceux-ci. D'ailleurs le *Landtag* de Bade-Wurtemberg a même voté une loi au mois de juin 2020 selon laquelle le gouvernement doit transmettre tous les règlements en matière de lutte contre le COVID-19 y compris les prolongations, les modifications et les abolitions sans délai, au plus tard 24 heures après leur adoption par le gouvernement. Cette transmission doit, en outre, se passer à un moment que permet au *Landtag* de prendre position avant la publication du règlement. Toute exception à cette règle doit être justifiée.

La constitutionnalité d'une telle ingérence du parlement dans les compétences du gouvernement s'explique par le fait que la Loi fondamentale permet à tout parlement d'un *Land* de légiférer là où le droit fédéral habilite le gouvernement à adopter des règlements (Art. 80 al. 4 LF). Cette disposition constitutionnelle a été adoptée en 2006 pour permettre à chaque *Land* de décider soi-même s'il préfère des lois ou des règlements là où le droit fédéral habilite les gouvernements des *Länder* d'adopter des règlements. Et comme le parlement du *Land* a le droit de légiférer dans la matière, il a également le droit d'exiger ladite transmission¹⁰. Il aurait même pu faire dépendre l'entrée en vigueur d'un tel règlement d'un accord préalable de sa part. Dans d'autres *Länder* les parlements ont discuté aussi de l'utilisation de cet article 80 al. 4 LF, mais finalement n'en ont pas tiré des conséquences.

B. Contrôle juridictionnel

En raison de la répartition des compétences des tribunaux en matière de lutte contre le virus COVID-19 le fédéralisme allemand joue un rôle important non seulement sur le plan politique, mais aussi en ce qui concerne le contrôle juridictionnel.

1. Les voies de recours administratives

Le contrôle juridictionnel des diverses mesures prises pour lutter contre le virus COVID-19 suit les règles habituelles du droit administratif et constitutionnel. Sur le plan du droit administratif on peut distinguer les recours qui ont été dirigés directement contre les règlements des gouvernements des *Länder*¹¹ et ceux qui ont concerné les mesures d'application, très souvent des actes administratifs individuels, parfois aussi des actes administratifs à portée générale¹² – les règlements n'étant pas qualifiés d'actes administratifs par le droit administratif allemand. Pour les premiers ce sont les cours administratives d'appel qui sont compétentes en première instance.

Il faut également noter deux différences entre les tribunaux administratifs en Allemagne et en France. Les tribunaux allemands travaillent plus lentement, mais ils examinent les actes (et les omissions) de l'administration de manière bien plus profonde qu'en France. Selon la

¹⁰ Pourtant contre cette idée, Thorsten SCHMIDT, « Landesrechtsverordnungen und ordnungsvertretende Landesgesetze », in *Die öffentliche Verwaltung* 2021, p. 518 (523).

¹¹ Contrôle de normes administrative (*verwaltungsrechtliche Normenkontrolle*), art. 47 du code de la justice administrative (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*).

¹² Selon les cas un recours en annulation (*Anfechtungsklage*) ou recours en obligation (*Verpflichtungsklage*), ce dernier si une autorisation refusée par l'administration est demandée. Les deux recours sont réglés dans l'art. 42 *VwGO*.

Cour constitutionnelle, le droit à une protection juridictionnelle effective (article 19 al. 4 LF) oblige les tribunaux à exercer un contrôle relativement complet¹³. Pour cette raison, le pouvoir de discrétion de l'administration est bien plus limité en Allemagne qu'en France. En outre, les tribunaux n'examinent pas que les moyens présentés par les parties, mais ont la possibilité de soulever d'office n'importe quel moyen. S'agissant des mesures prises pour lutter contre le virus COVID-19, il n'y a eu presque que des décisions en référé – et comme tous les règlements n'ont eu qu'une validité limitée dans le temps, souvent il n'y avait plus lieu de juger l'affaire au fond après quelques semaines. Or, en ce qui concerne les référés, les voies de recours s'arrêtent au niveau des cours d'appel, la cour fédérale administrative n'étant pas compétente. Pour cette raison il n'y a jusque-là aucune décision de la Cour fédérale administrative en ce qui concerne la lutte contre le virus COVID-19 ; les seules décisions qui existent et où figurent les mots « COVID-19 » concernent les conséquences de cette crise en matière de droit d'asile. Cependant il faut noter que les cours administratives des *Länder* ont l'habitude de se référer aux arrêts des autres cours ; il y a donc une concertation jurisprudentielle relativement efficace.

2. Les voies de recours constitutionnels

Il faut noter qu'à côté des tribunaux administratifs il y a aussi la justice constitutionnelle qui exerce un contrôle juridictionnel sur tous les pouvoirs publics en Allemagne. D'un côté, il y a la Cour constitutionnelle fédérale. Chacun a le droit de s'adresser à celle-ci s'il s'estime violé dans ses droits constitutionnels (art. 93 al. 1^{er} n° 4a LF). Cependant cette cour n'a annulé que très peu de décisions administratives individuelles¹⁴, aucun règlement, aucune loi. Par contre il y a certaines cours constitutionnelles des *Länder* qui ne peuvent que contrôler les pouvoirs publics du *Land* respectif et qui, en ce qui concerne la lutte contre le COVID-19, se sont montrées parfois bien plus sévères. Cela peut étonner car d'habitude ces cours ne jouent qu'un rôle bien limité dans le système juridique allemand. En effet peu de leurs décisions importent au-delà des frontières du *Land* respectif. En outre, comme les droits fondamentaux garantis par la Loi fondamentale s'appliquent aussi aux pouvoirs des *Länder*, comme la Cour constitutionnelle fédérale protège donc aussi les droits fondamentaux des *Länder* aux droits fondamentaux, la plupart des *Länder* ont bien limité l'accès aux cours constitutionnelles des *Länder* en matière des droits fondamentaux.

Mais certains *Länder* sont plutôt généreux en la matière. En outre, Dans certains dans lesquels l'AfD, le parti d'extrême droite, est représenté de manière assez forte dans le parlement (*Landtag*) et peut demander un contrôle abstrait d'une norme, c'est-à-dire en l'espèce d'un règlement, par la cour constitutionnelle du *Land*. Concrètement deux cours constitutionnelles de *Länder* ont annulé certains règlements. les diverses cours constitutionnelles diverses sont indépendantes les unes des autres, en principe il n'y a pas de voie juridictionnelle qui va d'une cour à l'autre.

13 BVerfGE 129, 1 (21 ss.) ; T. HOCHMANN, in A. GAILLET *et al.* (*supra* note 3), pt. 707.

14 Pour des exemples v. *infra* note 39 et 40.

3. *Les standards matériels dans le cadre du contrôle des règlements*

En ce qui concerne les standards matériels il y a certes une grande différence entre les tribunaux administratifs et les cours constitutionnelles : ces dernières sont limitées à un contrôle constitutionnel. Cependant dû au fort degré de constitutionnalisation du droit ordinaire dans le cadre du contrôle des mesures prises pour lutter contre le virus, même les tribunaux administratifs se sont référés surtout au droit constitutionnel. Il faut en outre rappeler que, dans cette matière, seules certaines décisions de certaines cours constitutionnelles ont été rendues au principal. Or dans le cadre de décisions de référé, l'examen en droit et en fait est moins profond que d'habitude. Ainsi il y a un certain nombre de décisions dans lesquelles les juges ont émis des doutes en ce qui concerne la légalité d'un règlement, mais finalement rejeté le recours parce que vu l'importance de la lutte contre le virus ils ont jugé que les droits invoqués par les requérants étaient d'un poids moins important¹⁵.

La base légale

Concrètement, presque tous les cours ont accepté les dispositions mentionnées en haut – article 28¹⁶, puis article 28a – de la loi contre les infections comme base légale suffisante. Cependant, certaines cours ont émis des doutes¹⁷. Mais deux cours constitutionnelles ont vraiment considéré que pour certaines mesures prises la base légale n'a pas suffi : cela furent les cours constitutionnelles de la Sarre et de Saxe-Anhalt. La première a considéré dans une décision de référé du 28.8.2020¹⁸ que l'article 28 ne représentait pas une base suffisamment précise pour les règles obligeant les clients des restaurants à donner leurs noms et leurs adresses à ceux-ci afin de permettre le suivi des contacts.

La cour de Saxe-Anhalt a considéré dans un arrêt du 26 mars 2021¹⁹ que pour un règlement adopté au mois de septembre 2020 la base légale – ledit article 28 – n'était pas suffisante pour justifier toutes les mesures prises. Concrètement, elle a considéré que la disposition en question permet certes de mesures à l'encontre de certaines personnes présentant un risque spécifique, mais ne permet pas de mesures qui valent à l'encontre de tous telles que les règles pour la limitation de rencontres privées. En plus, certaines mesures ne correspondaient pas aux exigences prévues dans la loi : des rencontres privées interdites par le règlement ne sont pas des réunions au sens de la loi, la fermeture des hôtels et des restaurants n'était pas prévue par la loi à la différence de la fermeture d'autres établissements. Certes, la cour a souligné qu'au début, la crise présentait un caractère tout à fait nouveau et aurait pu permettre de considérer la législation comme suffisamment précise, mais comme le législateur fédéral a modifié la loi fédérale déjà à la fin du mois de mars on n'aurait pas pu attendre jusqu'au mois de novembre pour préciser l'habilitation en question. Mais finalement, cette

15 Cour d'appel administrative (CAA) de Basse-Saxe, décision du 24-03-2021, 13 MN 145/21, pts. 92 ss (malgré certains doutes, pts. 39 ss.).

16 CAA de Rhénanie du Nord-Westphalie, décision du 6-04-2020, 13 B 398/20.NE, pts. 36 ff. ; CAA de Hesse, décision du 7-4-2020, 8 B 892/20.N, pts 34 ss. ; CAA de la Sarre, décision du 22-4-2020, 2 B 128/20, pts. 13 ss. ; CAA de Thuringe, décision du 3-07-2020, 3 EN 391/20, 38 ss. ; CAA de Rhénanie-Palatinat, décision du 9-11-2020, 6 B 11345/20, pts. 8 ss.

17 CAA de Bavière, décision du 29-10-2020, 20 NE 20.2360, pts. 28 ss. ; CAA de Bade-Wurtemberg, décision du 5-11-2020, 1 S 3405/20, pts. 21 ss. ; CAA de Saxe-Anhalt, décision du 27-11-2020, 3 R 226/20, pt. 20.

18 Décision Lv 15/20.

19 Arrêt LVerfG 52/20, pts 63 s.

décision a été rendue bien après l'expiration de la validité de ce règlement et après une nouvelle législation fédérale qui a justement remédié aux problèmes signalés par la cour. Cette décision a donc peut-être des conséquences financières – l'illégalité d'un règlement peut conduire le cas échéant à une responsabilité de l'État, mais c'est tout.

Finalement, il faut noter aussi que l'argument standard de l'administration pour justifier la grande ampleur des mesures – le manque de connaissance en ce qui concerne les voies de la propagation du virus et l'utilité des différentes mesures – a été critiqué de manière bien claire dans une décision de la Cour d'appel de Basse-Saxe du 19.3.2021 qui a exigé qu'il faut faire des recherches²⁰ même si à la fin elle a accepté les mesures en question à cause de l'importance de lutter de manière efficace contre le virus²¹.

La clarté et la précision des normes

Comme en France, le principe de l'État de droit exige que toutes les normes soient rédigées de manière suffisamment claire et précise. Cependant un grand nombre de règlements a été rédigé à la hâte, ce qui a conduit la jurisprudence à annuler un certain nombre d'interdictions pour manque de clarté et de précision. Quelques exemples : La Cour constitutionnelle de Saxe-Anhalt a remarqué entre autres que l'interdiction de se rencontrer avec plus de cinq personnes revient littéralement à dire qu'une rencontre peut consister de six personnes²². Un règlement de Brême a fait dépendre l'entrée en vigueur de l'obligation de porter un masque dans les écoles d'une certaine incidence « sauf si les infections sont le résultat d'évènements hors des écoles »²³. Un règlement des Basse-Saxe avait interdit l'hébergement de personnes provenant de régions définies selon certains critères, mais sans qu'il ait été clarifié ce que voulait dire « provenant » : résidence, séjour durable, séjour court, de quelle durée²⁴ ? Un règlement de Saxe obligeait à respecter un certain standard technique en matière de tests en référence à des standards du *Robert-Koch-Institut* bien que celui-ci n'établisse pas de tels standards – c'est la mission d'une autre institution²⁵. De même, certaines règles concernant l'ampleur de fermetures de grands magasins²⁶ ou le champ d'application de certaines interdictions d'activités sportives²⁷ n'ont pas été définis de manière suffisamment claire.

Le principe de la proportionnalité

Évidemment, le principe de proportionnalité a joué un rôle important dans le contrôle des mesures prises contre la propagation du virus COVID-19. Il a même fait une certaine carrière dans le débat public. Cependant finalement la plupart des mesures ont été validées sous cet angle, notamment

20 CAA de Basse-Saxe, décision du 19-03-2021, 13 MN 114/21, pts. 42 ss.

21 *Ibid.*, pts. 61 ss.

22 Arrêt du 26-03-2021, LVerfG 52/20, avec des critiques parfois acerbes dans les pts. 77 à 80 et 90.

23 CAA de Brême, décision du 20-04-2021, 1 B 178/21, pts. 37 ss.

24 CAA de Basse-Saxe, décision du 15-10-2020, 13 MN 371/20, pt 37.

25 CAA de Saxe, 30-03-2021, 3 B 83/21, pts 56 ss.

26 CAA de Saxe, décision du 12-05-2020, 3 B 177/20, pts. 12 ss. ; CAA de Bade-Wurtemberg, décision du 5-06-2020, 1 S 1623/20, pts. 38 ss. ; CAA de Basse-Saxe, décision du 16-12-2020, 13 MN 552/20, pts. 17 s.

27 CAA de Saxe, décision du 12-04-2021, 3 C 8/20.

des restrictions en ce qui concerne les magasins et les entreprises²⁸ et même les restrictions pour les manifestations religieuses²⁹. Seules certaines mesures bien spécifiques n'ont pas été acceptées telles que les limites dans le temps pour les restaurants en Bavière de vendre des repas et des boissons³⁰ ou la fermeture de point de vente de loteries³¹. À plusieurs reprises, la justice a annulé des restrictions en ce qui concerne l'hébergement³², mais aussi la possibilité de rendre certains services érotiques³³. Très tôt, le 8 avril 2020, la Cour administrative d'appel de Mecklembourg Poméranie occidentale a considéré comme improportionnel une disposition d'un règlement interdisant la visite de certaines régions du *Land* aux personnes qui n'y habitent pas. La raison était que le choix des régions n'avait pas convaincu et qu'en conséquence du règlement dans certaines régions comme dans la ville la plus grande du *Land* (Rostock) ladite disposition aurait plutôt des effets contraires de ce qu'on a voulu parce qu'elle incite les habitants à se concentrer à la plage de cette ville³⁴. D'ailleurs, cette décision a valu au président de la chambre une interview de la BBC.

Après l'adoption de l'article 28a de la loi contre les maladies infectieuses, la jurisprudence a évidemment appliqué les exigences en matière de proportionnalité contenues dans la loi. Cela a notamment conduit à l'annulation de certains confinements nocturnes³⁵, mais aussi de certaines activités à l'extérieur³⁶.

Le principe d'égalité

La dernière norme de référence d'importance majeure en matière de contrôle a été le principe d'égalité. Il a surtout joué pour contrôler les fermetures totales ou partielles de magasins³⁷ et les interdictions de certaines activités, mais aussi la limitation de l'hébergement aux habitants du *Land*³⁸. Cependant très souvent le gouvernement respectif a « réparé » le problème de manière assez rapide en élargissant l'application de la règle la plus sévère.

28 CAA de Brême, décision du 12-05-2020, 1 B 144/20, pts. 16 ss. ; CAA de Basse-Saxe, décision du 29-06-2020, 13 MN 244/20, pts. 25 ss. ; CAA de Saxe, décision du 11-11-2020, 3 B 357/20, pts. 14 ss.

29 CAA de Hesse, décision du 7-04-2020, 8 B 892/20.N, pts. 47 s. ; CAA de Bade-Wurtemberg, décision du 18-05-2020, 1 S 1357/20, pts. 150 ss.

30 CAA de Bavière, décision du 19-06-2020, 20 NE 20.1127, pts. 40 ss.

31 CAA de Saxe-Anhalt, décision du 27-11-2020, 3 R 226/20, pts. 25 ss. ; Cour constitutionnelle de la Sarre, décision du 1-03-2021, Lv 5/21.

32 CAA des Basse-Saxe, décision du 15-10-2020, 13 MN 371/20, pts 49 ss. ; CAA de Bade-Wurtemberg, 15-10-2020, 1 S 3156/20, pts. 20 ss. En Schleswig-Holstein, c'est le principe d'égalité qui a conduit au même résultat, CAA, décision du 23-10-2020, 3 MR 47/20.

33 CAA de la Sarre, décision du 6-08-2020, 2 B 258/20, pts. 16 ss. ; v. aussi CAA de Basse-Saxe, décision du 28-08-2020, 13 MN 307/20, pts. 26 ss. ; CAA de Saxe-Anhalt, décision du 3-09-2020, 3 R 156/20, pts. 31 ss. ; CAA de Bade-Wurtemberg, décision du 10.2020, 1 S 2871/20, pts. 27 ss.

34 Décision du 8-04-2020, 2 KM 268/20 OVG.

35 CAA de Bade-Wurtemberg, décision du 5-02-2021, 1 S 321/21, pts. 37 ss. ; CAA de Basse Saxe, décision du 6-04-2021, 13 ME 166/21, pts. 25 ss.

36 Pour la fermeture annulée d'une installation de minigolf v. CAA de Basse-Saxe, décision du 16-04-2021, 13 M 157/21, pts. 21 ss.

37 CAA de Basse-Saxe, décision du 3-03-2021, 13 MN 67/21, pts. 23 ss. ; CAA de Bavière, décision du 27.04.2020, 10 NE 20.793, pts. 32 ss. V. aussi les nombreuses références de jurisprudence divergente dans la décision de la Cour constitutionnelle fédérale du 20-05-2021, 1 BvR 968/21, pt. 10.

38 CAA de Basse-Saxe, décision du 18-05-2021, 13 MN 260/21, pts. 40 ss.

4. *Contrôle de mesures individuelles*

En ce qui concerne les mesures individuelles, une grande partie des recours a concerné des refus d'autorisation de rassemblements protégés par l'article 8 LF³⁹ et de cérémonies religieuses protégées par l'article 4 LF⁴⁰. Si un certain nombre de tels recours a été couronné de succès, cela est surtout au dû fait que l'administration responsable de la mesure individuelle n'a pas utilisé pleinement sa compétence, qu'elle a refusé une autorisation par principe dans des situations où le cadre juridique aurait tout de même permis une autorisation sous condition.

III. **Rendre compte de la décision politique**

A. **Compte rendu devant le parlement**

Dans les parlements, il y a eu régulièrement des débats autour de la politique à poursuivre dans le cadre de lutte contre le virus COVID-19. Ceux-ci ont eu lieu régulièrement au niveau fédéral après les conférences des ministres-présidents pour expliquer et critiquer les mesures prises ; de même, le renouvellement ou la modification de tel ou tel règlement au niveau des *Länder* a provoqué des discussions au sein du parlement respectif.

B. **Compte rendu devant le public**

Les divers gouvernements ont rendu compte régulièrement dans le cadre de conférences de presse qui ont donné d'abord la possibilité pour les gouvernements d'expliquer les mesures prises et ensuite l'occasion pour les journalistes de poser des questions. Les décisions prises par la conférence des ministres-présidents avec la chancelière ont été expliquées par celle-ci et par deux ministres-présidents venant pour l'un de la droite et pour l'autre de la gauche. Régulièrement, tous les trois ne se sont pas contentés d'annoncer tel ou tel résultat, mais de parler aussi des diverses discussions, des alternatives qui n'avaient pas été retenues pour telle ou telle raison, etc. Ensuite, la presse avait la possibilité de poser des questions.

En outre, divers hommes et femmes politiques tout comme des experts scientifiques se sont exprimés devant la télévision, soit dans des interviews, soit dans le cadre d'un « *talk-show* ». Ce format consiste en une discussion d'environ une heure entre quatre à six invités venant soit de la politique, soit de la société civile et animée par un journaliste. Presque toutes les chaînes de télévision en offrent régulièrement. De ce fait, il y a presque tous les soirs de tels « *talk-shows* ». Et puis il faut prendre en considération que les gouvernements fédéraux reposent toujours sur une coalition de plusieurs partis ; à cela s'ajoutent les 16 gouvernements des *Länder* pour lesquels cela vaut aussi dans la plupart des cas – actuellement même pour tous les gouvernements. Ainsi le nombre d'acteurs exerçant un certain pouvoir politique est beaucoup plus élevé qu'en France, ce qui influence aussi la

39 Tribunal administratif de Schwerin, décisions du 14-04-2020, 15 B 486/20 SN et 15 B 467/20 SN ; Cour constitutionnelle fédérale, décision du 15-04-2020, 1 BvR 828/20 ; CAA de la Bavière, décision 11-09-2020, 10 CS 20.2064.

40 Cour constitutionnelle fédérale, décision du 29-04-2020, 1 BvQ 44/20.

nature du débat politique : tous les partis politiques représentés au *Bundestag* mis à part l'AfD, parti d'extrême droite, exercent donc quelque part une responsabilité ministérielle.

C. Compte rendu devant la justice

Un débat sur la question de savoir si les membres des divers gouvernements doivent rendre compte de leur politique devant la justice, tel qu'il existe en France, n'a pas lieu en Allemagne. Certes, on sait que certaines fautes ont été commises : la sous-estimation de l'importance des masques au début de la crise, l'incapacité de protéger les personnes vivant dans un EHPAD qui s'est montré surtout en automne et en hiver 2020/2021, le retard en ce qui concerne les fermetures des magasins en automne 2020, etc. Mais en principe, presque personne ne doute que tout le monde a agi selon sa conscience et qu'on a eu affaire à un phénomène extraordinaire que personne n'avait prévu, qu'il fallait donc agir dans une grande incertitude. Ainsi, au mois d'avril 2020 déjà, le ministre de la Santé a dit publiquement qu'à la fin de la pandémie « nous devrions nous pardonner beaucoup » (« *wir werden wir uns alle viel verzeihen müssen* »).

D'ailleurs, il ne faut pas oublier le fait déjà mentionné qu'en raison de la structure fédérale de l'Allemagne, presque tous les partis représentés au *Bundestag* exercent aussi quelque part une responsabilité ministérielle, pour la plupart, même une fois au moins en la forme d'un chef de gouvernement. Ainsi personne ne peut se dérober de toute responsabilité propre.

En ce qui concerne la responsabilité pénale des hommes politiques, il faut noter d'abord qu'en Allemagne, il n'existe pas d'organisme spécial tel que la Cour de justice de la République prévue à l'article 68-2 de la Constitution française. Il revient donc à la justice ordinaire de s'en occuper, au cas où il s'agit d'un membre d'un Parlement après la levée de l'immunité parlementaire de l'intéressé par le Parlement. Concrètement, la justice n'est intervenue en matière de la lutte contre le COVID-19 que dans certains cas très particuliers : la tentative de certains députés au *Bundestag* ou à un *Landtag* d'obtenir une provision dans le cadre d'un achat de masque par les autorités publiques qu'ils ont aidé à arranger.

Conclusion

Pour conclure, on peut constater qu'à la différence de la France toutes les décisions en matière de lutte contre le virus COVID-19 ont été prises dans un cadre pluraliste : sur le plan politique, c'est le fédéralisme qui a déterminé les débats et – indépendamment de ce fait – sur le plan juridique, la protection juridictionnelle en référé ne donne aucun accès à la Cour fédérale administrative. Ce sont donc les gouvernements des *Länder* qui ont édicté les normes concrètes en concertation et les cours d'appel administratives des *Länder* qui ont déterminé le discours juridique. Ces décisions étatiques ont été accompagnées par des débats publics réguliers entre dirigeants politiques, experts scientifiques et représentants de la société civile.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	7
<i>Estelle BROSSET, THIERRY SERGE RENOUX, ÈVE TRUILHÉ, ARIANE VIDAL-NAQUET</i>	
PARTIE 1	
ASSUMER LA DÉCISION PUBLIQUE	
LA RELATION EXPERTS-POLITIQUES À L'ÉPREUVE DE LA CRISE SANITAIRE	13
<i>Valentine DELCROIX</i>	
I. L'urgence comme cadre de la décision entre experts et politiques .	14
A. Le processus de décision remodelé par l'urgence	14
1. <i>Des temporalités à coordonner</i>	15
2. <i>L'institutionnalisation précipitée du Conseil scientifique Covid-19</i> .	17
B. Des mesures dictées par l'urgence	19
1. <i>Une obligation d'agir</i>	19
2. <i>Des mesures temporalisées</i>	21
II. L'incertitude comme déterminant des rapports entre expertises et décisions	23
A. La recherche d'une source de légitimation	24
1. <i>Des risques bidimensionnels</i>	24
2. <i>Un consensus comme source de légitimation</i>	25
B. La recherche de la confiance	27
1. <i>L'influence de la communication sur les risques</i>	28
2. <i>La Défiance dans le processus d'analyse des risques</i>	30

L'ARTICULATION ENTRE DÉCISION POLITIQUE ET EXPERTISE SCIENTIFIQUE FACE À L'ÉPIDÉMIE COVID-19 : L'EXEMPLE TUNISIEN	35
<i>Amel NJEHI</i>	
Introduction	35
I. Le recours à l'expertise, une étape incontournable dans la construction de l'action publique et dans la prise de décision	39
A. La nécessité de l'expertise dans le processus politique.....	39
B. L'institution d'un Comité scientifique de lutte contre le COVID-19..	41
II. Les liens entre le Comité scientifique et le pouvoir exécutif	42
A. Les jugements envers le Comité scientifique : un nouveau pouvoir médical dépourvu de légitimité démocratique.....	42
B. La décision ne peut appartenir qu'aux politiques et en démocratie aux représentants du peuple	44
LE POLITIQUE SOUS TUTELLE JURIDICTIONNELLE AU TEMPS DE LA COVID-19	45
INACTION CARENTIELLE DE L'ÉTAT ET PROTECTION DES POPULATIONS VULNÉRABLES (AMÉRIQUE DU SUD)	
<i>Franck LAFFAILLE</i>	
I. Obligation positive de l'État et protection spécifique des patients handicapés mentaux	47
II. Obligation positive de l'État et protection spécifique des personnes âgées	50
III. Obligation positive de l'État et protection spécifique des communautés indigènes	52
PARTIE 2	
CONTRÔLER LA DÉCISION PUBLIQUE	
L'EXERCICE DU CONTRÔLE PARLEMENTAIRE DURANT LA CRISE SANITAIRE DE LA COVID-19	59
<i>Chloë GEYNET-DUSSAUZE</i>	
I. L'adaptation constante du contrôle parlementaire	62
A. Le recours immédiat aux moyens traditionnels de contrôle parlementaire.....	62
B. Le déclenchement réfléchi des moyens exceptionnels de contrôle parlementaire.....	67

II. La multiplication des limites imposées au contrôle parlementaire	71
A. La restriction forcée de l'information du Parlement	72
B. Les tentatives croissantes d'affaiblissement du contrôle parlementaire par le président de la République	76
QUELLE PLACE POUR LES CITOYENS DANS LE CONTRÔLE DES MESURES PRISES DURANT LA CRISE SANITAIRE ?	81
Marthe FATIN-ROUGE STEFANINI	
I. Des mécanismes de vigilance de faible portée dans une démocratie représentative	83
A. La liberté de critiquer et de manifester : le degré minimum de vigilance citoyenne dans une démocratie	84
B. La saisine du défenseur des droits : la vigilance citoyenne médiatisée	85
C. Le droit de pétition : un mécanisme de faible portée	86
II. Des mécanismes plus contraignants mais peu adaptés à l'urgence dans une démocratie semi-directe	91
A. L'initiative populaire : s'opposer en proposant	92
B. Le référendum : contrôler en s'opposant	94
C. La révocation populaire : contrôler en interrogeant la légitimité politique des gouvernants	97
III. La participation des citoyens à l'élaboration de la norme sur le long terme : une manière d'anticiper le contrôle ?	98
A. La « démocratie sanitaire » : une forme de concertation non mobilisée pendant la crise	98
B. De timides initiatives participatives ou délibératives en France pour répondre à la crise sanitaire	100
C. Des expériences de co-construction et d'évaluation des mesures sanitaires par les citoyens : pour un contrôle avant, pendant et après la crise	103
LA PROPORTIONNALITÉ COMME CRITÈRE DE LA RÉGULARITÉ DE LA DÉCISION PUBLIQUE DANS LE CADRE DE L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE	109
UNE NOUVELLE « SCIENCE » ADMINISTRATIVE ?	
Afroditi MARKETOU	
I. L'échec de la proportionnalité comme principe protecteur des libertés	110
II. La proportionnalité, vecteur d'une nouvelle « science » administrative	115

PARTIE 3

RENDRE COMPTE DE LA DÉCISION PUBLIQUE

RESPONSABLE, MAIS PAS COUPABLE : MAXIME DU RÉGIME POLITIQUE FRANÇAIS ?	121
À PROPOS DE LA PÉNALISATION MALVENUE DE LA GESTION GOUVERNEMENTALE DE LA CRISE SANITAIRE	
<i>Julien PADOVANI</i>	
I. <i>Responsable mais pas coupable : une devise du régime parlementaire revivifiée par la crise</i>	124
A. Une pénalisation de la responsabilité politique vouée à l'échec ...	124
B. Une pénalisation de la responsabilité politique illégitime	127
II. <i>Responsable mais pas coupable : la crise comme occasion d'un renouveau démocratique</i>	129
A. Le constat d'une responsabilité figée à la source du déport de la responsabilité	129
B. La nécessité d'une responsabilisation politique renforcée.....	133
LA RESPONSABILITÉ PÉNALO-POLITIQUE DES GOUVERNANTS EN CAS DE CRISE SANITAIRE : MYTHE OU DÉFI ?	
<i>Dominique VIRIOT-BARRIAL</i>	
I. Les fondements infractionnels controversés de la responsabilité des gouvernants liée à la crise Covid devant la CJR	141
A. La non-intention, vecteur paradoxal d'une responsabilité pénale liée aux crises sanitaires devant la CJR	141
B. L'intention, vecteur réfuté d'une responsabilité pénale liée aux crises sanitaires devant la CJR	144
II. L'avenir controversé de la CJR en matière de crise sanitaire	147
A. L'inadaptation de la CJR face aux crises sanitaires	147
B. L'émergence nécessaire d'une responsabilité autonome des gouvernants liée aux crises sanitaires.....	149
COVID-19 ET DROIT DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE	
<i>Tiphaine DEMARIA</i>	
I. L'engagement de la responsabilité internationale	155
II. Les conséquences de la responsabilité internationale	158
III. La mise en œuvre de la responsabilité internationale	162
Conclusion	164

LA CONTRIBUTION DU DEVOIR DE DILIGENCE DUE À L'ÉMERGENCE DE L'OBLIGATION INTERNATIONALE DE PROTECTION ENVIRONNEMENTALE	165
<i>Pauline MILON</i>	
I. La diligence due au service de la reconnaissance de l'obligation de moyens renforcée de protection de l'environnement	167
A. La contribution du <i>principe</i> de diligence due à l'élaboration de l'obligation internationale de protection de l'environnement .	168
B. L'influence du <i>standard</i> de la diligence due sur la typologie de l'obligation internationale de protection de l'environnement .	170
II. La diligence due au service de la reconnaissance d'une responsabilité collective en matière de protection de l'environnement	173
A. L'apport de la causalité inclusive à la collectivisation de la responsabilité	174
B. L'apport de la réparation <i>in solidum</i> à la collectivisation de la responsabilité	179
LA LUTTE CONTRE LA CRISE SANITAIRE EN ALLEMAGNE	183
<i>Claus DIETER CLASSEN</i>	
Introduction	183
I. Assumer la décision politique	183
A. Le cadre légal des décisions	184
B. Le rôle de la science	187
II. Contrôler la décision politique	187
A. Contrôle parlementaire	187
B. Contrôle juridictionnel	188
1. <i>Les voies de recours administratives</i>	188
2. <i>Les voies de recours constitutionnels</i>	189
3. <i>Les standards matériels dans le cadre du contrôle des règlements</i> . <i>La base légale</i>	190
<i>La clarté et la précision des normes</i>	191
<i>Le principe de la proportionnalité</i>	191
<i>Le principe d'égalité</i>	192
4. <i>Contrôle de mesures individuelles</i>	193

III. Rendre compte de la décision politique	193
A. Compte rendu devant le parlement.....	193
B. Compte rendu devant le public.....	193
C. Compte rendu devant la justice	194
Conclusion	194