

Prof. Dr. Julien Dubarry, LL.M.

Lehrstuhl für französisches Zivilrecht

Universität des Saarlandes
Campus B4.1 – Zi.-Nr. 2.48
D-66123 Saarbrücken

Tel.: +49 (0)6 81 302-2125
Fax: +49 (0)6 81 302-4332

lehrstuhl.dubarry@uni-saarland.de
www.uni-saarland.de/lehrstuhl/dubarry.html

Datum **02.11.20**

Ce que l'importance accordée respectivement à la médecine et au droit en France dit de notre conception du monde

« *Je respecterai toutes les personnes [...]. J'interviendrai pour les protéger si elles sont affaiblies, vulnérables ou menacées dans leur intégrité ou leur dignité* ». Voilà une partie du serment qu'ont prêté les principaux invités des plateaux télévisés et de radiodiffusion ainsi que la plupart des membres du conseil scientifique institué par la Présidence de la République française. Que nous enseigne donc Hippocrate ? Que l'exercice de la médecine vise à préserver la vie humaine, c'est-à-dire chaque individu. La pandémie actuelle ayant potentiellement des conséquences graves sur la santé et provoquant de nombreux décès, il est nécessaire que la médecine s'en saisisse. Mais est-il légitime que des considérations médicales déterminent l'action publique à tel point que tous les autres paramètres, et notamment les exigences juridiques posées pour l'organisation d'une vie en société paisible, soient relégués au rang de faire-valoir ?

La durée de cette épidémie et son rebond font qu'à ce jour, les mesures prises à la fois pour tenter d'endiguer sa progression et surtout réguler le système de soin vont avoir des conséquences tragiques pour beaucoup d'entreprises mais aussi un lourd impact sur la qualité de la formation scolaire et universitaire des élèves et étudiants actuels. Qu'on le veuille ou non, beaucoup de l'argent injecté pour tenter de garder les très petites, petites et moyennes entreprises sous perfusion se révélera perdu lorsque celles-ci déposeront le bilan, et l'enseignement à distance, n'en déplaise aux thuriféraires du numérique, n'a rien de comparable à l'enseignement en présentiel. On ne parlera même pas des professionnels qui passeront entre les mailles des dispositifs d'aide et sont d'ores et déjà condamnés.

Chacun est conscient que cette crise fera de nombreuses victimes sans cependant mettre en péril l'existence même de l'humanité. Mais personne ne veut être sacrifié pour autant ni accepte que des proches le soient. L'équilibre trouvé a donc été de préférer la vie humaine aux entités et enjeux plus abstraits car parfois plus lointains. Pour cette raison, la médecine a, assez naturellement pris une place centrale dans le débat : la personne humaine, chacun de nous, veut survivre. Mais l'indifférence aux conséquences attendues des mesures restrictives prises par le Gouvernement français, assez générale au printemps dernier, a fait émerger un constat inquiétant.

L'avenir n'importe plus.

Dans les temps heureux, il est de bon ton de s'interroger sur le monde que nous entendons laisser à nos enfants, les valeurs que nous leur transmettons et de faire de ces considérations des déterminants politiques. Mais l'épidémie montre que face à une crise majeure qui menace chacun dans son existence, l'important est de nous sauver individuellement. Car nul n'en doute, il faudra financer demain les aides massives octroyées aujourd'hui et dont le caractère salubre est loin d'être prouvé : mais la décision sera prise par un autre Gouvernement et son poids assumé par nos enfants. Affectant le sentiment de survie le plus égoïste de chacun, le virus a recentré la décision politique *hic et nunc* : ce sera sans doute son effet le plus fatal à moyen terme, que le pangolin – peut-être bouc émissaire – n'aura même pas à assumer puisqu'il nous dirait avec raison que rien ne nous obligeait à adopter une législation virale ou à s'en faire les complices.

Peut-on encore réagir et surtout, le veut-on ?

Nul ne sait s'il est encore temps. Seul l'avenir le dira, si nous décidons d'adopter une autre approche. La manière, elle, s'impose. Si les mesures prises visent à assurer la protection actuelle de l'individu, elles se soucient peu de l'ancrage du groupe dans le temps, c'est-à-dire de la société. Or, il est un instrument technique qui vise à assurer la cohabitation paisible d'individus dans le temps en posant des règles d'organisation sociale : le droit. C'est donc par une meilleure prise en compte des règles de droit existantes que passe la recherche du « juste équilibre » évoqué par le Président de la République française lors de son allocution du 28 novembre 2020.

Schématiquement, le fonctionnement de l'ordre juridique est assez simpliste : des règles peuvent encadrer une liberté pour autant que des règles supérieures garantissant une parcelle irréductible de liberté individuelle à chacun ne s'y oppose pas. S'il en va ainsi, c'est que l'existence d'un degré

minimum de liberté est la condition *sine qua non* d'une cohabitation paisible et d'une économie prospère. Mais, en ménageant un champ de liberté individuelle hors de portée de l'action étatique coercitive, on laisse sciemment se dessiner une zone de risque que chacun doit assumer. Tant qu'aucun risque ne se manifeste, le bilan bénéfique/risque du respect des libertés individuelles mises au service de la vie en société est exclusivement bénéficiaire. Mais lorsqu'un risque existentiel comme la pandémie se concrétise, voici qu'il apparaît que peu d'entre nous sont prêts à le prendre.

Évidemment, un motif altruiste est brandi : il faut protéger les personnes âgées ou vulnérables. Mais leur a-t-on demandé leur avis ? Est-on certain qu'informées des intérêts en présence, ces personnes réclameraient la protection de l'État ? C'est possible, mais ce n'est pas certain. En toute hypothèse, le discours politiquement correct est de renier des libertés chèrement conquises pour, espère-t-on sans pouvoir en être certain, davantage de sécurité et de fluidité dans le service hospitalier.

Accepter le risque existentiel induit par la dangerosité du virus et la politique antérieure de gestion du système de santé et tenter de sauver ce qui peut l'être en renonçant à prendre des mesures liberticides voire en les combattant, ou refuser ce risque existentiel au prix d'une indifférence à ce que le monde de demain sera : voilà le dilemme face auquel nous nous trouvons collectivement et individuellement à la fois.

Notre positionnement actuel sur cette épidémie rapporté au fait que nous ne pouvons ignorer avoir individuellement vocation à disparaître, révèle-t-il autre chose qu'un profond nihilisme comme marqueur philosophique de notre société et comme principe directeur de l'action publique ? Il ne faut pas se le cacher : l'individu passe mais la société demeure tant que ses murs porteurs que sont l'économie, l'éducation et la culture ne sont pas menacés. Lorsqu'ils sont attaqués, la société est affaiblie et devient également plus vulnérable à d'autres menaces extérieures. Ne faut-il pas, dans ces instants, préférer assurer son ancrage et sa survie à celle de certains de ses membres, éphémères par nature et non indispensables, quel que soit leur âge ou statut, à son fonctionnement ?

Le cas échéant, l'application rigoureuse du droit existant, en particulier en ce qu'il doit assurer la proportionnalité des mesures restrictives de liberté suffit à y pourvoir. Il y a deux façons d'exercer ce contrôle : soit au stade de la prise de la décision politique, soit au stade de son contrôle.

Au stade de la prise de décision, le débat au Parlement doit en principe y pourvoir. Au cas présent, ce contrôle n'est pas possible pour deux raisons : la première étant que l'exécutif annonce les mesures publiquement avant de les discuter au Parlement, ce qui est une démarche curieuse et peu respectueuse des institutions, la seconde étant que le Parlement a autorisé très généralement l'exécutif à prendre des mesures coercitives variées directement par ordonnance, refusant donc d'exercer le contrôle de proportionnalité pour chaque mesure prise.

Il reste que la décision politique peut être contrôlée en aval lorsqu'un justiciable est directement affectée par elle : un juge peut alors être saisi, le plus souvent un juge administratif. Lui aussi doit exercer ce contrôle de proportionnalité. Cette tâche est doublement ardue. D'une part, parce qu'elle renvoie indirectement à un contrôle de la décision politique, une telle vérification suppose du magistrat un véritable courage politique. D'autre part parce que le juge placé au sommet de la juridiction administrative est historiquement à la fois juge de l'action de l'administration et conseiller du Gouvernement, ce qui, en dépit d'une distinction de ces deux fonctions, peut faire suspecter un trouble jeu.

A ce jour, le juge administratif ne s'est guère montré soucieux d'affirmer la protection des libertés individuelles contre l'État ; d'autres magistrats, administratifs ou constitutionnels, se sont montrés moins timides, notamment en Allemagne. Reconnaisant une marge de manœuvre à l'exécutif dans sa prise de décision, ils estiment que plus la mesure coercitive dure et ses effets se font sentir, plus la justification de sa nécessité, de son efficacité et de sa proportionnalité doivent être incontestables, exerçant également un contrôle de cohérence des mesures entre elles qui se résout toujours au détriment de la plus invasive.

Dans une configuration politique qui ne permet pas le contrôle de proportionnalité lors de la prise de décision, il faut plus que jamais rappeler à nos juges la responsabilité qu'ils ont. Dans la décision par laquelle la Cour constitutionnelle sarroise avait déclaré inconstitutionnelles des mesures de confinement, le Président Rixecker avait déclaré « *nous avons rendu aux citoyens un peu de leur liberté* ».

Il faut aussi et surtout leur dire l'espoir que nous plaçons en eux pour exercer effectivement, et non seulement en façade, un contrôle effectif de la conciliation des intérêts en présence.

Un mouvement de contestation s'amorce cet automne par l'édiction d'arrêtés municipaux, autorisant notamment l'ouverture de commerces non essentiels à la vie quotidienne, contredisant des actes réglementaires à portée nationale qui ordonnent leur fermeture, laissent les géants de la distribution tirer leur épingle du jeu. Formellement, les actes des édiles méconnaissent la hiérarchie des normes et devraient être jugés illégaux, sauf si le juge accepte de voir dans cette distorsion des règles de concurrence une incohérence des mesures permettant de retoquer les plus restrictives. Quoi qu'il en soit, cette démarche marque une volonté de faire bouger les lignes, et peut-être une prise de conscience progressive qu'en persistant dans de telles mesures, la société française signe sa propre fin.

Il est vrai, pourrait-on rétorquer, que la nature ayant horreur du vide, toute fin appelle un nouveau début.

Un esprit vicieux pourrait même penser que cette crise est le prétexte idéal pour changer de modèle de société, et opter pour des relations virtuelles et déshumanisées. N'est-ce pas d'ailleurs à ce paroxysme qu'aboutit la médecine lorsque certains de ceux qui l'exercent incitent à ne pas rendre visite aux parents ou alliés hébergés dans des établissements spécialisés pour les fêtes de fin d'année, voire, plus largement, à demander à ce que les relations privées des personnes soient régies par des règles coercitives posées par l'État afin d'éviter le maximum de contacts ? Il faut à ce stade rappeler que l'exercice de la médecine n'est pas censé être insensible à des considérations de cet ordre. Rappelons Hippocrate : « *Même sous la contrainte, je ne ferai pas usage de mes connaissances contre les lois de l'humanité* ». La première des lois de l'humanité n'est-elle pas d'accepter le risque de mourir ? Agir avec humanité, n'est-ce pas aussi avoir l'humilité de ne pas instrumentaliser la médecine pour lui assigner un but politique ? Qu'il en va partiellement ainsi actuellement est aisément perceptible : la seule institution *ad hoc* d'un conseil scientifique composé de membres nommés par la volonté du Prince suffit à en convaincre ; les batailles d'*ego* dont les médias se font l'écho ne font pas une impression différente.

Beaucoup d'éléments convergent, dans cette crise, pour donner une piètre image de nous. Pour la rétablir, il suffirait de faire confiance aux règles qui ont été élaborées depuis 1789 jusqu'à nos jours : elles sont assez souples pour assurer la conciliation des intérêts individuels et collectifs, et des intérêts économiques, sociaux, culturels et sanitaires. La médecine y aurait sa place aux côtés des autres sciences, sans supériorité ni infériorité. Où l'on voit le danger qu'il y a à se détourner de l'État de droit dans des périodes critiques, puisque lui seul a vocation à éviter qu'une conception du monde

puisse l'emporter sur les autres au seul motif que certains obstacles institutionnels ont été légalement contournés pour y parvenir.

Rendre la liberté nécessaire au fonctionnement de la société et à son développement dans le temps ou avaliser des mesures aux effets dévastateurs sans garantie d'un résultat qui soit plus digne d'être atteint que les intérêts sacrifiés sont dignes d'être protégés, c'est l'alternative sur laquelle chacun doit se positionner.

De nos choix ou de notre passivité, nous serons tous et chacun comptables devant les générations futures.

*