

<https://www.pressegauche.org/Crise-sanitaire-et-crise-democratique-Les-circonstances-exceptionnelles-1-5>



Crise sanitaire et crise démocratique. Les circonstances exceptionnelles

(1/5)



- International - Le Monde -
Date de mise en ligne : mardi 21 avril 2020

Copyright © Presse-toi à gauche ! - Tous droits réservés

La crise sanitaire aggrave celle de la démocratie. On a vu pourquoi dans le précédent billet présentant la "série". On va voir comment l'urgence a conduit à une "théorie des circonstances exceptionnelles" qui s'est installée en France pour justifier les dérogations à l'Etat de droit.

Tiré du [blogue de l'auteur](#).

Retrouvez ici le [billet d'introduction](#) à ce feuilleton en cinq épisodes.

A s'en tenir au droit, l'Etat d'urgence est défini et régi par la loi du 3 avril 1955. Mais il procède d'une assez longue histoire.

Après la révolution, c'est la Constitution de 1795, (« oeuvre de la peur » selon Pierre Gaxotte, c'est dire !) qui inscrit à son article 145 la possibilité pour le Directoire de prendre des mesures attentatoires aux libertés individuelles « s'il se trame quelque conspiration contre la sûreté de l'Etat ». Au lendemain du coup d'Etat du 18 Brumaire, Bonaparte reprend la même justification dans la Constitution de l'An VIII (art. 92) en l'étendant à la suspension provisoire de « l'empire de la Constitution ».

A la fin de la décennie révolutionnaire, il apparaît donc clairement que les régimes réactionnaires ou conservateurs voient l'Etat de droit dont ils héritent comme une forme capable d'intégrer des soustractions aux principes de celui-ci. Cette prise en compte de l'urgence restera longtemps un impensé des républicains qui n'imaginent l'Etat que comme le garant des droits civils et politiques dans le cadre d'une séparation des pouvoirs.

En 1914, la guerre les prend au dépourvu (au moins autant qu'aujourd'hui le virus Covid-19). Le gouvernement et le parlement, alors tout puissant, de la III^e République n'avaient pas imaginé l'introduction durable du conflit militaire dans le fonctionnement régulier de l'Etat. La loi sur l'état de siège du 3 avril 1878, indexée sur la Commune, est inadéquate à la guerre prolongée qui vient d'éclater (elle est toujours là, à l'article 36 de la Constitution de 1958 sans doute parce qu'elle permet un transfert de compétences de l'autorité civile à l'autorité militaire, on ne sait jamais).

Durant les quatre années de ce conflit, vont se multiplier des dérogations au droit en vigueur au motif que « nécessité n'a pas de loi ». Le spectre est vaste : depuis la reconnaissance d'une nouvelle catégorie d'agents publics, les « fonctionnaires de fait » qui sans avoir été régulièrement nommés, échappent aux obligations de ces personnels, mais voient leurs décisions produire des effets juridiques valables ; jusqu'à une production juridique inédite très étendue en matière économique (le consortium, les comités consultatifs d'action économique...) qui mettent au service des entreprises privées la puissance régaliennne de l'administration.

Le Conseil d'Etat rendra une décision restée célèbre (28 juin 1918, Heyriès) par laquelle il admet qu'en période de guerre la « puissance publique » dispose de pouvoirs exceptionnellement étendus afin d'assurer la continuité des services publics. L'administration peut s'affranchir des règles habituelles de compétences et de formes mais aussi du respect des principes de fond. C'est lui et lui seul (le juge administratif, une singularité napoléonienne bien française) qui contrôle ces mesures. Cette décision est la matrice de l'article 16 de la Constitution de la V^e République.

Les juristes orchestrent ce tournant. André Hauriou, figure majeure de la « doctrine »^[1] de l'époque, écrit dans son traité de Droit constitutionnel en 1929 : « Le pouvoir délibérant est une source de droit excellente en ce qu'il est la

source de la loi, il est un organe de gouvernement détestable parce que gouverner c'est agir et non pas délibérer. Le pouvoir exécutif est inférieur comme source du droit, mais supérieur comme organe de gouvernement parce qu'il est organe d'action (...) Il vaut mieux pour l'Etat vivre en utilisant un organe d'action qui est une source de droit inférieure que de succomber pour rester fidèle à une source de droit supérieure qui n'est pas un organe d'action ».

Cette entreprise de théorisation juridique accompagne la pratique de la délégation du pouvoir législatif dès 1924 : par les « décrets-lois » le Parlement autorise le gouvernement à légiférer sur des matières qui sont du domaine de la loi, le sien donc. Un décret peut même modifier une loi en vigueur. A partir de 1934, cette pratique jusque là considérée comme exceptionnelle, devient la règle. Le Parlement vote deux fois par an une loi de plein-pouvoirs par laquelle il habilite l'Exécutif à légiférer à sa place.

On aura ainsi connu un approfondissement républicain de cette culture de la crise justifiant le contournement de l'Etat de droit même quand la menace le justifiant aura disparu. Elle sera un facteur, à côtés des causes militaires, de « l'étrange défaite » [2] de mai 1940. Elle aura facilité l'avènement de l'Etat d'exception que sera le régime de Vichy. On aurait pu penser que cette histoire aurait amené à en retenir les leçons mortifères pour la démocratie. En 1945 on s'empressa (gaullistes et communistes surtout) à consacrer « L'Etat Français » (titre officiel donné au régime par la loi du 10 juillet 1940) comme l'Etat d'exception par excellence puisqu'en dehors du périmètre de la République. Même si ses élites avaient majoritairement collaboré avec celui-ci.

Les espoirs, notamment constitutionnels [3] qui se lèvent à la Libération laissent entrevoir une rupture tant avec l'ordre juridique de Vichy qu'avec celui de la III^e République. Ils seront déçus. Les ambiguïtés attachées aux justifications nées de l'urgence et la portée des exceptions au droit demeurent. Elles survivent grâce à cette incertaine « théorie des circonstances exceptionnelles ». Incertaine pour deux raisons. D'abord, c'est une construction du Conseil d'Etat au cas par cas (théorie jurisprudentielle) qui varie en fonction d'une appréciation par la seule justice administrative de la gravité des dites circonstances. L'adaptation de la légalité qui en découle est effectuée par le juge et lui seul, qui décide de la limite des pouvoirs de l'administration. C'est donc un système endogamique.

Ensuite, c'est le produit d'une histoire et d'un contexte politique qui disparaissent du raisonnement de la « haute juridiction ». Exemple : autant les circonstances de la guerre de 1914-18 étaient assez simples à apprécier, autant celles de 1940-45 étaient complexes. Or on ne peut pas dire que le Conseil d'Etat se soit distingué par son courage vis-à-vis de la législation ou des décrets du régime de Vichy. Tant par son personnel que par ses décisions, il s'est montré complaisant vis-à-vis des mesures d'exception prises alors, même quand les pires mesures antisémites n'étaient pas réclamées par l'occupant (comme l'exclusion des juifs de la Fonction publique) [4].

Dés cette époque, la « théorie » apparaît singulièrement opportuniste, variant en fonction non seulement des circonstances mais aussi de la volonté du Conseil d'Etat de protéger sa double fonction de conseil du gouvernement et de juge de l'administration.

Il s'accrochera à l'idée lénifiante du provisoire : l'Etat peut faire des exceptions à son pouvoir légal et ainsi les contenir, à condition que ce soit à titre provisoire et tant que le juge administratif y veille. Il s'emploiera, dès la Libération à en faire un moyen de production d'une plus noble théorie, celle des principes généraux du droit que l'administration devrait respecter en toute hypothèse.

La suite des événements mettra en question cette version rassurante. Nous verrons comment la normalisation est devenue la règle.

Notes

[1] C'est le terme qu'on donne à l'opinion des commentaires et écrits des professeurs de droit (essentiellement) au point qu'elle est parfois considérée comme une source de celui-ci à côté des décisions des juridictions et de leurs « arrêts de principe »..

[2] Titre de l'ouvrage de Marc Bloch, écrit en 1940 et publié en 1946, après son assassinat par les nazis en 1944.

[3] Voir le très riche ouvrage d'Emmanuel Cartier, La transition constitutionnelle en France (1940-1945). La reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain ». Paris, LGDJ, 2005

[4] C'est seulement à partir des travaux de Robert Paxton (et Michaël Marrus) en 1972 que ce rôle a été dévoilé. Ils ont donné lieu à une abondante littérature scientifique sur ce sujet, depuis la thèse de Danièle Loschak, « Le rôle politique du juge administratif français » (LGDJ, 1972) , en passant par celle de Jean Marcou, « Le Conseil d'Etat de Vichy » (Grenoble II, 1984), jusqu'à Philippe Fabre, « Le Conseil d'Etat et le régime de Vichy » (publications de la Sorbonne, 2002)