

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

NICOLAS THIRION

Professeur ordinaire à l'ULiège

LEXNOW

INTRODUCTION

La présente contribution a pour ambition de confronter les données concrètes relatives à la répression des infractions COVID, que le colloque qu'elle a vocation à conclure a permis de mettre en lumière, à un domaine *a priori* éloigné du droit répressif et du discours criminologique : la théorie générale du droit. C'est que, à force d'être immergés dans la pratique quotidienne et soumis à la pression des événements, les acteurs d'un système juridique concret, tel que le droit belge, ne sont pas toujours en mesure de se déprendre des façons de parler et de concevoir les choses qui s'imposent à un moment donné dans le contexte où ils sont requis d'intervenir. Plus on pense dans un système, plus il est malaisé de penser ce système lui-même¹. Telle est l'utilité de la théorie et, singulièrement, de la théorie juridique : elle implique une distance avec son objet qui permet de dissiper les illusions et les erreurs que favorise, dans le feu de l'action, une trop grande proximité avec celui-ci.

Tout au long de ce colloque, l'énumération des diverses pratiques politiques, administratives, policières, et judiciaires justifiées par la crise sanitaire n'a cessé d'alimenter, en creux, un débat sur la conformité de ces pratiques à l'« État de droit démocratique ». Par ce syntagme, j'entends désigner l'armature juridique fondamentale d'une démocratie libérale – catégorie à laquelle la Belgique est censée appartenir. L'idéaltype² d'État de droit démocratique résulte ainsi de l'alliage des traits caractéristiques communément admis de la démocratie représentative (élections libres et régulières au suffrage universel, rôle central des représentants de la Nation, contrôle parlementaire régulier de l'action gouvernementale, pluralisme dans le débat public, reconnaissance de droits fondamentaux garantissant aux citoyens la possibilité de participer à tout moment à la vie politique au sens large – libertés d'expression, de réunion, de manifestation, de la presse), d'une part, et de l'État de droit (séparation des fonctions législative, exécutive et juridictionnelle, hiérarchie des normes, sécurité juridique, interprétation stricte de la loi pénale, respect des droits fondamentaux dont l'une des conséquences est qu'il ne peut y être apporté des limitations que dans le strict respect du principe de proportionnalité), d'autre part³. Un juriste belge est généralement convaincu que l'ordre juridique belge satisfait indubitablement à ces diverses conditions.

Or va-t-il de soi que les principes fondamentaux qui viennent d'être énumérés ont été scrupuleusement respectés chaque fois qu'il s'est agi d'ériger en infractions pénales ou administratives de multiples comportements jusqu'alors considérés comme inoffensifs, de constater les infractions présumées, d'en poursuivre les auteurs et, le cas échéant, de les faire condamner par les juridictions répressives ou, en cas d'amendes administratives, par le fonctionnaire-sanctionneur ? Un nombre non négligeable d'académiques ont émis sur ce point des doutes persistants tout au long de la crise sanitaire, même si ces doutes n'ont guère semblé ébranler les autorités politiques et juridictionnelles jusqu'à présent.

¹ À ce sujet, voy. L. FRANÇOIS, « Droit et révolution. Que sont-ils l'un par rapport à l'autre ? », in *Le problème de l'existence de Dieu et autres sources de conflits de valeurs*, Bruxelles, L'Académie en poche, 2017, p. 99 et s.

² Sur la notion d'idéaltype, voy. M. WEBER, « L'objectivité de la connaissance dans les sciences et la politique sociale », trad. fr. de *Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* par J. Freund, in *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, p. 117 et s.

³ Sur les contours de cet idéaltype d'État de droit démocratique, voy. mon essai *Le confinement par les nuls : démocratie, État de droit et crise sanitaire*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2021, p. 12-30.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

Je souhaiterais donc, dans un premier temps, dresser le catalogue des principales critiques formulées à l'encontre de la gestion juridique de la crise sanitaire (§ 1^{er}), avant de les passer, dans un second temps, au tamis de réflexions inspirées par la théorie générale du droit (§ 2). De brèves conclusions résumeront les inquiétudes que l'on est en droit de nourrir pour l'avenir de l'État de droit démocratique, en Belgique comme ailleurs.

§ 1^{er}. DE QUELQUES ILLUSTRATIONS DE LA DÉSINVOLTURE DES AUTORITÉS BELGES À L'ÉGARD DE L'ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE DURANT LA CRISE SANITAIRE

L'apparition d'un nouveau virus, jusqu'alors totalement inconnu, sa fulgurante propagation à travers le monde, les mesures drastiques adoptées par le pays qui constitua l'épicentre de la pandémie à ses débuts – en l'occurrence, la riant République populaire de Chine – et la panique généralisée qui saisit l'Europe occidentale fin février-début mars 2020 – à commencer par l'Italie, qui recycla d'emblée les méthodes chinoises et favorisa ainsi la circulation, presque aussi rapide que celle du virus lui-même, d'un mode de gestion autoritaire de la crise sanitaire – ont installé dans les esprits la nécessité d'une action résolue, *quoi qu'il en coûte*. Après tout, nous étions en guerre, comme l'avait martialement proclamé le Président de la République française dès le 16 mars 2020, et la mobilisation générale devait être décrétée.

Si le gouvernement belge en affaires courantes, puis celui qui reçut la confiance de la Chambre le 19 mars suivant, ne recoururent pas avec autant de rodомontades à la métaphore militaire, l'impression qui régnait en Belgique était identique : il fallait frapper vite et fort, très fort, le plus fort possible. À défaut d'être aussi explicite que dans la bouche de M. Macron, la conviction de se trouver dans une situation exceptionnelle pas très éloignée d'un conflit armé, où la vie d'une partie potentiellement importante de la population était en jeu, était largement partagée. Or on sait combien, en temps de guerre, le respect scrupuleux des règles cède le pas aux procédés expéditifs.

La gestion de la crise sanitaire s'est ainsi traduite d'emblée, en Belgique comme dans la plupart des pays occidentaux, par une inquiétante désinvolture à l'égard des principes fondamentaux de l'État de droit démocratique, au nom de la crise sanitaire qui sévissait. Cette désinvolture s'est notamment traduite, dans notre pays, par une concentration inédite de pouvoirs entre les mains de l'exécutif fédéral (I.A), sans que cette concentration soit contrebalancée par un contrôle parlementaire (I.B) ou judiciaire digne de ce nom (II).

I. La désinvolture des autorités politiques

A. Un exécutif fédéral à la dérive

Alors que la France se dotait, dès le 23 mars 2020, d'une loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19 et que son gouvernement était contraint de repasser à plusieurs reprises devant le Parlement pour obtenir une prorogation de cet état d'urgence

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

sanitaire, le gouvernement fédéral se crut autorisé à agir sans aucune consultation ni aucun vote de la Chambre des représentants. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (ci-après, « la loi Pandémie ») au mois d'octobre 2021, l'exécutif s'est borné à agir sur la base des articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile (ci-après, « la loi de 2007 »), qui autorisent, dans certaines circonstances, le ministre de l'Intérieur ou les bourgmestres à procéder à la réquisition de biens ou de personnes, à obliger la population à s'éloigner de lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, à assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes et à interdire tout déplacement ou mouvement de la population, sous peine, pour les citoyens qui n'obtempéreraient pas, de s'exposer à un emprisonnement de huit jours à trois mois ou à une amende de vingt-six à cinq cents euros.

Les mesures destinées à endiguer l'épidémie se sont révélées d'une très grande diversité au fil du temps, allant de l'interdiction de circuler dans l'espace public sans nécessité impérieuse à la fermeture de pans entiers de l'économie, en passant par l'obligation de port du masque, en extérieur comme en intérieur, l'obligation de traçage des clients imposée un temps aux gérants d'établissements HoReCa ou bien encore l'instauration d'une « bulle sociale » d'ampleur variable. La liste est loin d'être exhaustive. Ce n'est qu'à la fin du mois d'octobre 2021 que la loi Pandémie a été activée et que des arrêtés royaux ont été pris sur cette base afin d'imposer à nouveau des restrictions supplémentaires pendant l'automne 2021 et une partie de l'hiver 2022. La flopée d'arrêtés ministériels, puis royaux, adoptés dans ce contexte s'est accompagnée, à de nombreuses reprises, d'atteintes à certains des principes fondamentaux rappelés dans l'introduction, en particulier ceux de hiérarchie des normes, d'interprétation stricte de la loi pénale, de sécurité juridique et de proportionnalité.

S'agissant des deux premiers, rappelons que, la loi de 2007 consistant en une délégation faite au ministre de l'Intérieur d'ériger certains comportements en infractions pénales, elle ne peut être que d'interprétation stricte. En outre, les termes employés dans la loi de 2007 ne faisant l'objet d'aucune définition légale, ils doivent être interprétés dans leur sens courant⁴. Or bon nombre d'obligations contenues dans les arrêtés ministériels successifs ne rentraient dans aucune des quatre catégories de comportements que le ministre était habilité à imposer, dans l'interprétation stricte et selon le sens courant que ces dernières sont censées recevoir en vertu des principes. Ainsi en allait-il, par exemple, de la fermeture des commerces non essentiels pendant le premier confinement ou à certains moments du second, du port obligatoire du masque en lieu clos, de l'aménagement des horaires de certains commerces (par exemple, les magasins de nuit) ou bien encore de la limitation maximale du nombre de personnes dans des manifestations de caractère public ou privé.

Le principe de sécurité juridique a lui aussi été malmené à plusieurs reprises, en particulier par des formulations saugrenues, ambivalentes, voire obscures, qui satisfont malaisément aux exigences de prévisibilité, de clarté et de précision qu'implique ce principe fondamental dans un État de droit démocratique, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'obligations assorties de sanctions pénales⁵.

⁴ Voy. par ex. : Fr. KUTY, *Principes généraux de droit pénal*, t. 1^{er}, *La loi pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 227 et s.

⁵ Pour quelques illustrations, voy., *Le confinement par les nuls. Démocratie, État de droit et crise sanitaire*, op. cit., p. 80-86.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

Enfin, le principe de proportionnalité a subi de nombreuses entorses tout au long de la gestion de la crise sanitaire⁶. La plus emblématique fut sans doute celle qui consista, à la fin du mois de décembre 2021, à refermer purement et simplement le secteur culturel et les salles de cinéma sans aucun début de justification scientifique⁷. Les atteintes à ce principe s'expliquent sans doute par ce que l'on pourrait appeler, en pastichant Naomi Klein⁸, la « stratégie de l'effet-choc », si chère au ministre fédéral de la Santé du gouvernement de M. De Croo : au fond, peu importe que nombre des mesures adoptées n'aient pas été absolument nécessaires pour atteindre l'objectif sanitaire poursuivi, peu importe l'adéquation contestable entre la fin et les moyens, peu important même les dégâts occasionnés à l'État de droit démocratique. L'essentiel était de frapper un grand coup, d'exacerber la dramatisation, de montrer qu'on était constamment sur le pied de guerre.

B. Un Parlement fédéral apathique

Relégués aux oubliettes dès le début de la crise sanitaire, au motif que la loi de 2007 laissait toute latitude au gouvernement fédéral pour prendre les mesures qui s'imposaient, la plupart des députés acceptèrent leur sort de bonne grâce et s'alanguirent dans une agréable torpeur. Cette situation continua avec le gouvernement De Croo, alors même que l'état de sidération lié aux commencements de la pandémie avait pris fin, et que la raison et le souci de respecter le jeu démocratique et institutionnel étaient désormais en mesure de refaire surface. Alors qu'il était question, au nom de la lutte contre un risque sanitaire, de porter aux droits fondamentaux des atteintes jusqu'alors inédites dans l'histoire de la Belgique, le parlement était l'instance toute désignée pour débattre publiquement des mesures à prendre et, le cas échéant, de l'équilibre délicat à réaliser entre défi de santé publique et préservation des libertés publiques.

Il fallut en réalité attendre la fin du mois de février 2021 pour que le gouvernement, critiqué de toutes parts dans la société civile pour la désinvolture avec laquelle il traitait les mécanismes démocratiques et l'État de droit, condescende à présenter un projet de loi, relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique. Il s'agissait en particulier de conférer une base légale certaine à l'action gouvernementale.

Toutefois, confronté à l'époque à une multiplication des procédures judiciaires et menacé d'astreintes⁹, le gouvernement sollicita d'emblée l'urgence pour examiner son projet. La majorité parlementaire, comme un seul homme, la lui accorda, alors même qu'il s'agissait d'entériner un dispositif législatif consacrant, de manière certaine à la différence de la loi de 2007, des atteintes aux droits fondamentaux d'une ampleur sans pareille depuis l'indépendance de la Belgique, du moins en temps de paix. Après avoir laissé traîner la situation pendant de longs mois, l'exécutif fédéral escomptait désor-

⁶ Pour quelques illustrations, voy., *ibidem*, p. 86-91.

⁷ Sur ce point, voy. également *infra*, B.

⁸ N. KLEIN, *La Stratégie du choc. La montée d'un capitalisme du désastre*, Arles, Actes Sud, 2008.

⁹ On se souviendra en effet que le juge des référés du tribunal de première instance francophone de Bruxelles avait conclu *prima facie* à l'illégalité des arrêtés ministériels et avait laissé un délai d'un mois à l'État belge pour remédier à l'illégalité constatée, sous peine d'astreintes (Civ. Bruxelles (réf.), 31 mars 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 726 et s.). Cette ordonnance fut toutefois réformée par la cour d'appel de Bruxelles (7 juin 2021, *A.P.T.*, 2021, p. 322 et s., avec une note d'observations de X. MINY et A. JOUSTEN, « La légalité des mesures visant à freiner la propagation du coronavirus devant la cour d'appel de Bruxelles : suite et fin des controverses ? », p. 343 et s.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

mais voir son texte adopté en deux temps trois mouvements, malgré la gravité des enjeux. En dépit de cette volonté gouvernementale et du docile soutien que lui apporta sa majorité parlementaire, le projet de loi, loin d'être voté dans la précipitation espérée par l'exécutif, patinait à la Chambre des représentants : la faute à l'opposition parlementaire, qui s'appuyait sur une disposition du règlement de la Chambre permettant à cinquante députés au moins – soit le tiers de l'effectif total – de demander le renvoi du projet à la section de législation du Conseil d'État, en cas d'amendements nouvellement déposés. Le texte fit ainsi plusieurs fois la navette entre les deux institutions, de sorte qu'il ne fut adopté, majorité contre opposition, que le 15 juillet 2021¹⁰. Il ne fut toutefois soumis à la sanction royale que le 14 août suivant. Quand on sait, par ailleurs, que la date d'entrée en vigueur du texte en avait été retardée par son article 16¹¹, on est bien obligé de constater que la notion d'« urgence » s'est manifestement avérée à géométrie variable en fonction des besoins tactiques du gouvernement et de l'inertie des parlementaires. Ces péripéties ne donnent guère une image flatteuse du fonctionnement de la démocratie parlementaire en Belgique. Elles mettent notamment en lumière l'effet délétère de la participation et l'impossibilité de sortir, même dans des circonstances d'une telle gravité, de la logique de l'adhésion aveugle de la majorité parlementaire aux diktats de l'exécutif dès lors qu'un ou plusieurs partenaires de la coalition en font une affaire de gouvernement.

L'adoption de la loi Pandémie n'a pas suffi à clore le débat sur la validité juridique de la gestion de la crise sanitaire. Pour le passé, bien entendu, la référence à la loi de 2007 reste, à l'heure actuelle, discutée¹², de sorte que l'ensemble des mesures prises par arrêtés ministériels jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Pandémie continueront de poser question, au moins jusqu'à ce qu'une cour suprême se prononce à titre définitif au sujet de chacune d'entre elles. Mais la loi du 14 août 2021 ne garantit pas davantage la rectitude des décisions qu'elle autorise l'exécutif fédéral à adopter. En particulier, sa mise en œuvre, par arrêtés royaux, et le cas échéant ministériels, peut faire l'objet de recours, notamment au regard des principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité. C'est ainsi que, après l'entrée en vigueur de la loi, le Conseil d'État – dont on soulignera pourtant le peu d'empressement¹³ à préserver les principes fondamentaux de l'État de droit démocratique – se résolut à suspendre, dans un arrêt du 28 décembre 2021, la mesure de fermeture des lieux de spectacles, prise, en l'absence de tout avis scientifique, dans un arrêté royal d'exécution du 23 décembre précédent¹⁴.

II. La désinvolture des autorités juridictionnelles

Les arrêtés ministériels pris avant l'entrée en vigueur de la loi Pandémie ont, en outre, été contestés à plusieurs reprises devant diverses juridictions. Vu l'inertie patente de l'institution parlementaire, celles-ci apparaissaient en effet comme l'ultime recours

¹⁰ Projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n° 1951/9.

¹¹ « La présente loi entre en vigueur à une date déterminée par le Roi par un arrêté délibéré en Conseil des ministres, et au plus tard le trente et unième jour ouvrable à compter du premier jour ouvrable qui suit la publication de la présente loi au *Moniteur belge* [la loi doit encore attendre sept jours après la sanction royale pour être publiée au *Moniteur belge* du 21 août 2021, *NdA*]. Pour l'application du présent article, on entend par "jour ouvrable", le jour qui n'est ni un samedi, ni un dimanche, ni un jour férié ».

¹² Sur ce point, voy. *infra*, II.

¹³ *Infra*, II.A.

¹⁴ C.E. (15^e ch.), 28 décembre 2021, n° 252.564, Pinte.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

contre la désinvolture gouvernementale à l'égard des principes fondamentaux de l'État de droit démocratique. Mais c'est bien le problème en temps de « guerre » : la quasi-totalité de l'appareil d'État fait front (encore une métaphore militaire) et, hormis quelques exceptions remarquables – d'autant plus remarquables qu'exceptions –, de nombreux magistrats ne furent guère enclins à jouer le rôle de « gardiens du Droit » dont ils aiment tant à se gargariser en temps ordinaire. Ce fut particulièrement le cas du Conseil d'État (A) et de certaines juridictions répressives (B).

A. Un Conseil de l'État plutôt qu'un Conseil d'État

Tout au long de la crise sanitaire, le Conseil d'État a été saisi de plusieurs recours en suspension d'extrême urgence contre tout ou partie des dispositions des arrêtés ministériels. La quasi-totalité de ces demandes ont été rejetées, faute pour les parties requérantes d'avoir justifié à suffisance en extrême urgence. Il est à cet égard rappelé, dans plusieurs arrêts, que « la procédure d'extrême urgence doit [...] demeurer exceptionnelle parce qu'elle réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense de la partie adverse, l'instruction du dossier ainsi que la contradiction des débats ». Il y est également précisé que « la condition de l'urgence est indépendante de l'examen des moyens et requiert la démonstration que leurs conséquences dommageables doivent être suspendues ». Pour qui, comme l'auteur de ces lignes, ne fréquente pas assidûment la jurisprudence du Conseil d'État, il est *a priori* surprenant de lire à ce sujet que, « *en l'absence d'éléments factuels concrets*¹⁵, la seule atteinte à une liberté fondamentale ne constitue pas un inconvénient d'une gravité suffisante pour qu'on ne puisse la laisser se produire en attendant l'issue de la procédure en annulation »¹⁶. Lorsqu'une liberté fondamentale est potentiellement en cause, on a du mal à comprendre en quoi l'extrême urgence fait défaut, faute d'éléments factuels concrets, et en quoi ceux-ci seraient alors nécessaires à l'établissement de cette urgence – sauf à laisser entendre que la violation d'un droit fondamental peut prospérer durablement dans un État de droit démocratique, aussi longtemps qu'un « élément factuel concret », particulièrement difficile à rapporter par ailleurs¹⁷, ne permet pas d'y mettre le holà. La formulation laisse en outre songeur : en refusant de prendre en considération « la seule atteinte à une liberté fondamentale », on éprouve la désagréable impression que, sous la plume d'un magistrat censé faire prévaloir la légalité de l'action administrative, une telle atteinte est minimisée, comme si tout cela n'avait guère d'importance.

En ce qui concerne les rares recours pour lesquels l'extrême urgence fut admise, la suspension ne fut presque jamais accordée, au motif que tout ou partie des moyens avancés par les requérants n'étaient pas sérieux, en particulier celui tiré de l'incompétence du ministre de l'Intérieur. Ce fut en particulier le cas pour la décision de fermer purement et simplement les établissements relevant du secteur HoReCa à certaines périodes. Après avoir rappelé les fondements légaux invoqués à l'appui de la mesure – notamment les articles 181, 182 et 187 de la loi de 2007¹⁸ –, le Conseil d'État crut pouvoir justifier la compétence ministérielle de la manière suivante :

¹⁵ C'est moi qui souligne, *NdA*.

¹⁶ Voy. en particulier C.E. (6^e ch.), 5 août 2020, n° 248.124, Meulemans e.a.

¹⁷ S'agissant en particulier des entreprises durement affectées par certaines mesures sanitaires, il leur eût fallu être quasiment en faillite pour que le Conseil d'État condescende à déceler une extrême urgence... En somme, le patient avait une chance d'accéder au remède, pourvu qu'il soit mort ou, en tout cas, à l'agonie.

¹⁸ *Supra*, I.A.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

« La mesure en cause implique que les citoyens ne peuvent plus entrer dans certains lieux ou établissements (comme les restaurants et cafés) sauf, et de manière strictement limitée, pour l'activité qui y est encore autorisée (repas à emporter), qui par sa nature même est de courte durée, et, en outre, conformément aux dispositions du chapitre 9 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 [...], qui énonce les principales mesures que chacun doit adopter lorsqu'il est en contact avec d'autres personnes. Dans cette mesure, la fermeture imposée peut être assimilée à une interdiction de circuler au sens de l'article 182 de la loi du 15 mai 2007, [...] qui permet au ministre, en cas de circonstances dangereuses, d'exiger de la population, afin d'assurer sa protection, qu'elle s'éloigne des lieux particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, de même qu'en cas de *lockdown* (total), il lui est permis d'interdire, pour la même raison, tout mouvement ou déplacement de la population¹⁹ »²⁰.

Si on lit bien, le Conseil d'État considère donc que la compétence du ministre de l'Intérieur d'imposer une obligation d'éloignement ou une interdiction de circulation englobe celle de fermer certains établissements dans les locaux desquels, *en raison même de cette fermeture*, il serait désormais *inutile* ou *sans objet* de se rendre. Est-il besoin de souligner le caractère extravagant d'un tel argument et le peu de cas fait du principe d'interprétation stricte de la loi pénale ? Ce que le ministre est habilité à faire consiste en effet à interdire, sous la menace des sanctions pénales prévues par la loi de 2007, tout ou partie de la circulation dans l'espace public, en obligeant notamment les citoyens à s'éloigner des lieux particulièrement exposés, menacés ou sinistrés ; en aucun cas il n'est autorisé à prendre des mesures visant simplement à décourager ou à rendre inopérants ces déplacements en infligeant, par la bande, des sanctions pénales pour d'autres comportements que ceux explicitement visés par la loi et à charge d'autres sujets que ceux à qui une restriction de déplacement ou un éloignement peut être imposée. Si l'on admet que les mots ont un sens – et que ce sens vaut même pour des magistrats administratifs –, une délégation au ministre de l'Intérieur d'interdire ou de restreindre les déplacements ou d'imposer un éloignement, sous peine de sanctions pénales, ne saurait inclure, dans une interprétation respectueuse du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le pouvoir de contraindre des établissements de restauration ou des débits de boissons à une fermeture, totale ou partielle.

En fin de compte, les arrêts de suspension se comptent sur les doigts d'une seule main²¹ – laissant à l'analyste la très désagréable impression que la préservation des principes fondamentaux d'un État de droit démocratique ont été sacrifiés sur l'autel des circonstances sanitaires exceptionnelles. Se remémorant sans doute les origines historiques du Conseil d'État de France²², la section du contentieux administratif s'est davantage comportée, durant cette période, comme un Conseil de l'État²³ – couvrant les dérives de l'exécutif d'un tissu d'interprétations abracadabrantes dont il se serait

¹⁹ C'est moi qui souligne, *NdA*.

²⁰ C.E. (15^e ch.), 13 novembre 2020, n° 248.918, srl Mainego (les autres arrêts relatifs à la fermeture du secteur HoReCa sont rédigés en néerlandais mais reprennent une argumentation similaire).

²¹ Sous réserve d'une affaire concernant une ordonnance du bourgmestre de Bruxelles du 28 septembre 2020 interdisant la prostitution sur le territoire de la ville (C.E. (15^e ch.), 9 octobre 2020, n° 248.541, Bou-Oudi et Akhoun), d'une autre visant les dispositions de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 qui interdisaient de façon disproportionnée tout exercice collectif des cultes (C.E. (10^e ch.), 8 décembre 2020, n° 249.177, Congrégation Yetev Lev Dsatmar Antwerp Limited e.a.) et d'une troisième portant sur le traitement différencié des campings et centres de vacances par rapport aux autres formes d'hébergement (C.E. (9^e ch.), 2 février 2021, n° 249.685, vzw Recread), le Conseil d'État rejeta la totalité des recours en suspension portés devant lui durant cette période.

²² Voy., par ex., J. Massot, *Le Conseil d'État. De l'An VIII à nos jours*, Paris, Adam Biro, 1999.

²³ Ce que sa section de législation continue d'être, au demeurant.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

probablement abstenu en période ordinaire, ne fût-ce que pour ne pas s'exposer aux sarcasmes – que comme un Conseil d'État, c'est-à-dire une juridiction soucieuse de contrôler sérieusement la légalité de l'action publique.

B. Des juridictions répressives pas toujours très regardantes

S'agissant des juridictions répressives saisies de poursuites contre des personnes soupçonnées d'avoir méconnu certaines interdictions contenues dans les arrêtés ministériels (tribunaux correctionnels ou tribunaux de police, selon le cas), l'article 159 de la Constitution leur fait obligation de vérifier la conformité de la règle qu'il leur est demandé d'appliquer aux règles juridiques supérieures, en application du principe de légalité et de son corollaire, la hiérarchie des normes. Il incombe donc à chaque juridiction pénale saisie, pour chaque dossier qu'elle a à trancher, de s'assurer de la légalité des arrêtés ministériels sur la base desquels les prévenus sont poursuivis. Toutefois, cette vérification est opérée plus ou moins consciencieusement selon les juges. Rien n'a été fait, il est vrai, pour faciliter cette vérification.

Compte tenu de la politique répressive privilégiée par le collège des procureurs généraux, le contentieux COVID est en effet rapidement devenu un contentieux de masse, malgré le nombre élevé de transactions pénales conclues. Or se vérifie dans ce cadre le fait, admis depuis longtemps en sociologie du droit, que la justice pénale est, en grande partie, une justice de classe : les personnes poursuivies sont généralement de condition sociale modeste, n'ont guère les moyens d'engager les services d'un avocat et ne comprennent pas toujours le risque qu'il y a à ne pas se présenter devant un juge. Face à des prévenus pas toujours présents ou, s'ils le sont, pas toujours accompagnés d'un avocat, nombre de juges de police, désormais confrontés à une montagne de dossiers, ont préféré la solution de facilité : puisqu'aucune contestation n'était formulée à l'encontre de la légalité même des arrêtés ministériels, ils se sont bornés à condamner, puisque les faits eux-mêmes n'étaient pas contestés.

Pour le reste, deux grandes tendances semblent se dégager de la jurisprudence des tribunaux répressifs en ce qui concerne la validité des arrêtés ministériels au regard de la base légale invoquée. Selon la première thèse, l'habilitation conférée au ministre de l'Intérieur par la loi de 2007 l'autoriserait à prendre toutes mesures jugées nécessaires pour juguler la crise sanitaire. Dans cette approche, l'autorité habilitée pouvait donc frapper des sanctions pénales visées à l'article 187 de la loi de 2007 l'ensemble des comportements visés dans ses différents arrêtés²⁴. Suivant la deuxième thèse, l'origine de la loi de 2007 n'autoriserait à lui attribuer qu'une portée limitée. En effet, cette loi fut adoptée à la suite de la catastrophe de Ghislenghien, provoquée par une fuite de gaz naturel causée par un engin de chantier (l'accident avait fait 24 morts et 132 blessés). L'objectif de cette législation serait ainsi de permettre au ministre de l'Intérieur de prendre des mesures urgentes afin de limiter le bilan humain, en imposant aux personnes proches du lieu d'un accident de ce type de s'en tenir de quelque façon éloignées. Si l'on se réfère au contexte dans lequel cette loi a été adoptée, on a dès lors bien du mal à concevoir que les pouvoirs ainsi consacrés soient suffisants pour autoriser le ministre de l'Intérieur à prendre des mesures aussi étendues et sur une

²⁴ En ce sens : Corr. Brabant wallon, 26 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1755 et s. ; Corr. Hainaut (div. Charleroi), 9 février 2021, *A.P.T.*, 2021, p. 311 et s., note de S. KAISERGRUBER.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

aussi longue durée que celles qui furent adoptées durant la crise sanitaire – laquelle ne constituerait pas, en tout état de cause, une des « situations catastrophiques » auxquelles la loi de 2007 serait spécifiquement consacrée. Les arrêtés ministériels pris sur cette base seraient donc illégaux *in globo*, de sorte que les poursuites déclenchées contre les prétendus contrevenants devraient être déclarées irrecevables²⁵.

Quant à la Cour de cassation, elle a rendu, respectivement les 28 septembre et 10 novembre 2021²⁶, deux arrêts qui cassent les jugements rendus en appel respectivement par les tribunaux correctionnels de Flandre occidentale et du Luxembourg. Elle a en effet jugé que la loi de 2007 constituait une base juridique suffisante pour un arrêté ministériel du 23 mars 2020, en tant que ce dernier interdisait à titre de principe toute présence sur la voie publique et tout déplacement non essentiel dans l'espace public. Elle rejette donc la deuxième thèse mais il n'est pas certain qu'elle ait pour autant pleinement avalisé la première. Certes, elle admet que la loi de 2007 englobe les pandémies parmi les situations catastrophiques qu'elle est censée régir. Il reste que la compétence du ministre de l'Intérieur n'en est pas moins limitée aux seules catégories de comportements qu'il est habilité à imposer en vertu des articles 182 et 187 de la loi de 2007 et que ces catégories – on ne le répètera jamais assez – appellent une interprétation stricte, vu leur dimension pénale.

Le 1^{er} mars 2023²⁷, la Cour de cassation n'en a pas moins de nouveau cassé un jugement du tribunal correctionnel de Liège du 17 octobre 2022, statuant en degré d'appel, qui avait déclaré irrecevables les poursuites diligentées contre un prévenu qui circulait sans masque dans l'espace public, alors qu'un arrêté ministériel du 28 octobre 2020, pris sur la base de la loi de 2007, l'imposait²⁸. Selon le tribunal correctionnel de Liège, « l'habilitation accordée par le législateur n'est pas illimitée. En effet, les mesures à prendre doivent, compte tenu de toutes les circonstances, parmi lesquelles l'urgence de l'intervention, l'étendue de la connaissance du risque et du caractère approprié des mesures qui peuvent être prises, être raisonnablement alignées sur la nature, l'étendue et la durée probable des circonstances qui menacent la population ». Selon la Cour, en revanche, le seul écoulement du temps n'est pas de nature à altérer la situation d'urgence que sont censés régir les arrêtés ministériels pris en application de la loi de 2007. Elle censure donc le juge d'appel pour avoir, à tort selon elle, conclu à l'inaptitude de cette loi à fonder valablement l'arrêté contesté. Deux remarques à ce propos : d'une part, était en cause ici un déplacement dans l'espace public qui, plutôt que d'être interdit en totalité, était conditionné à l'obligation de porter un masque et pouvait donc rentrer dans l'une des catégories prévues par l'article 182 de la loi de 2007²⁹ ; d'autre part, la Cour n'a statué que sur la question de l'habilitation légale – le juge de renvoi pouvant parfaitement conclure à l'illégalité de l'arrêté ministériel, en particulier sous l'angle du principe de proportionnalité.

²⁵ En ce sens : Pol. Hainaut (div. Charleroi), 21 septembre 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1692 et s. ; Corr. Flandre occidentale (div. Courtrai), 21 mai 2021, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2021, p. 116 et s. ; Corr. Luxembourg (div. Marche-en-Famenne), 2 juin 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1240 et s.

²⁶ Cass., 28 septembre 2021, *A.P.T.*, 2021, p. 794 et s., note de Ph. BOUVIER, « Fin de partie ? », p. 798 et s., *Rev. dr. pén. crim.*, 2022, p. 59 et s., note d'observations de M.-Fr. RIGAUD, « Un usage délicat du contrôle de légalité », p. 63 et s. ; Cass., 10 novembre 2021, R.G., n° P.21.0931.F, disponible sur <https://juportal.be/>.

²⁷ Cass., 1^{er} mars 2023, inédit, R.G., n° P.22.1626.F.

²⁸ Corr. Liège, 17 octobre 2022, inédit, R.G., n° 2022/2758.

²⁹ « [C]onformément à l'adage "Qui peut le plus peut le moins", la faculté d'imposer une interdiction absolue de tout déplacement ou mouvement permet évidemment de prendre des mesures d'interdiction relative » (Fr. KUTY, « Les implications pénales de la sécurité civile – Les infractions à la réglementation tendant à limiter la propagation du virus COVID-19 (1^{re} partie) », *J.T.*, 2020, p. 296 et s., spéc. p. 297).

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

Il n'en reste pas moins que de nombreuses dispositions – mais pas toutes – des arrêtés ministériels successifs devraient être, dans la pureté des principes (en particulier, celui d'interprétation stricte de la loi pénale), déclarées illégales, dès lors qu'elles outrepasseraient les limites posées par l'article 182. On pourrait par exemple penser à des mesures telles que la fermeture d'entreprises, le port du masque en lieu clos, l'obligation de traçage des clients à charge des établissements relevant du secteur HoReCa ou bien encore l'instauration d'une bulle sociale, qui ne peuvent, dans une interprétation stricte des termes employés dans cet article, rentrer dans aucune des hypothèses qui y sont mentionnées.

Pour savoir si la Cour de cassation s'est rangée purement et simplement à la première thèse ou si, au contraire, elle serait prête à adopter la position nuancée qui vient d'être présentée afin de préserver le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, il serait nécessaire qu'elle se prononce sur un pourvoi formé contre une décision qui aurait conclu à l'illégalité de mesures ministérielles n'impliquant pas, en elle-même, une présence ou un déplacement dans l'espace public, telles que, par exemple, une obligation de porter le masque en intérieur, d'assurer le traçage de clients ou bien encore de limiter les jauges dans une salle de spectacles ou les heures d'ouverture de certains commerces³⁰.

Ne nous faisons pas d'illusions toutefois : pas plus que le Conseil d'État, la Cour de cassation ne semble particulièrement soucieuse de garantir la pureté des principes. Moins que jamais elle paraît disposée à faire du droit et, plus que jamais, elle semble faire, comme de nombreux juges durant la crise sanitaire, de la *realpolitik*.

§ 2. DE L'INTÉRÊT DE LA THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT POUR COMPRENDRE LES ENJEUX MIS EN LUMIÈRE PAR LA GESTION DE LA CRISE SANITAIRE

Un exécutif à la dérive, un parlement apathique, des juridictions, administratives ou répressives pas toujours très regardantes : au regard de l'idéaltype d'« État de droit démocratique », le bilan n'est décidément pas glorieux. Pour un peu, on pourrait reprendre à son compte l'accusation d'« État voyou » formulée en son temps, quoique pour des raisons différentes, par un ancien Premier président de la Cour de cassation, déjà à propos de la Belgique³¹. De quelle vision de la politique et du droit ces dérives sont-elles donc le nom ?

Les juristes frottés de théorie du droit ne seront guère étonnés que surgisse à ce sujet le nom de Carl Schmitt. Dans ses textes antérieurs à 1933³² – année au cours de laquelle, en partie par opportunisme et en partie par conviction, il rallia le parti nazi –, Schmitt

³⁰ Sur le fait que les arrêts de la Cour de cassation ne signent probablement pas la fin de la saga, voy. Ph. BOUVIER, « Fin de partie ? », *loc. cit.*, p. 807.

³¹ Propos tenus le 15 mai 2016 par le Chevalier de Codt dans l'émission télévisée *Les Décodeurs* (RTBF). Ironie de l'histoire : le même a siégé au sein de la chambre de la Cour de cassation qui a rendu les arrêts mentionnés dans la première partie de cette contribution. La parabole de la paille et de la poutre est toujours d'une étonnante actualité.

³² Voy. notamment : C. SCHMITT, *Théologie politique*, trad. fr. de *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* par J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988 ; *La notion de politique* (suivi de *Théorie du partisan*), trad. fr. de *Der Begriff des Politischen* et de *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen* par M.L. Steinhäuser, Paris, Flammarion, coll. « Champs », 1992, présentation par J. Freund ; *Théorie de la Constitution*, trad. fr. de *Verfassungslehre* par O. Beaud, Paris, PUF, 1993, introduction du traducteur ; *La dictature*, trad. fr. de *Die Diktatur. Von*

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

développe une vision du politique (I) et du droit (II) qui résonne singulièrement avec la gestion juridique de la crise sanitaire.

I. Le politique comme mode de désignation de l'ennemi...

Que le champ politique soit, comme l'expose Schmitt, traversé par l'opposition ami/ennemi et puisse conduire, en dernière extrémité, à ce phénomène d'hostilité suprême qu'est la guerre (A), nul analyste de la rhétorique employée durant une bonne partie de la crise sanitaire ne devrait s'en étonner (B).

A. De la guerre comme manifestation ultime du politique...

« Le » politique ne doit pas s'entendre, selon Schmitt, au sens de « la » politique (comme, par exemple, dans l'expression « la politique du gouvernement »), ni comme un domaine de choses bien précises. Le terme renvoie, sous sa plume, à un mode de relations, d'une intensité variable, déterminé par le degré plus ou moins fort d'association ou de dissociation entre groupes d'individus. Le critère déterminant du politique réside dans l'opposition ami/ennemi. Par « ennemi », il faut entendre l'autre, l'étranger, le « non-soi ». C'est en se situant par rapport à un autre que soi que l'on peut adopter un comportement spécifiquement politique, qui consiste précisément à s'allier avec ses amis et à désigner – et, par voie de conséquence, à combattre – ses ennemis. Le politique est donc le domaine de prédilection du conflit. Il en résulte que tout comportement politique par rapport à l'autre, l'ennemi, est ultimement déterminé par la possibilité de lui faire la guerre. Cette dernière apparaît comme la manifestation suprême d'hostilité ; elle est en quelque sorte le comportement politique porté à son paroxysme. Précisons toutefois que, pour Schmitt, il ne doit pas nécessairement s'agir d'une guerre effective ou « chaude » ; ainsi, la Guerre froide, qui organisa le monde entre la fin de la Seconde Guerre mondiale et la chute du Mur de Berlin, constituait bel et bien une guerre au sens schmittien du terme.

La spécificité du politique consiste donc à désigner ses ennemis mais aussi ses « amis ». À l'intérieur de cette dernière catégorie, Schmitt distingue les alliés – individus dont nous nous sentons proches mais qui ne sont pas tout à fait identiques à nous – et ceux qui se sentent à ce point proches les uns des autres qu'ils finissent par constituer ensemble une « unité politique » – c'est-à-dire, à l'époque contemporaine, un État. Cette unité politique se forme progressivement par une volonté concrète, à l'origine formulée par un nombre restreint d'individus, d'imposer à un groupe un mode d'existence commun. Progressivement, cette volonté s'homogénéise, se diffuse et s'amplifie pour toucher la totalité (ou, de façon plus réaliste, la quasi-totalité) du groupe. À partir de quelques individus doués d'une volonté de plus en plus forte, se forment alors un « peuple », puis, cette volonté ne cessant de s'amplifier, une « nation ». Cette nation, devenue titulaire du pouvoir constituant, parvient alors à imposer sa Constitution sur un territoire déterminé, qui fonde ainsi l'État, défini, au terme de ce processus, comme « le mode concret d'existence d'une nation ».

den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf par M. Köller et D. Séglaard, Paris, Seuil, coll. « Points », 2000.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

C'est dans ce processus d'homogénéisation que peut, à l'occasion, resurgir l'ennemi – « intérieur » cette fois – à l'égard duquel l'État devrait, selon Schmitt, avoir le droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour en conjurer les menaces. L'Histoire permet d'illustrer cette notion d'« ennemi intérieur », fraction irréductible d'une population qui refuse de se plier au mode concret d'existence avalisé par la majeure partie d'une population sur un territoire donné : ainsi la partie de l'aristocratie et du clergé non ralliée à la Révolution française a-t-elle pu être pensée comme ennemie de la Nation ; de même pour les partis national-socialiste (NSDAP) et communiste (KPD) sous la République de Weimar.

Cette approche du politique est en général soigneusement cachée dans les démocraties libérales contemporaines où prévaut généralement, dans les discours si ce n'est dans les esprits, une vision beaucoup plus pacifique, fondée sur l'idée de pacte social et d'un supposé consensus sur l'essentiel entre tous les citoyens d'un même État. En démocratie, aime-t-on à dire, il n'y a pas d'ennemis, il n'y a que des adversaires. Or la rhétorique employée durant la crise sanitaire dément ces propos lénifiants et montre que la conception schmittienne du politique demeure un impensé de la tradition démocratique contemporaine.

B. ... à l'ennemi en situation de crise sanitaire

La criminalisation des comportements contraires aux gestes censés nous protéger, individuellement et collectivement, contre le virus s'est accompagnée d'un discours radicalement manichéen. La « guerre contre le virus » a rapidement cédé la place à l'hostilité organisée contre celles et ceux qui ne respectaient pas scrupuleusement les mesures, même les plus absurdes, ou, pire, qui avaient le front de questionner ces mesures, leur pertinence, leurs effets pervers ou simplement leur validité juridique. Sérieusement conditionnée par une rhétorique belliciste partagée par la quasi-totalité de la classe politique belge, une grande partie de la population, scrupuleusement attachée au respect de toutes les mesures, a ainsi eu le sentiment d'appartenir au camp du Bien, alors que les salauds qui avaient l'outrecuidance de se promener sans but précis, de s'asseoir sur un banc dans un parc, de ne pas porter le masque en rue, de recevoir à domicile davantage d'invités qu'il n'était autorisé par la réglementation, ou bien de ne pas se soumettre au vaccin et à ses différents rappels étaient rejetés dans le camp du Mal – pas très loin, à certains moments de ce que certains n'hésitent pas à appeler une « psychose »³³, de la sorcière qu'il y a quelques siècles encore on vouait au bûcher. L'opposition du Bien et du Mal fit presque renaître le spectre des « classes dangereuses ». Ce discours grossièrement moralisateur a également permis d'imputer chaque hausse des contaminations à l'inconscience de ces sujets dangereux qui, décidément, ne comprennent rien si on ne leur serre pas encore un peu plus la vis. Nouvelle figure de l'ennemi intérieur en période de COVID : l'« ennemi sanitaire ».

Cette rhétorique guerrière ne fut pas l'apanage des seules autorités politiques. La sphère juridictionnelle fut, elle aussi, contaminée par l'hystérie ambiante. La tonalité sermonneuse de certains jugements de tribunaux de police a ainsi participé de cette mise en récit où il importait de ranger chaque citoyen dans la catégorie des « bons » ou celle des « mauvais ». Dans les colonnes mêmes de cette *Revue*, un distingué substitut

³³ R. GIRARD et J.-L. BONNAMY, *Quand la psychose fait dérailler le monde*, Paris, Gallimard, coll. « Tracts », 2020.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

du Procureur du Roi de Namur s'est même cru autorisé à qualifier de « parasites » celles et ceux qui ne se pliaient pas aux mesures, quand bien même ce substitut insistait par ailleurs, à juste titre, sur les multiples faiblesses affectant les premiers arrêtés ministériels³⁴. Ce type de lexique semblait pourtant hors de propos depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, *a fortiori* dans une démocratie libérale.

II. ... et le juridique comme dialectique entre l'ordinaire et l'exceptionnel

A. De la suspension des normes en cas de situation exceptionnelle...

À la différence de Kelsen, pour qui l'ordre juridique est réductible à une pyramide de normes reliées entre elles par des habilitations successives³⁵, Schmitt considère au contraire que celui-ci est traversé par une opposition fondamentale entre deux instances irréductibles : la norme et la décision. Analyser l'expérience juridique en insistant exclusivement, comme Kelsen, sur la dimension normative, au point de laisser totalement dans l'ombre le pôle décisionnel, c'est réduire le droit à un pur *système normatif*, c'est-à-dire à une architecture institutionnelle abstraite, désincarnée, déconnectée de la réalité concrète où se déploie le phénomène juridique. Or la notion de décision permet d'appréhender le processus juridique également sous un autre angle, celui de l'individu (ou du groupe d'individus) qui décide ; elle autorise ainsi à mettre en lumière les aspects de force et de prééminence du décideur juridique : le droit est cette fois approché dans sa dimension d'*autorité*, c'est-à-dire de façon incarnée, en prise directe avec la réalité concrète qu'il entend régir. Quoiqu'antagonistes, ces deux éléments n'en sont pas moins intrinsèquement liés ; il n'est pas possible de les distinguer dans le droit qui se manifeste en temps ordinaire. Celui-ci est *toujours-déjà* de la norme et *toujours-déjà* de la décision. Même le jugement d'un tribunal revêt cette double dimension : il est à la fois le résultat de la mise en œuvre d'une norme supérieure (celle que le juge applique) *et* une décision prise par ce juge de donner à cette norme une signification qui ne lui est pas intrinsèque mais procède au contraire de choix (méthodologiques, axiologiques, politiques) posés par lui.

Afin de mieux faire apercevoir ce couple oppositionnel, sur lequel le normativisme kelsénien fait l'impasse, Schmitt s'intéresse plus particulièrement à un stade d'élaboration du droit au cours duquel chacun de ces deux éléments est, par extraordinaire, bien mis en évidence, en raison de leur dissociation temporaire : l'état d'exception.

Le type de situations visées par cette expression intervient, par exemple, à l'occasion de révolutions ou de guerres civiles : lors de ces périodes troublées où un régime politique vacille, le souverain, en vue de sauver l'ordre menacé par ses ennemis³⁶ – ce qui implique donc l'étroite imbrication, selon Schmitt, entre les sphères politique et juridique –, suspend le droit dans sa dimension normative pour imposer une décision (ainsi, par exemple, lorsqu'il proclame l'état d'urgence ou la loi martiale, aussi bien

³⁴ A. DELANNAY, « Transmission volontaire et menace du coronavirus SARS-Cov-2 : les ressources et les limites du droit pénal commun », *Rev. dr. pén. crim.*, 2020, p. 781 et s.

³⁵ Du point de vue de la théorie générale du droit, on trouve la formulation la plus achevée de cette vision dans H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e édition de *Reine Rechtslehre* par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

³⁶ *Supra*, I.A.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

dans l'hypothèse où un texte antérieur lui en aurait confié la compétence de principe³⁷ que dans celle où il se prévaudrait, dans le silence des textes, de l'état de nécessité). Le droit se présente alors avant tout comme autorité du souverain imposant des mesures de fait ou confiant à un représentant le pouvoir d'en imposer, indépendamment, voire à l'encontre, du système normatif existant. Dans de telles circonstances exceptionnelles, la décision souveraine prend temporairement le dessus sur la norme en faisant prévaloir, le temps nécessaire, une dictature *commissariale* (ou *de commissaire*). La dictature commissariale correspond donc à l'état d'exception instauré en vue de *sauvegarder* un régime politico-juridique existant mais menacé. Par conséquent, il s'agit plutôt d'une *suspension* du système normatif que de son anéantissement pur et simple : l'initiative purement factuelle du souverain vise au bout du compte le rétablissement de l'effectivité d'un système de normes, une fois le danger passé.

Le raisonnement est le même lorsque le souverain en place, faute d'avoir réussi à mater la tentative de révolution ou à anéantir ses ennemis, est déposé au profit d'un *nouveau* souverain (comme il advient quand une révolution réussit) : ce dernier tire cette fois sa légitimité du fait qu'après une période où prévaut sa décision, destinée à instaurer et à consolider le nouveau régime (le cas échéant au moyen de mesures radicales, de procès expéditifs ou d'exécutions sommaires³⁸), il parvient à mettre en place un *nouveau* système normatif, qui gouvernera la population une fois le calme revenu. Entre la chute de l'ancien régime et la stabilisation du nouveau, prévaut alors ce que Schmitt appelle une dictature *souveraine*. La dictature souveraine, c'est l'état d'exception (à nouveau temporaire) instauré en vue de *créer* un nouveau régime politico-juridique, et non d'en rétablir un préexistant.

Pour Schmitt, l'état d'exception n'est donc jamais un chaos ou une anarchie, il correspond juste au moment où l'écart entre les deux composantes du phénomène juridique est le plus grand : minimum de norme et maximum de décision. De même, on ne s'étonnera guère du fait que, sous la plume de Schmitt, le terme de « dictature » n'a pas le sens péjoratif qui lui est désormais le plus souvent accolé ; c'est, au contraire, une institution parfois nécessaire en vue de sauvegarder le système normatif existant ou d'en instaurer un nouveau.

B. ... à l'état d'exception sanitaire

À la lumière de cet éclairage théorique, les décisions prises en urgence pour lutter contre l'épidémie de coronavirus, en Belgique et ailleurs, ne correspondaient-elles pas à un « état d'exception », au sens schmittien du terme, venu éroder les normes constitutives de l'État de droit ? Cet état d'exception n'a-t-il pas fini, au reste, par déboucher sur une forme de « dictature de commissaire » dans laquelle, les assemblées parlementaires ayant abdiqué la majeure partie de leurs prérogatives, les différents exécutifs en Belgique, au premier rang desquels le gouvernement fédéral, se seraient

³⁷ Voy., par exemple, l'article 16 de la Constitution française de 1958, qui accorde au Président de la République la faculté de suspendre, en certaines circonstances, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et de concentrer entre ses mains, pour une période limitée, les pleins pouvoirs.

³⁸ Que l'on songe, par exemple, aux événements troublés de la Révolution française ou à la liquidation des spartakistes en 1919 en Allemagne – pour reprendre des illustrations historiques régulièrement invoquées par Schmitt à l'appui de ses thèses.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

vus déléguer le pouvoir, en réalité illimité, de prendre toutes mesures appropriées en vue de répondre à la crise sanitaire ?

Certes, il ne s'agit pas d'une version aussi spectaculaire de l'état d'exception, tel que théorisé par Schmitt, faite de troubles séditeux, de violences armées, de guerres civiles ou d'agitations révolutionnaires, mais bien plutôt d'une série de violations d'apparence plus modeste, non sanglantes et, la plupart du temps, non violentes. Cette apparence de moindre mal n'implique pas pour autant qu'il ne faille pas s'inquiéter de ces dérives. Ce qui doit en particulier retenir l'attention dans la gestion juridique de la crise sanitaire, ce sont l'intensité, la régularité et la durée des atteintes qui ont été portées à certains principes essentiels pendant plus de deux ans. Lorsque, en effet, ce sont des droits fondamentaux qui sont atteints, lorsque les écarts sont multiples, lorsque leur temporalité dépasse les limites d'un provisoire bien circonscrit, se met en place une série de « petits » états d'exception, auxquels l'on prête d'autant moins d'attention que, pris isolément, ils n'empiètent que de façon apparemment modeste sur les libertés publiques. Qu'était-ce, après tout, que d'être contraint de porter un masque dans un lieu clos, quand bien même l'arrêté ministériel qui l'imposait était dépourvu de base légale suffisante ? En somme, la situation décrite dans la première partie de la présente contribution constitue une version adoucie de l'état d'exception schmittien, mise en place pour des raisons sanitaires. Du même coup, elle interroge la vision rassurante que l'on se fait généralement de la démocratie libérale – le moins mauvais des régimes politiques, pour paraphraser Churchill.

En effet, on a un peu vite oublié qu'un État, fût-il organisé sous la forme d'un État de droit démocratique, se veut, au moins depuis Bodin, une puissance *a priori* illimitée : en cas de crise aiguë susceptible de mettre en danger sa substance même, ses agents peuvent dès lors décider de se délester temporairement des contraintes de la démocratie et de l'État de droit pour profiter pleinement des possibilités offertes par cette illimitation. À une époque où les États fondent essentiellement leurs interventions sur la base d'un pouvoir de gérer la vie de sa population, une crise sanitaire devient un enjeu fondamental, et même existentiel, pour ce « biopouvoir »³⁹. Attaqués au cœur même de leur tâche essentielle (augmenter sans cesse les richesses et la population), les États contemporains y voient donc l'une de ces occasions, certes regrettables mais incontournables, d'instaurer provisoirement – du moins les choses sont-elles ainsi présentées – des mesures urgentes et autoritaires. Or, puisqu'il s'agit d'activer ce pôle autoritaire, c'est assez naturellement le pouvoir exécutif qui, dans de telles circonstances, prend la main.

D'aucuns écartent ce constat d'un revers de la main en Belgique, au motif que des contrôles juridictionnels sur l'exécutif ont toujours été possibles. S'agissant de la crise sanitaire, ils ajoutent que, tout au moins sous l'angle des arrêts de rejet des demandes en suspension portées devant le Conseil d'État, de nombreux jugements de tribunaux répressifs et des trois arrêts de la Cour de cassation rendus en 2021 et 2023⁴⁰, les critiques formulées à l'encontre des décisions ministérielles ont été quasiment toutes rejetées. Des juges ayant eu l'occasion de se prononcer, le débat ne devrait-il pas être clos une bonne fois pour toutes ? Une telle rhétorique confine à la naïveté,

³⁹ M. FOUCAULT, *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France 1979-1980*, Paris, EHESS/Gallimard/Seuil, coll. « Hautes Études », 2012.

⁴⁰ *Supra*, § 2, II.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

à moins qu'il s'agisse d'hypocrisie. L'histoire juridique, même récente, des États, même démocratiques, regorge de décisions juridictionnelles, même émanant de cours suprêmes, qui ont couvert, admis, entériné, voire perpétré directement des violations de la légalité⁴¹. L'oxymore – des gardiens de la légalité laissant impunie une violation de la légalité, voire la commettant eux-mêmes – n'est qu'apparent. En effet, suivant la distinction opérée par le philosophe du droit Herbert Hart⁴², il est possible d'analyser une situation juridique suivant deux approches : l'une « interne » et l'autre « externe ».

L'approche interne consiste à examiner le droit du point de vue de ceux qui l'édicte (législateur, administrations, juges, etc.) et d'en rendre compte dans leurs propres termes, y compris les artifices rhétoriques et la part de mythologie déployés à cet effet. Or à supposer qu'une juridiction, *a fortiori* une cour suprême, avalise⁴³ ou produise⁴⁴ elle-même une violation du droit jusqu'alors en vigueur, elle n'aura de cesse d'occulter cette violation afin de donner au système juridique dont elle est un des agents toutes les apparences de la régularité. S'exprimant en quelque sorte *de l'intérieur* du système juridique qu'ils commentent, les auteurs, réunis sous la bannière de la « doctrine », se bornent généralement à prendre acte de cette manœuvre et, imitant en cela les acteurs de ce système juridique, font *comme si* tout s'était déroulé sans anicroches.

Au contraire, l'approche externe s'efforce d'appréhender le système juridique du dehors. Elle est ainsi délestée du souci de respecter, fût-ce hypocritement, les fictions créées pour les besoins de celui-ci, y compris celles de régularité et de continuité. Les irrégularités couvertes ou commises par les juridictions passent alors pour ce qu'elles sont : des violations de la légalité en vigueur, que s'autorisent parfois certains agents de l'ordre juridique en raison du fait que l'application pure et simple de la norme concernée produirait des résultats à leurs yeux regrettables. Cette approche invite l'observateur à se départir des mythes et du langage officiel véhiculés par le système juridique étudié afin de se donner une apparence de stabilité et de régularité constantes, en vue de proposer une description plus riche, plus complète, et probablement moins idyllique de la réalité observée. Ainsi, l'approche externe peut puiser aux enseignements d'autres sciences sociales afin de pointer les contradictions, les dérives et les ruptures de décisions de justice par rapport aux principes préalablement admis de l'État de droit démocratique.

Pour un certain nombre de raisons, les autorités d'un système juridique et, plus particulièrement, certains juges peuvent estimer nécessaire de s'écarter du droit en vigueur, notamment sur la base de considérations d'opportunité politique, tout en déployant

⁴¹ À ce propos, voy. mon article « *Quis custodiet ipsos custodios ?* Libres propos sur les violations de la légalité couvertes, admises, entérinées ou commises par les cours suprêmes », *Rev. dr. ULg.*, 2017, p. 135 et s.

⁴² H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. fr. de *The Concept of Law* par M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des FUSL, 1976, p. 114-115.

⁴³ Par exemple, lorsque la Cour de cassation de Belgique admet le caractère législatif des arrêtés-lois de temps de guerre alors même que l'adoption d'une norme de rang législatif supposait alors, en vertu de l'article 26 de la Constitution, la collaboration du Roi, de la Chambre des représentants et du Sénat (Cass., 11 février 1919, *Pas.*, I, 1919, p. 9 et s. ; 11 décembre 1944, *Pas.*, I, 1945, p. 65 et s.) ou bien lorsqu'elle valide des preuves irrégulièrement obtenues en faisant appel à un idéal de justice en vertu duquel « le poids de l'intérêt public à la poursuite d'une infraction et au jugement de ses auteurs peut être pris en considération et mis en balance avec l'intérêt de l'individu à ce que les preuves à sa charge soient recueillies régulièrement » (Cass., 30 avril 2014, *R.D.P.C.*, 2014, p. 834 et s., note de Fr. LUGENTZ).

⁴⁴ Par exemple, lorsque la Cour de cassation de Belgique affirme la primauté du droit international conventionnel directement applicable sur la loi nationale, même postérieure, alors que la Constitution était parfaitement silencieuse sur le sujet et que les juges s'arrogeaient ainsi le pouvoir de ne pas appliquer la loi qui les a faits juges et dont ils sont en principe les gardiens (Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, 1971, p. 886 et s.). À propos de ce « fait accompli jurisprudentiel », voy. L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, p. 261 et s.

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

une rhétorique apparemment conforme à ce droit. Ils provoquent ainsi des ruptures de légalité au sommet de l'ordre juridique qui, du coup, ne correspond plus exactement à ce qu'il était avant chaque rupture ; il s'agit chaque fois de révolutions, en un sens très précis : celui de changements des règles au sommet d'un ordre juridique, sans respecter les règles sur le changement des règles⁴⁵. Un état d'exception correspond incontestablement à une telle définition.

Quand des juges contribuent ainsi à entériner des violations de la légalité, ils sont parties prenantes de ce que Lucien François appelle des révolutions « subreptices » ou « non dites »⁴⁶, qui ne se différencient des révolutions « explicites » que par le calme apparent dans lequel elles se déroulent. Sous l'angle de la philosophie du droit, ces deux catégories de révolutions n'en consistent pas moins, l'une et l'autre, à opérer des changements dans l'ordre juridico-politique sans respecter les règles de changement. Que cela se fasse dans le fracas, d'un côté, et dans une atmosphère moins fulminante, de l'autre, ne forme, de ce point de vue, qu'une différence de façade. Il se pourrait bien que, durant la crise sanitaire, certains juges, loin d'être les remparts de l'État de droit démocratique, ont préféré être les soutiers de l'état d'exception et participer ainsi à l'une de ces révolutions non dites qui ponctuent, de loin en loin, l'histoire des systèmes juridiques, même démocratiques.

CONCLUSIONS

Parlement, gouvernement, juges : aucun ne fut réellement à la hauteur des enjeux du moment ; quasiment tous, au contraire, laissèrent se gripper, un peu plus encore, les rouages de la démocratie libérale. Au reste, le résultat de cette abdication ne s'est même pas traduit, comme on le sait, par une réussite éclatante au plan sanitaire. La tentation est grande, dès lors, de paraphraser Churchill s'adressant à Chamberlain après les accords de Munich⁴⁷ : ils ont voulu éviter les morts au prix de violations de l'État de droit démocratique ; ils ont violé l'État de droit démocratique et ils ont eu les morts.

Contrairement à ce que l'on pourrait croire, ces nombreux coups de canif et de sabre portés aux fondements de la démocratie libérale durant la crise sanitaire ne constituent pas une rupture radicale par rapport à un « avant-COVID » où l'observance de ces standards aurait été parfaite. Au contraire, ils s'inscrivent dans la continuité de phénomènes antérieurs déjà préoccupants à la lumière des principes fondateurs de l'État de droit démocratique.

Face à des menaces considérées comme très lourdes, les démocraties libérales choisissent en effet de plus en plus souvent, depuis deux décennies au moins, de s'en prémunir au moyen de dispositifs d'exception qui menacent l'équilibre délicat entre objectifs d'intérêt général (tels que la protection de la sécurité publique ou de la santé

⁴⁵ L. FRANÇOIS, « La révolution selon le droit », in E. DELRUELLE et G. BRAUSCH, *Le droit sans la justice. Actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du Cap des Tempêtes de Lucien François*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2004, p. 111 et s., spéc. p. 113.

⁴⁶ L. FRANÇOIS, « La révolution selon le droit », in E. DELRUELLE et G. BRAUSCH, *op. cit.*, p. 126-127 ; du même auteur, « Droit et révolution. Que sont-ils l'un par rapport à l'autre ? », in *Le problème de l'existence de Dieu et autres sources de conflits de valeurs*, *op. cit.*, p. 122-126.

⁴⁷ « Vous avez voulu éviter la guerre au prix du déshonneur. Vous avez le déshonneur et vous aurez la guerre ».

ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE ET CRISE SANITAIRE : RÉMINISCENCES DE CARL SCHMITT

publique) et garantie des libertés individuelles et collectives. L'invocation de l'urgence et des circonstances exceptionnelles permet ainsi de justifier des politiques qui visent en fin de compte à substituer au droit « ordinaire » un « état d'exception » – lequel, marquant un recul significatif de nombreux droits fondamentaux, est souvent étendu par la suite à bien d'autres cas que ceux qui étaient visés à l'origine, au point d'être parfois transformé en nouveau droit « ordinaire »⁴⁸. Ainsi, après le 11 septembre 2001, tout ou partie des dispositifs antiterroristes de nombreux États, adoptés dans l'urgence et prétendument temporaires, ont tout simplement été importés ensuite dans la loi pénale commune – certains mécanismes d'exception prévus à l'origine pour lutter contre la seule menace terroriste ayant été ensuite étendus à la répression d'autres catégories de crimes et délits, au prix d'un amoindrissement non négligeable des garanties procédurales. L'état d'exception temporaire d'aujourd'hui devient de plus en plus souvent le droit ordinaire permanent de demain.

De même que la crise sanitaire a permis elle aussi de mettre en place un état d'exception tempéré, la logique sous-jacente à celui-ci ne permet-elle pas d'étendre la doctrine du droit pénal de l'ennemi⁴⁹ – indépendamment de la controverse sur sa dimension descriptive ou prescriptive⁵⁰ – au-delà de la sphère à partir de laquelle elle a été pensée – en l'occurrence, la lutte contre le terrorisme –, dès lors que, par leur comportement ou leur abstention, certains individus ne mériteraient plus pleinement les garanties offertes aux citoyens, et devraient faire l'objet d'un traitement plus expéditif ? Le père fondateur de cette doctrine, Günther Jakobs, prophétisait déjà, à la fin des années 1990, cette possibilité⁵¹ : désigner une catégorie d'infractions comme « ennemis », en raison de la menace qu'ils font peser sur la société politique, reviendrait en quelque sorte à les priver de la plénitude des droits et des garanties accordées aux autres membres de cette société politique en leur qualité de citoyens. La gestion juridique de la crise sanitaire, par ses multiples entorses aux principes fondamentaux d'un État de droit démocratique, pourrait bien figurer une de ces extensions d'un droit pénal de l'ennemi de plus en plus éloigné des standards d'une démocratie libérale avancée.

⁴⁸ Le phénomène n'est pas neuf – les « lois scélérates » adoptées à la fin du XIX^e siècle en France pour réprimer les mouvements anarchistes ont connu une remarquable longévité et certains de leurs aspects les plus contestables sont toujours présents dans le droit pénal français contemporain (R. KEMPE, *Ennemis d'État. Les Lois scélérates, des « anarchistes » aux « terroristes »*, Paris, La Fabrique, 2019).

⁴⁹ G. JAKOBS, *Schuld und Prevention*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976 ; du même auteur : « Aux limites de l'orientation par le droit pénal : le droit pénal de l'ennemi », *Rev. sc. crim.*, 2009, p. 1 et s.

⁵⁰ D. LINHARDT et C. MOREAU DE BELLAING, « La doctrine pénale de l'ennemi et l'idée de l'antiterrorisme. Genèse et circulation d'une entreprise de dogmatique juridique », *Droit et Société*, 2017, p. 615 et s.

⁵¹ G. JAKOBS, « Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) », in A. ESER, W. HASSEMER et B. BURKHARDT (dir.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation einer Tagung vom 3. bis 6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, Munich, C.H. Beck, 2000, p. 47 et s., spéc. p. 53.