

« Il faudra inventer une pédagogie de la complexité »
Entretien avec Mireille Delmas-Marty

Le Point, jeudi 26 mars 2020

Les mesures restrictives de liberté adoptées pour lutter contre la pandémie entraînent « des effets en cascade qu'il est difficile de mesurer », observe la juriste Mireille Delmas-Marty.

Propos recueillis par Nicolas Bastuck



Mireille Delmas-Marty Professeure honoraire au Collège de France (chaire Études juridiques comparatives et internationalisation du droit 2003-2011), membre de l'Académie des sciences morales et politiques. Dernier ouvrage paru : « Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques » (éd. Collège de France).

Le Point : Les libertés individuelles sont difficilement compatibles avec la gestion d'une pandémie, nous sommes en train d'en faire la douloureuse expérience...

Mireille Delmas-Marty : Construire, dans un tel contexte, un raisonnement juridique capable de prendre en compte, à la fois, les libertés individuelles et la sécurité sanitaire paraît, en effet, très

difficile. On trouve des pistes dans un certain nombre de textes. En droit français, l'article 16 de la Constitution autorise un transfert de pouvoirs au pouvoir exécutif, mais il ne vise que le cas où « les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate », et lorsque « le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». Nous n'en sommes pas là. En revanche, la loi de 1955 sur l'état d'urgence et celle de 2007 sur l'urgence sanitaire (adoptée à l'occasion du SRAS, syndrome respiratoire aigu sévère) pourraient s'appliquer, mais, après les attentats terroristes de Paris, les mesures autorisées ont déjà, pour la plupart, été intégrées au droit ordinaire. En outre, la loi adoptée en début de semaine instaure un « état d'urgence sanitaire » qui renforce les pouvoirs de l'exécutif, « dans la seule finalité de mettre fin à la catastrophe sanitaire ». Ce nouveau texte énumère un certain nombre de libertés fondamentales qui pourraient être ainsi limitées (liberté d'aller et venir, de réunion et d'entreprendre) « en tant que de besoin ».

Outre le droit français, plusieurs dispositifs internationaux, à commencer par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH), évoquent les circonstances exceptionnelles (guerre ou « autre danger public menaçant la vie de la nation ») dans lesquelles un État peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues en matière de droits humains. Les exceptions à la liberté d'aller et venir sont définies limitativement par l'article 5 de la Convention, qui, en matière sanitaire, autorise seulement la détention régulière d'une « personne susceptible de propager une maladie contagieuse ». Il semble difficile de dire que toute une population est contagieuse. Il faut donc faire appel à la notion de « circonstances exceptionnelles » (en l'espèce, un « danger public menaçant la vie de la nation ») pour qu'un État puisse prendre des mesures dérogatoires. Étant précisé que ces mesures doivent être prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». Autrement dit, elles doivent être strictement proportionnées au but invoqué.

Se pose aussi la question de leur durée...

En effet, même si elle se distingue de l'état d'urgence, la notion de circonstances exceptionnelles ne fonctionne que dans une durée limitée. La question de la durée acceptable est très importante. Des mesures légitimées par la gravité sanitaire pourraient, si elles duraient trop longtemps, ne plus répondre aux exigences de la proportionnalité.

Les mesures prises vous semblent-elles « proportionnées » ?

Les mesures adoptées entraînent des effets en cascade qu'il est difficile de mesurer. Je ne suis pas sûre qu'en décidant de ces mesures le gouvernement ait pu prendre en compte tous les effets, car ils se révèlent les uns après les autres. D'un côté, l'activité du pays est arrêtée ou ralentie pour sauvegarder la santé ; de l'autre, ceux qui assurent des missions relevant de la survie de la nation connaissent des conditions de travail risquées : ce sont les soignants, les aides à domicile, les policiers, les surveillants de prison, les transporteurs de médicaments ou de denrées alimentaires, et bien d'autres... Je vois apparaître une forte inégalité entre ceux qui sont les plus exposés et auxquels on demande des efforts importants, sans toujours leur assurer la protection nécessaire, et

les autres,auxquels on demande seulement de rester chez eux. En outre, cette assignation à résidence qui est imposée à tous n'est pas ressentie de la même manière par ceux qui ont de vastes résidences et ceux qui ont des logements précaires, ou qui sont sans logement, et/ou sans ressources. Face à de telles dissymétries, les risques de tension sociale sont grands, qui me font dire que nous ne sommes pas à la fin de cette histoire.

Les mesures ont-elles été suffisamment débattues ?

Sans doute faudrait-il expliquer la complexité de la prise de décision et l'adaptation nécessaire à ce type de situation très évolutive qui nous met face à de nombreuses contradictions. Tocqueville parlait de « despotisme doux » à propos des démocraties et décrivait une sorte d'infantilisation dans la manière dont on s'adresse au peuple... En tout cas, quand tout cela sera terminé, il faudra inventer et pratiquer une pédagogie de la complexité pour éviter ce qu'on pourrait appeler la démagogie de la simplicité.

Le droit pénal a été immédiatement convoqué pour faire respecter le confinement, avec la création d'une contravention dont le montant s'est d'ailleurs très vite alourdi. Était-ce utile ? N'aurait-il pas mieux valu s'en remettre, d'abord, au civisme de nos concitoyens ?

Il y a là une course contre le temps. Dans l'urgence, il est plus simple, et donc peut-être plus efficace, de prévoir une infraction, avec une peine qui n'est qu'une peine d'amende, plutôt que de s'en remettre au civisme, dont l'évaluation, nécessairement, demande du temps. Dans la durée, pour éviter des amendes trop lourdes qui renforceraient les inégalités, d'autres mesures, comme le travail d'intérêt général, pourraient être envisagées. En revanche, cette pénalisation est plus inquiétante quand la peine se convertit en emprisonnement. Une telle sanction serait d'autant moins pertinente que les prisons sont déjà surpeuplées.

Dans certains pays d'Asie, la situation a été jugulée différemment, soit avec des mesures extrêmes, comme en Chine, soit en passant par une sorte de civisme volontaire, comme en Corée.

Ce qui est inédit, dans cette crise, c'est sa dimension mondiale. Nous nous trouvons face à ce que Marcel Mauss appelait un « fait total », qui se trouve être aussi un fait mondial. Du coup, on se retrouve face à une situation dans laquelle le droit est mal à l'aise : le fait est global, mais les réponses juridiques apportées sont nationales et diffèrent selon la culture, la nation considérée, son système politique... On se trouve écartelé entre la nécessaire souveraineté des États, qui ne doit connaître aucune limite dans ces périodes de tensions extrêmes, et la dimension mondiale des défis qui se posent à eux, et qui risquent, à terme, d'aboutir à un chaos global. Cette pandémie est la démonstration saisissante du caractère inévitable, inéluctable, de l'interdépendance entre les humains et entre les États. Mais on se trouve face à des pratiques divergentes, voire opposées, qu'il faudrait parvenir à rendre compatibles, au sein d'une communauté mondiale qui reste à inventer.

Comment justifier le « tri » des patients que l'on va pouvoir traiter, face au manque de lits en réanimation ?

Il ne se justifie pas. N'y a-t-il pas en ce cas une confiance nécessaire dans les médecins ? Mais une autre critique pourrait être avancée en amont, c'est de ne pas avoir fait en sorte que les services publics soient beaucoup mieux entretenus. Laisser des hôpitaux se dégrader ne relève-t-il pas de la

négligence grave, au sens juridique du terme ? Comment repartir, après ? Comment relancer l'élan de la nation ? Il est un peu tôt pour le dire. Vraisemblablement, il faudra un changement radical des équilibres entre la logique du marché, l'usage des nouvelles technologies et l'esprit humaniste. Le « tout-marché » a démontré sa fragilité et le « tout-contrôle » ne peut être durable. C'est donc notre récit du monde qu'il faudra d'urgence réinventer, autour d'une politique de la solidarité et d'une éthique des biens communs mondiaux à protéger, comme la santé ou le climat.

Quelles traces les restrictions aux libertés que nous vivons laisseront-elles dans les esprits quand l'épidémie aura été endiguée ?

Le risque serait, l'habitude étant prise, de prendre le pli, de revenir à ce type de mesures au moindre incident. La crainte que l'on peut avoir, c'est que, dans des circonstances moins dramatiques, les pouvoirs publics soient tentés d'utiliser de nouvelles formes de confinement, peut-être plus courtes, moins drastiques et plus localisées, mais qui porteront atteinte à une liberté aussi fondamentale que celle d'aller et venir. Banalisées, et utilisées en dehors de circonstances exceptionnelles, de telles mesures nous ramèneraient à une formule un peu oubliée, mais puissante de la Cour européenne des droits de l'homme, qui nous mettait en garde (dans les années 1970) devant le risque de « perdre la démocratie au motif de la protéger ». Quant à votre question sur les traces qui subsisteront après cet épisode, il m'est difficile d'y répondre. Vous me demandez de passer à la prédiction, et je ne sais pas faire...

Il y a peut-être une limite aux mesures que l'on peut accepter, outre une durée excessive : ce sont les atteintes qui pourraient être portées à la liberté d'expression.

La liberté d'expression n'est pas une liberté absolue. Elle est soumise aux « restrictions nécessaires dans une société démocratique » (CESDH). On a vu cependant que, en voulant faire taire les médecins qui tentaient d'alerter sur l'épidémie, la Chine a provoqué des effets dévastateurs. La liberté d'expression peut sauver des vies, et cela, c'est plutôt une bonne nouvelle !

SIMON LAMBERT/HAYTHAM-REA