



**RESTEZ
CHEZ VOUS!**

ETAT D'URGENCE SANITAIRE!

Hayek, la protection contre les épidémies et la crise sanitaire

par

Jean-Philippe Feldman



Jean-Philippe Feldman est Agrégé des facultés de droit, ancien Professeur des Universités et maître de conférences à SciencesPo, Avocat à la Cour de Paris et vice-président de l'A.L.E.P.S. (Association pour la liberté économique et le progrès social). Dernier ouvrage publié : *Exception française. Histoire d'une société bloquée de l'Ancien régime à Emmanuel Macron* (Odile Jacob, 2020).



L'état d'exception est la situation dans laquelle on invoque l'existence de circonstances exceptionnelles et la nécessité d'y faire face¹. Il se caractérise triplement : une entité à sauvegarder – l'Etat ou la communauté – ; une insuffisance des moyens « normaux » pour y parvenir ; la nécessité de limiter certaines libertés et leur garantie, et d'accroître les pouvoirs de l'exécutif. Une situation exceptionnelle impose que la puissance publique déroge au droit commun en permettant des atteintes aux libertés qui, en temps normal, seraient jugées illégales, voire inconstitutionnelles, et cela afin de faire face à un péril majeur et de le conjurer.

La « séparation des pouvoirs » et la subsidiarité se trouvent alors gravement atteintes et ce, du fait non seulement d'une concentration de la puissance entre les mains de l'Etat central, et plus particulièrement celles de l'exécutif, mais aussi, et beaucoup plus fondamentalement, du fait de l'empiètement de la sphère de l'Etat sur celle de la société civile². Autrement dit, la fin justifie les moyens : la sauvegarde de l'Etat exige que tout soit mis en œuvre pour résoudre la crise. On comprend immédiatement combien la notion d'état d'exception jure avec les valeurs libérales.

C'est en 1979, dans le troisième volume de *Droit, législation et liberté* que Hayek donne sa version définitive des limites de l'Etat, la question

¹ Michel Troper, « L'état d'exception n'a rien d'exceptionnel » in *Id.*, *Le Droit et la nécessité*, P.U.F., 2011, p. 99.

² François Saint-Bonnet, « De l'inadéquation du concept d'état d'exception pour penser le terrorisme. Réflexions sur l'Etat moderne » in Rafaëlle Maison & Olga Mamoudy (dir.), *Autour de l'état d'urgence français. Le droit politique d'exception, Pratique nationale et sources internationales*, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 11 ; *Id.*, *L'Etat d'exception*, P.U.F., 2011, pp. 16 & 31. V. Isabelle Boucobza & Charlotte Girard, « Paradigme sécuritaire et banalisation de l'état d'urgence » in Jean-Louis Halperin *et. al.* (dir.), *L'Etat d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris-Nanterre, 2017, p. 241 ; Jean-François Kervegan, v^o, « Etat d'exception » in Philippe Raynaud & Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, P.U.F., 2^{ème} éd., 1998, p. 231.



cruciale aux yeux des libéraux. Il rejette tout « Etat minimal » avant de placer au rang des « biens collectifs » ou « publics » – deux expressions ô combien controversées ! – entre autres la protection contre les épidémies³. A vrai dire, il avait déjà exprimé la même idée dans son important article sur le « Libéralisme » en 1973, si ce n'est qu'il parlait alors d'une « prévention des épidémies »⁴. On voit ici tout ce qui peut séparer une telle position de celle des anarcho-capitalistes, tel Hans-Hermann Hoppe, pour lesquels un Etat ne saurait se voir confier la gestion d'une crise sanitaire⁵. La raison en est double : d'abord et avant tout du fait de l'illégitimité de l'Etat, ensuite et de manière utilitariste du fait de son inefficacité.

Qui décide de la situation exceptionnelle ?

Qui décide de la situation exceptionnelle ? La question est classiquement reliée à celle de la souveraineté. De manière célèbre, le grand publiciste allemand Carl Schmitt – et futur théoricien du nazisme – énonce en 1922 : « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle » ou, suivant la traduction, en cas de situation exceptionnelle. « Trancher la situation décisive, tout exceptionnelle qu'elle soit, écrira-t-il une décennie plus tard, appartient à l'unité politique qui est l'autorité souveraine ». Car, pour Schmitt à l'encontre de Hans Kelsen, l'ordre juridique repose non pas sur une norme, mais

³ Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*. Volume 3, *L'Ordre politique d'un peuple libre*, trad. Raoul Audouin, P.U.F., 1983, pp. 49 & 52.

⁴ Id., « Libéralisme », 1973, in Id., *Nouveaux essais de philosophie, de science politique, d'économie et d'histoire des idées*, trad. Christophe Piton, Les Belles Lettres, 2008, p. 220.

⁵ V. Hans-Hermann Hoppe, « Etat ou société de droit privé : sur les réponses au coronavirus », entretien, trad. fr., 11 janvier 2011, www.quebecnouvelles.info/hans-hermann-hoppe-etat-ou-societe.



sur une décision. Et, dans le cas d'exception, l'Etat suspend le Droit en vertu d'un droit d'autoconservation⁶.

Hayek convient avec Schmitt que celui qui a le pouvoir de proclamer l'existence d'une crise, est le véritable souverain, mais, on le verra, il livre, lui, une solution originale pour juguler toute dérive dictatoriale⁷.

Les dangers des circonstances exceptionnelles

L'origine française de l'expression « circonstances exceptionnelles » est en elle-même révélatrice. Il ne s'agit pas de la théorie des pouvoirs de guerre découverte par le Conseil d'Etat à la fin du premier conflit mondial, mais, au sein du mouvement dit du socialisme municipal, de l'interventionnisme local destiné à pallier l'absence ou l'insuffisance de l'initiative privée dans certains domaines au début du XX^{ème} siècle⁸.

Les libéraux ont, depuis l'origine, dénoncé les conséquences délétères des circonstances exceptionnelles, à commencer par la guerre, sur la taille de l'Etat. Qui dit guerre dit accroissement des pouvoirs de la puissance publique dans tous les domaines. « La guerre, écrivait Benjamin Constant, est toujours pour les gouvernements un moyen d'accroître leur autorité ». « Si elle ne conduit pas tout à coup au despotisme, soulignait Alexis de Tocqueville, elle y amène doucement par les habitudes ». En effet, les conséquences délétères de la guerre sont encore plus dangereuses à long terme qu'à court et moyen termes. Le doyen Carbonnier tirait ainsi les conséquences des deux conflits mondiaux du XX^{ème} siècle :

⁶ Carl Schmitt, *La Notion de politique*, 1932 in *Id.*, *La Notion de politique. Théorie du partisan*, trad., Marie-Louise Steinhauser, Flammarion, 1992, p. 78 ; *Id.*, *Théologie politique*, trad. Jean-Louis Schlegel, Gallimard, 1988, pp. 15, 16, 20, 22 & 23.

⁷ Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 148.

⁸ Pascal Caille, « L'état d'urgence. La loi du 3 avril 1955 entre maturation et dénaturation », *Revue du droit public*, n° 2, 2007, p. 331.



« faire la guerre, ce n'est pas seulement piller et être pillé, c'est s'accoutumer à préférer le droit de la nécessité actuelle au respect des droits antérieurement acquis. En fait, ces deux guerres ont déposé dans le droit français des habitudes de communisme militaire. »

De là, la tentative pour les hommes de l'Etat d'user et d'abuser de la métaphore guerrière, même et surtout en dehors des périodes de conflits. C'est ainsi que Franklin Roosevelt justifia sa sollicitation de pouvoirs extraordinaires afin de faire face à la Grande dépression en 1933 : il s'agissait de demander « des pouvoirs aussi étendus que ceux qui me seraient attribués si nous étions envahis par un ennemi extérieur »⁹. Hayek le confirme : « Les situations de crise ont toujours été le prétexte sous lequel les sauvegardes de la liberté individuelle ont été démantelées »¹⁰.

L'exception française et les dispositifs de crise

Une nouvelle fois, la France se distingue de la plupart de ses homologues du fait de l'ancienneté et de la multiplicité de ses dispositifs constitutionnels ou législatifs de crise depuis la Révolution : article 92 de la Constitution de l'an VIII, article 14 de la Charte de 1814, loi du 9 août 1849, loi du 15 février 1872, loi du 5 août 1914, loi du 10 février 1918... Notre droit actuel comporte encore de multiples dispositifs d'exception : l'état de siège de la loi de 1849 modifiée, la loi du 10 janvier 1936, la loi du 11 juillet 1938, l'état d'urgence de la loi du 3 avril 1955, l'article 16 de la Constitution de 1958, les ordonnances des 6 et 7 janvier 1959...¹¹ Sans ces précédents, l'état d'urgence sanitaire ne se comprendrait pas, d'autant que la loi du 23 mars 2020 est en partie un décalque de l'état d'urgence de 1955.

⁹ Cité par Giorgio Agamben, *Etat d'exception. Homo Sacer II*, trad. Joël Gayraud, Seuil, 2003, p. 40.

¹⁰ Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 148.

¹¹ François Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, op. cit., pp. 23 & 372.



Mais, une nouvelle fois aussi, il faut remonter à l'Ancien Régime pour bien comprendre les périodes moderne et contemporaine¹². En effet, à l'origine, les lois royales sont des lois d'exception qui n'ont vocation à s'appliquer qu'en temps de crise. C'est le temps de crise qui justifie exceptionnellement la levée d'impôts ; c'est le temps de crise qui justifie exceptionnellement la législation sur l'ensemble du royaume ; c'est le temps de crise qui justifie exceptionnellement les violations de la propriété privée par le truchement des expropriations et autres réquisitions. Et c'est l'accoutumance aux situations de crise et à la croissance corrélative du pouvoir monarchique qui va permettre l'affirmation « normale » et non plus exceptionnelle du pouvoir normatif royal¹³.

L'état d'urgence sanitaire

L'état d'urgence sanitaire est entré dans l'ordre juridique français en 2020. La loi n° 2020-290 du 23 mars d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 modifie le Code de la santé publique. Selon l'article L 3131-12, l'état d'urgence sanitaire peut être déclaré sur tout ou partie du territoire « en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population ». On a pu dire à raison que les situations de crise sont révélatrices de la solidité ou de la fragilité des libertés dans un Etat de droit. A cette aune, il est permis d'être inquiet pour les Français...

Prenons les libertés économiques pendant la crise sanitaire. La liberté d'entreprendre a été suspendue du fait de restriction de l'exercice des activités économiques avec la fermeture des établissements qui accueillait le public. Par dérogation, certaines activités sont autorisées : les « secteurs particulièrement nécessaires à

¹² Leitmotiv de notre ouvrage *Exception française. Histoire d'une société bloquée de l'Ancien Régime à Emmanuel Macron*, Odile Jacob, 2020.

¹³ François Saint-Bonnet, *L'Etat d'exception*, op. cit., p. 145 ; Id., v°, « Législations d'exception » in Joël Andriantsimbazovina et al. (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, P.U.F., 2008, p. 607.



la sécurité de la nation ou à la continuité de la vie économique et sociale », étant précisé que le pouvoir de police sanitaire s'exerce sur ces activités autorisées. La liberté contractuelle est également suspendue. Plus exactement, la liberté contractuelle privée par l'interdiction des stipulations contractuelles des théories de la force majeure et de l'imprévision. En revanche, la liberté contractuelle publique se trouve renforcée afin de permettre aux personnes publiques de satisfaire à leurs besoins d'urgence par le biais du droit des marchés publics ! Enfin, on déroge à la libre concurrence du fait du contrôle des prix et de l'accroissement des aides aux activités économiques¹⁴.

Revenons sur la notion d' « activité essentielle ». A savoir, au fil de la réglementation : les assurances, les banques, les commerces d'alimentation, les pharmacies, les services funéraires, les transports individuels, etc. Les marchands de journaux et les papeteries, mais pas les librairies. Les blanchisseurs-teintureries, les cavistes... mais pas les sex-shops et ce, ni en France ni en Allemagne. En effet, le gérant d'un sex-shop avait saisi par une procédure d'urgence le Tribunal administratif de Stuttgart aux fins de reconnaissance de la fourniture d'un besoin de base et par voie de conséquence d'une continuation d'ouverture. Par une décision du 14 avril 2020, le juge a rejeté cette demande en estimant que les besoins de base se limitaient à ce qui était indispensable à la vie quotidienne des individus...¹⁵

Pris de court par l'urgence, pour ne pas dire paniqués par leur totale impréparation et les risques pénaux qui pesaient sur la plupart d'entre eux telle une épée de Damoclès, les hommes de l'Etat ont tâtonné juridiquement. Le pouvoir de police sanitaire a d'abord été exercé par le ministre de la Santé sur le fondement de l'article L 3131-1 du Code de la santé publique relatif aux mesures applicables en cas de menaces

¹⁴ Arnaud Sée, « Les libertés économiques en période de crise sanitaire : un premier état des lieux », *Revue des droits et libertés fondamentales*, 2020, « Chronique ». n° 21, 13 p..

¹⁵ Jérôme Germain, « Droit constitutionnel et pandémie en Allemagne : la Constitution économique, les droits fondamentaux et les pouvoirs parlementaires à l'épreuve de la crise », *Civitas Europa*, 2020/1, n° 44, p. 241.



sanitaires graves. La menace ayant fait place à une crise, est intervenu un décret du Premier Ministre en date du 16 mars 2020 sur le fondement des circonstances exceptionnelles. Puis a été prise la loi sur l'état d'urgence sanitaire du 23 mars. On a pu souligner la parenté entre les deux états d'urgence de 1955 et 2020 : une étrange dérogation à l'état normal sans habilitation constitutionnelle, un régime d'état d'exception qui transgresse les libertés constitutionnellement garanties et ce, en vertu d'une simple loi¹⁶. Et ce n'est pas un hasard si ce régime a été choisi puisque, dans l'impossibilité évidente d'utiliser l'article 16 de la Constitution, – le général de Gaulle eût sans doute adopté une interprétation contraire... – les conditions n'en étant manifestement pas remplies, les hommes de l'Etat ont choisi le régime le plus dérogatoire qui soit aux droits et libertés, pire a-t-on pu dire à certains égards que l'article 16.

La déclaration de l'état d'urgence sanitaire a donné au Premier Ministre le pouvoir de prendre par décret, sur rapport du ministre de la Santé, des mesures générales limitatives des libertés d'aller et venir, d'entreprendre et de réunion, et de procéder aux réquisitions nécessaires. Par la loi du 23 mars 2020, il a été habilité à limiter les libertés de manière particulièrement expansives, de dix manières différentes.

Certes, la loi encadre la profonde restriction des libertés : les décrets ne doivent avoir pour fin que de « garantir la santé publique » ; les mesures prises doivent être « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu » ; il doit y être mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires ; les mesures peuvent faire l'objet de recours d'urgence devant le juge administratif – et non pas devant le juge judiciaire, pourtant garant selon la Constitution de la liberté individuelle. Il s'en est suivi une multitude de textes d'application qui n'ont guère fait polémique, alors que la bureaucratisation est en temps normal

¹⁶ Oliver Beaud & Cécile Guérin-Bargues, « L'état d'urgence sanitaire : était-il judicieux de créer un nouveau régime d'exception ? », *Recueil Dalloz*, 30 avril 2020, n° 16, « Chronique », p. 892.



brocardée. Et moult justiciables ont saisi la justice administrative par la voie du référé-liberté en lui demandant... d'aggraver en réalité les mesures privatives des libertés ! Le Conseil d'Etat a ainsi rejeté la quasi-intégralité des dizaines de recours d'urgence, écartelé qu'il s'est trouvé entre, d'une part, la sauvegarde d'une liberté à laquelle une atteinte grave et manifestement illégale aurait été portée, et, d'autre part, le risque de dépasser ses fonctions. Le vice-président de l'institution en est même venu le 16 avril 2020 à se lamenter de la menace d'un « gouvernement des juges » à force que l'on demande au Conseil de prendre la place des « experts » et du gouvernement !

Le concept de sécurité a changé de sens. En temps normal, il s'agit de garantir les droits des individus ; en période de crise, il s'agit d'assurer le salut de l'Etat. La sécurité policière détrône alors la sécurité juridique¹⁷. Celle-ci suppose la prévisibilité, alors même que la crise est celle de l'imprévisible¹⁸. Ainsi, qu'est-ce qu'une activité économique « essentielle » ? Difficile de définir ce concept, sauf à entrer dans l'arbitraire. De même, qu'est-ce qu'une « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population » ? On a pu souligner qu'une épidémie de grippe saisonnière était susceptible d'en remplir les conditions !

Là encore, nous voyons combien les états d'exception jurent avec les valeurs libérales. En effet, le développement économique n'est survenu dans l'Histoire, entre autres conditions, que lorsqu'un climat suffisant de sécurité juridique a été assuré aux individus.

L'état d'urgence sanitaire et l'absence de contre-pouvoirs

L'état d'urgence sanitaire a eu des conséquences d'autant plus graves pour les droits et libertés que l'absence de contre-pouvoirs a été mise en lumière de manière éclatante. Traditionnellement, on distingue

¹⁷ Frédéric Gros, *Le Principe sécurité*, Gallimard, 2012, p. 150.

¹⁸ François Saint-Bonnet, v° « Etat d'exception » in Michela Marzano (dir.), *Dictionnaire de la violence*, P.U.F., 2011, p. 456.



quatre grands types de contre-pouvoirs : l'opinion publique, chère à Benjamin Constant ; la presse ; le Parlement ; et la justice.

Quant à l'opinion publique, sa passivité lors de la crise sanitaire est apparue stupéfiante – on mettra à part les zones de non-droit qui pullulent dans notre pays... Elle n'apparaît ni nouvelle ni surprenante. Des publicistes pouvaient conclure leur étude de l'état d'urgence des années 2015-2017 avec force sévérité :

« Il y eu passivité de l'opinion française, trop vite encline à accepter ces mesures au motif que l'Etat, par de telles lois, la protégerait contre des attaques terroristes. Il n'y a rien de surprenant toutefois pour quiconque connaît un peu l'histoire de notre pays de facture anciennement absolutiste et administré (...). Derrière le mince verni du constitutionnalisme continue de transparaître ce qui constitue l'ADN de l'Etat : la raison d'Etat. Les citoyens en France s'en accommodent depuis longtemps, ils ont donc l'Etat qu'ils méritent. »¹⁹

La présence d'un Etat providence poussé à son paroxysme ne peut que se traduire par la passivité des individus. Encadrés du berceau à la tombe, les Français tombent logiquement dans l'indolence²⁰. La puissance de l'audiovisuel public couplée aux aides diverses au secteur privé n'est pas plus de nature à forger une opinion éclairée, d'autant plus que l'éducation nationale et le monopole universitaire jouent également de leur côté.

Quant aux institutions, autre manifestation d'une « exception française », à savoir un régime parlementaire à présidence forte quasi-unique dans le monde civilisé – un régime dans lequel le Président peut tout, même changer un homme en femme... –, elles accusent encore leurs défauts en période de crise. La toute puissance de l'exécutif braque le projecteur sur les faiblesses du législatif et du judiciaire.

En 2015 et les années suivantes déjà, nul n'avait eu la présence d'esprit de saisir le Conseil constitutionnel a priori au sujet de l'état

¹⁹ Olivier Beaud & Cécile Guerin-Bargues, *L'Etat d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2018, p. 192.

²⁰ Nous renvoyons de nouveau à notre ouvrage *Exception française*.



d'urgence et des prorogations de la loi. Il en a été de même pour la loi du 23 mars 2020. Mais même lorsqu'il se trouve saisi, le Conseil a l'habitude de rendre des décisions très compréhensives à l'égard de l'exécutif. Ainsi, sa décision du 25 janvier 1985 a-t-elle écarté la thèse de l'abrogation implicite de la loi de 1955 alors qu'on aurait pu penser, changement de République aidant, qu'elle ne faisait plus partie de notre ordre juridique. Quant à sa décision du 26 mars 2020 sur la loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, elle a couvert une violation procédurale manifeste de l'article 46 alinéa 2 de la Constitution « compte-tenu des circonstances particulières de l'espèce », une motivation que certains publicistes n'ont guère goûtée...

Le contrôle parlementaire s'est lui aussi distingué par son évanescence. Dès le 17 mars 2020, la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale a suspendu la plupart des activités parlementaires, tandis que le Sénat ne maintenait que les questions au gouvernement. Sans doute fallait-il que nos parlementaires se protègent du virus avant de protéger les Français... On a pu souligner à juste titre au sujet de l'état d'urgence de 2015-2017 qu'il était difficile de se lamenter d'un Parlement au contrôle faible et d'un judiciaire aux pouvoirs limités alors même que la Constitution ne leur était originellement pas favorable et que la coutume constitutionnelle a accusé ce trait²¹.

La crise sanitaire a témoigné des vices d'une monarchie républicaine bureaucratique et centralisée. En contrepoint, les Allemands semblent l'avoir un peu moins mal gérée. Certes, comme en France, l'Etat allemand a adopté un plan fédéral de lutte contre la crise historiquement coûteux, avec l'augmentation abyssale des dépenses publiques et la croissance massive des aides aux entreprises entre autres. Mais si le fédéralisme allemand est apparu initialement comme une faiblesse en empêchant des prises des décisions rapides et unies, il a permis l'adoption de mesures différentes entre les *Länder*, plus adaptées aux situations locales, en favorisant par voie de conséquence

²¹ Isabelle Boucobza & Charlotte Girard, « Paradigme sécuritaire et banalisation de l'état d'urgence » in Jean-Louis Halperin *et. al.*, *op. cit.*, p. 249.



une concurrence entre eux²². En France, même la « décentralisation centralisée » a fait des dégâts. En effet, les autorités de police locales disposant du pouvoir d'aggraver les mesures nationales « compte tenu du contexte local », des arrêtés plus ou moins fantaisistes ont pullulé, de l'interdiction de la vente d'alcool fort pour combattre les violences conjugales à l'interdiction de se déplacer à plus de dix mètres de chez soi²³ ! Une deuxième couche de harcèlement textuel pouvait ainsi s'ajouter à la première...

Une juriste a bien synthétisé les conséquences délétères des états d'urgence :

« reposant sur le renoncement du législateur à assurer la protection des droits et liberté, relativisant la protection offerte par le contrôle de constitutionnalité, autorisant la multiplication et la généralisation des atteintes aux droits et libertés, dissimulant une logique préventive à disposition du pouvoir de police, renforçant la place du juge administratif au détriment de celle du juge judiciaire, l'état d'urgence est profondément déstabilisateur pour le droit des droits et libertés. »²⁴

Financement public et réalisation privée

Si Hayek place au rang des missions de l'Etat la protection contre les épidémies, il ne considère pas pour autant que celui-ci doit directement rendre le service. Certes, le financement est public, autrement dit, il provient de l'impôt. Mais l'Etat ne détient pas le droit exclusif de la prestation, écrit-il en 1973²⁵. Hayek est plus explicite six ans plus tard en suggérant le fait de la confier à des prestataires privés.

²² Jérôme Germain, *loc. cit.*, pp. 227, 231 & 233.

²³ Arnaud See, *loc. cit.*.

²⁴ Ariane Vidal-Naquet, « Le maintien de l'état d'urgence : vers un nouveau droit des droits et libertés ? » in Pauline Gervier (dir.), *La sortie de l'état d'urgence*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020, p. 101.

²⁵ Friedrich A. Hayek, « Libéralisme » in Id., *Nouveaux essais de philosophie, de science politique, d'économie et d'histoire des idées*, op. cit., p. 220.



Il cite explicitement les *vouchers* prônés par Milton Friedman en matière éducative. Et il renvoie à la subsidiarité, y compris fiscale, à la décentralisation et éventuellement au fédéralisme. Il s'ensuit que la protection contre les épidémies n'est pas un monopole de l'Etat, entendu au sens le plus large du terme, et que la concurrence du secteur privé permettra de rendre le service, financé par des fonds publics, dans les meilleurs conditions. A cette aune, la gestion française de la crise sanitaire fait figure presque de contre-exemple : une gestion hypercentralisée qui a provoqué, avec force circonvolution, une pénurie de masques sur fond de contrôle des prix et des stocks qui faisaient figure d'Arlésienne ; un phagocytage des initiatives locales avec des exemples ubuesques de détournement ou de captation des marchandises obtenues par ces dernières, etc. Il sera noté que la version hayekienne de la décentralisation se conçoit classiquement au sein d'un Etat, alors que la décentralisation des anarcho-capitalistes tel Hans-Hermann Hoppe ne se comprend que comme celle de décideurs au sein d'une société de droit privé²⁶.

Faut-il encadrer constitutionnellement les crises ?

Faut-il encadrer constitutionnellement les crises ? Est-ce opportun alors même qu'il y a contradiction à envisager ce qui ne peut l'être vraiment ? Alors même que les règles édictées pourraient ne pas être respectées, même si l'absence de règles pourrait être propice aux violations des droits de l'homme ? Hayek répond positivement. Il part de l'acceptation du célèbre postulat de Carl Schmitt selon lequel celui qui a le pouvoir de proclamer qu'il y a crise est le véritable souverain. On peut donc craindre que ce pouvoir abuse de son autorité et qu'il profite des circonstances pour démanteler les sauvegardes de la liberté. Tel est d'ailleurs l'objet du dernier volume de *Droit législation et liberté* : livrer la recette de l'ordre politique d'un peuple libre et qui doit rester tel. L'autorité qui détient le pouvoir de proclamer qu'il existe une crise

²⁶ Hans-Hermann Hoppe, « Etat ou société de droit privé : sur les réponses au coronavirus », *loc. cit.*.



ne doit en aucun cas assumer les pouvoirs d'exception qui s'ensuivent. Dans la situation d'urgence, elle ne détient plus qu'un seul pouvoir, mais essentiel : le droit de révoquer à tout moment les pouvoirs d'exception confiés à un autre organe. Plus précisément, elle pourrait non seulement révoquer, mais aussi restreindre les pouvoirs concédés. Et, à l'issue de la crise, elle recouvrerait ses pouvoirs normaux ; en ce sens, elle aurait la compétence de confirmer ou d'abroger toutes les mesures prises par l'autorité détentrice précédemment des pouvoirs exceptionnels²⁷. Il ne faudrait cependant pas que le pouvoir de restreindre les pouvoirs concédés crée des tensions, a fortiori vives, avec la puissance en charge de ces derniers. Et surtout, pour paraphraser la brillante critique de Benjamin Constant à l'égard de la « séparation des pouvoirs » de Montesquieu, il ne faudrait pas que les pouvoirs se liguent... Deux menaces inverses qui pourraient au demeurant se succéder.

Les hommes politiques, les risques et l'interventionnisme

Certains hommes politiques se sont transformés en marchands de peur, un simple risque provoquant une intervention de l'Etat. Et comme la tolérance au risque dans les sociétés civilisées contemporaines est de plus en plus limitée, l'interventionnisme a cru sans contrôle. Alors que la civilisation a permis de diminuer dans leur ensemble les risques, leur perception, elle, s'en est trouvée accrue, selon un mécanisme que Tocqueville a finement analysé en son temps. L'extrême sensibilité à l'insécurité alimente constamment le désir de protection²⁸. Les états d'urgence successifs en témoignent. Dans son étude annuelle de 2021, le Conseil d'Etat indiquait : « L'état d'urgence répond à un souci toujours plus exacerbé de protection de la vie. La notion de crise est entendue de façon de plus en plus large aujourd'hui, jusqu'à être souvent confondue

²⁷ *Ibid.*, pp. 148-149.

²⁸ Sur le mécanisme et ses effets sur la liberté d'expression v. Jean-Philippe Feldman, « Par delà les « affaire Dieudonné ». Individu, Etat et liberté d'expression en France » in Henri Lepage (dir.), *Libéralisme et liberté d'expression*, Texquis, 2015, pp. 35-37.



avec la menace »²⁹. Et quel risque, plus encore quelle menace, plus grand que celle portée contre la vie même des individus et des citoyens ?

* *
*

En conclusion de nos études de 2020, nous martelions que les circonstances exceptionnelles ne devaient pas devenir des circonstances normales et qu'un état d'exception ne devait pas se transmuier en Etat d'exception. Nous proposons trois grandes mesures : mettre fin à l'exception française de la monarchie républicaine ; encadrer les pouvoirs exceptionnels et les états d'urgence en assurant la réalité des contrepoids ; supprimer les mesures prises dès la fin de la crise³⁰. Nous insisterons sur ce dernier point.

On a pu souligner que « la permanence et la banalisation de l'état d'urgence ne résultent plus tant de la répétition formelle d'un régime juridique conçu pour être temporaire que, plus profondément, de sa transpiration matérielle dans la législation de droit commun »³¹. On a également pu remarquer que, en définitive, c'était plus la sortie de l'état d'urgence qui importait pour les libertés que l'état d'urgence lui-même³². Or, Emmanuel Macron n'a pas hésité à déclarer en 2017 que la sortie de l'état d'urgence de 2015 ne s'opérerait qu'après l'adoption

²⁹ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2021. Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes, La Documentation française, 2021.

³⁰ Jean-Philippe Feldman, « Constitution, état d'exception et état d'urgence sanitaire », *Journal des Libertés*, été 2020, n° 9, pp. 159-169 ; *Id.*, « Protection des libertés et institutions », *Réformer pour libérer*, www.reformerpourliberer.org, 2020.

³¹ Véronique Champeil-Desplats, « Les temps de l'état d'urgence » in Jean-Louis Halperin *et. al.*, *op. cit.*, p. 239.

³² Laurent Domingo, « Propos introductif » in Pauline Gervier (dir.), *op. cit.*, p. 17.



d'une loi qui entérinerait ses principales dispositions pour les temps normaux³³ ! C'est tout l'objet de la loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme que d'avoir transposé dans le Code de la sécurité intérieure de nombreuses mesures issues de l'état d'urgence. Une logique des petits pas introduit des règles à titre exceptionnel, puis provisoire, enfin, du fait de leur efficacité réelle ou prétendue, de manière permanente³⁴.

La pérennisation des mesures exceptionnelles apparaît d'autant plus inquiétante que nous ne sommes pas à l'abri d'hommes politiques particulièrement démagogiques ou populistes excipant de prétendues crises pour accroître leurs pouvoirs. Notre droit interne connaît un état d'urgence que l'on peut qualifier de sécuritaire depuis 1955 et en dernier lieu un état d'urgence sanitaire depuis 2020. Autrement dit, hier il y avait urgence à se protéger contre les émeutes urbaines ou le terrorisme comme contre l'épidémie. Demain n'y aura-t-il pas une urgence « sociale » à lutter contre les inégalités ? Une urgence environnementale à lutter contre le changement climatique ? A moins que l'on préfère, comme les rouges-verts, mêler les deux dans une même urgence... Une urgence qui pourrait changer de forme puisque de l'urgence réelle de la situation présente, on passerait à l'urgence éventuelle de la situation future, en aggravant encore les risques liberticides compte tenu du caractère ectoplasmique de la menace.

On a pu relever que l'état d'exception relevait d'une sorte de régression : le retour à un désir de fusion, celle d'une communauté archaïque formant l'union des vivants contre la mort³⁵. Il s'agit en réalité d'un retour au primitivisme, cette idée selon laquelle la « société » devrait tendre vers un but ultime et un seul en période de

³³ François Saint-Bonnet, « De l'urgence à la résilience : la reconquête du temps long » *in ibid.*, p. 75.

³⁴ Jean-Baptiste Perrier, « Vers l'état d'urgence permanent », *Recueil Dalloz*, 2020, n° 26, « Entretien », p. 1512.

³⁵ Antoine Garapon & Michel Rosenfeld, *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, P.U.F., 2016, pp. 31-32.



paix et, pour paraphraser Hayek, l'ordre spontané fait place à l'organisation, de la même manière que la société tend à un but ultime – sa survie – en période de guerre³⁶. C'est ce qu'écrivait déjà Al Gore, très représentatif du constructivisme contemporain, lorsqu'il consacrait un chapitre de son ouvrage opportunément intitulé *Urgences planétaires* « Un nouveau but commun », à savoir mettre fin à la destruction de l'environnement, et sauvegarder et préserver le système écologique. L'inénarrable Nicolas Hulot écrivait de même en 2009 qu'il fallait de toute urgence « redéfinir l'ambition du projet humain »³⁷. Les penseurs libéraux, de Guyot à Hayek, n'ont cessé de lutter contre l'atavisme social et la résurgence des instincts primitifs³⁸. Un atavisme auquel, en fait, veulent nous ramener les marchands de peur et autres thuriféraires de la croissance exponentielle de l'Etat, et auquel les forces de la civilisation doivent s'opposer.

³⁶ Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, op. cit., p. 147.

³⁷ Nicolas Hulot, *Le Syndrome du Titanic 2*, Calmann-Levy, 2009, p. 112. V. Jean-Philippe Feldman, *La Famine menace-t-elle l'humanité ?*, Jean-Claude Lattès, 2010, pp. 68 s.

³⁸ Yves Guyot, *La Tyrannie collectiviste*, Les Belles Lettres, 2005, pp. 22-23, 128 et 291 ; Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, op. cit., pp. 202-203.