

PRÉFACE

La crise du Covid-19 a plongé les auteurs de doctrine juridique, comme bien d'autres commentateurs du reste, tantôt dans une sidération muette, tantôt dans une réactivité compulsive. Ou bien l'on se taisait, dépassés par l'ampleur et la durée de l'événement, ou l'on se répandait en cartes blanches et billets d'humeur pour s'indigner de telle ou telle mesure imposée par la gestion d'urgence. Le livre dont on aborde la lecture échappe à ces deux travers : capitalisant sur quatre décennies de réflexion, Hugues Dumont, dont on connaît la maîtrise tant du droit constitutionnel que du droit européen, prend du recul, élargit le focus, et propose une analyse, lucide et volontariste, des défis que la pandémie, qui agit ici comme un révélateur, pose aux États, à l'Union européenne, et à leurs rapports respectifs.

Profitant de ce *momentum* exceptionnel, des lumières crues qu'il jette sur l'actualité, et – on peut l'espérer – d'une certaine disposition au changement des populations et de leurs dirigeants secoués par la crise, l'auteur adopte une perspective à la fois réaliste et résolument prospective pour penser le rôle des États et de l'Union européenne dans le monde « post-Covid », dont le Président Macron avait dit, dans son discours du 16 mars 2020, qu'il serait marqué par des « décisions de rupture ».

Rupture, sans doute, mais aussi continuité et accélération ; c'est la première thèse de l'auteur : cette pandémie, inouïe et sans précédents à bien des égards, se révèle surtout, avec le recul, être un formidable révélateur de tendances lourdes déjà à l'œuvre avant son déclenchement.

Elle en grossit les traits, bien entendu, elle en renforce les mouvements, rendant ainsi l'analyse plus significative et les réformes plus impératives. Au bénéfice d'une connaissance approfondie de ces domaines, enrichie des instruments de plusieurs sciences sociales, et à l'occasion, de considérations philosophiques des plus actuelles, Hugues Dumont développe, à propos de chacun des thèmes abordés dans les huit chapitres de l'ouvrage (qui répondent à autant de questions qui ont fait débat au cours des mois écoulés), une pensée nuancée, balancée – dialectique pour tout dire : Edgard Morin rappelle que seule la pensée dialectique est adaptée au traitement de questions complexes et évolutives. On en veut pour preuve la manière dont sont discutées les questions faisant l'objet des six premiers chapitres.

Et d'abord la question controversée des atteintes aux libertés publiques qui ont caractérisé la période considérée, au point qu'on a pu parler d'état d'urgence ou d'exception. À juste titre, l'auteur considère que, s'il y a lieu de se méfier de ceux-ci, il est tout aussi nécessaire de se garder des régimes qui, comme la Belgique, prétendent pouvoir s'en passer. On sait que l'article 187 de notre Constitution interdit de suspendre la loi fondamentale « en tout ou en partie » ; sachant que c'était pourtant de suspension partielle qu'il s'agissait (de « dérogation » aux droits, dans le langage de la Convention européenne des droits de l'homme), on est en droit de penser que cette posture vertueuse traduit pour le moins une grande naïveté. Une telle position s'expose au risque de mettre en place un régime pire que l'état d'exception *de iure*, à savoir un régime d'état d'exception *de fait*. Voilà donc un premier défi, et un premier chantier : modifier l'article 187 de la Constitution pour que les états d'urgence et d'exception qu'il faudra sans doute encore adopter à l'avenir (à l'instar du sociologue Bruno Latour, beaucoup

s'accordent en effet à considérer l'épisode du Covid comme la « répétition générale » de crises à venir) restent bien des régimes de droit, limités dans le temps et soumis à contrôle juridictionnel (notamment au regard de l'article 15 de la CEDH complètement oublié pendant cette période).

Le deuxième chapitre, le plus riche de l'ouvrage à mes yeux, met en lumière à la fois le rôle toujours « indéclinable » (au sens où on ne peut s'en passer) de l'État, et en même temps la nécessaire modestie dont il lui faudrait faire preuve dans l'exercice de sa souveraineté en raison des transformations que lui impose un monde en réseau et pluriculturel. (Le septième chapitre reprendra ces analyses en les enchâssant dans la théorie de ce qu'il est convenu d'appeler l'« État postmoderne »). Alors que la vague néo-libérale des dernières décennies avait tenté de discréditer les collectivités publiques et réduire à peu de chose les fonctions étatiques, la survenance de la crise s'est accompagnée d'un très fort besoin d'État, et sa gestion s'est traduite par un véritable retour en force de son *imperium*. Les fameuses lois du service public ont fait preuve à cet égard d'une belle résilience. Mais l'État qui, ainsi, prenait en main la santé publique tout en portant à bout de bras les secteurs économiques et les personnes les plus menacées, n'était plus l'État social classique. Il devait se faire stratège et modeste dans ses rapports avec l'ensemble des acteurs constituant désormais le réseau du droit postmoderne : dans ses rapports avec les pouvoirs locaux, cette modestie stratégique doit répondre aux subtils calibrages du principe de subsidiarité ; à l'égard d'une société civile qui s'est montrée solidaire et inventive, il faut établir des partenariats véritables ; vis-à-vis des experts, omniprésents durant la crise, il fallait s'en inspirer sans se laisser déposséder de la responsabilité ultime de la décision politique ; à l'égard de la population

enfin, il fallait faire preuve de pédagogie et n'user de l'arme pénale qu'avec parcimonie.

Inspiré toujours par une perspective dialectique, l'auteur aborde, dans le troisième chapitre, la nécessité absolue de la délibération démocratique, même et surtout en période de crise (certains lui préféreraient les procédés plus expéditifs du régime chinois). C'est la grandeur et la spécificité du régime démocratique – un régime caractérisé par l'« indétermination de ses repères », comme disait Claude Lefort – d'être en quelque sorte à la hauteur des situations d'extrême incertitude comme celle que nous avons traversée. Encore faut-il pour cela que les conditions d'un débat significatif et informé soient réunies. À cet égard, l'urgence invoquée était un obstacle redoutable, d'autant qu'elle s'accompagnait généralement du mot d'ordre selon lequel « il n'y a pas d'alternative ». Autre obstacle de taille : l'« infodémie », terme qui s'est répandu durant la pandémie, et qui vise l'avalanche de rumeurs et contre-vérités qui se sont répandues sur les réseaux sociaux. L'auteur a raison de souligner combien la démocratie a besoin de s'appuyer sur certains repères factuels élémentaires, et de partager au moins le souci d'établir en commun certains faits avérés. La confiance, base invisible des régimes politiques, repose aussi bien sur la justice que sur cet attachement à l'objectivité élémentaire relative au monde qui nous entoure.

Les trois chapitres suivants abordent successivement les trois étages (partiellement imbriqués, il s'entend, dès lors que nous sommes entrés dans le droit en réseau) de la gouvernance impliqués dans le traitement de la crise : l'État, l'Union européenne, et les institutions de la gouvernance planétaire. Ici encore le Covid a servi de miroir grossissant et d'accélérateur des tendances antérieures déjà observables. Ainsi des frontières étatiques et de l'intégrité des

territoires, signes tangibles de la souveraineté des États ; on sait combien la mondialisation les a mis à mal, au point que certains parlaient déjà de leur effacement. Mais, en même temps, elles ne cessaient de hanter les imaginaires politiques, et elles ont été revitalisées, avec la force qu'on sait, au cours des premiers mois de la crise, retrouvant notamment leur rôle d'éloignement et de contrôle. Se pose alors la question politique centrale du devenir de la souveraineté étatique. L'auteur, qui reprendra cette question au chapitre 8, plaide pour une souveraineté « inclusive », qui se garde de « la loi de la bipolarité des erreurs : ni crispation territoriale, ni abandon de la territorialité ».

Vient ensuite l'Union européenne, critiquée, comme toujours, et finalement efficacement présente sur le terrain de la réaction à la pandémie. Certes, la réaction fut lente à l'alumage, et, comme souvent, les compétences dont elle dispose ne lui donnent pas pleine et entière liberté d'action. Il n'empêche, tant sa réaction sur le plan de la solidarité vaccinale que son aide massive aux économies chancelantes des États furent à la hauteur de l'événement. Cependant, la politique d'achats groupés de vaccins dut finalement réduire ses ambitions dans la partie de bras de fer qui s'est jouée avec les *big pharmas*, et dans ce qui est devenu en certaines occasions un jeu géopolitique classique dont le nationalisme vaccinal n'était pas absent. Quant au rachat massif des titres émis par les États membres, qui a pourtant permis de préserver le crédit des États les plus faibles, on sait qu'il ne fait toujours pas l'unanimité.

Ces questions des limites de la solidarité internationale se retrouvent, encore amplifiées, à l'échelon planétaire : celui de l'OMS, du G7, du G20 et de quelques autres institutions spécialisées, qui furent, elles aussi, des acteurs importants de la gestion de la crise. L'objet d'analyse le plus intéressant

à cet égard est le Covax, auquel l'auteur consacre quelques pages très documentées. Inspirée de l'idée généreuse selon laquelle les vaccins devaient être accessibles à tous le plus rapidement possible (idée portée notamment par l'Union européenne), le Covax est une sorte de centrale d'achats planétaire de vaccins, destinée, comme on s'en doute, à négocier avec les producteurs dans une position plus favorable. Il était prévu par ailleurs que les vaccins seraient mis gratuitement à la disposition de quelques dizaines d'États parmi les plus démunis. La logique était solidariste et relevait d'une politique internationale multilatérale novatrice. Las !, à l'expérience, les difficultés s'accumulèrent, les mauvaises volontés firent barrage, et bientôt la logique bilatérale classique (celle de la « diplomatie vaccinale » des puissances les plus influentes) reprit le dessus, en même temps que la conception traditionnelle de l'assistance, dans les rapports Nord-Sud, plutôt que celle de l'intelligence collective, du partage des technologies, et d'un droit de la propriété intellectuelle revisité pour faire place à la logique des « communs », au moins en cas de crise sanitaire grave. Autant de pistes que l'auteur explore au titre des « défis » que pose l'épidémie de Covid envisagée comme « répétition générale » de crises écologiques ou sanitaires à venir.

L'avant-dernier chapitre reprend ces différentes questions sous l'angle plus théorique de la théorie générale de l'État. En l'occurrence, un État « post-moderne », dont Jacques Chevallier a dressé un portrait détaillé et dont l'auteur considère qu'il fournit un cadre d'analyse adéquat pour décrire et évaluer la gestion de la crise par les États membres. Sont ainsi successivement discutés différents aspects de cette gouvernance « post-moderne » : une régulation inspirée par le principe de subsidiarité, qui se nourrit de la consultation d'acteurs multiples, dont, au premier

chef, les « experts », qui emprunte la forme de *nudges* (dispositifs techniques d'incitation et de contrôle, comme le passe sanitaire) plus que celle du commandement formel, et qui pratique la négociation et le compromis dans le cadre de montages institutionnels complexes, au sein du Conseil européen notamment. Les urgences de la crise ont cependant souvent bousculé ce modèle : tantôt les États en revenaient à des mesures excessivement centralisées et exagérément sanctionnées, tantôt ils cédaient à la pression de *lobbys* ou de collectivités infra-étatiques peu solidaires. Si, globalement, la gestion de la crise a confirmé la « rémanence des fonctions étatiques » et même la nécessité de leur renforcement, et ce dans le souci des droits humains (renforcer la cohésion sociale, garantir la sécurité, réguler et soutenir l'économie, assurer la protection sociale), les événements ont cependant traduit aussi la prégnance des effets de l'idéologie néo-libérale de la mondialisation. Ainsi, à propos de la gestion de l'approvisionnement et de la distribution des vaccins, l'auteur n'hésite pas à pointer du doigt la dépendance de la stratégie des États et des organisations internationales à l'égard des grands groupes pharmaceutiques mondiaux, plus soucieux de la rémunération de leurs actionnaires que du bien commun.

Le huitième et dernier chapitre, prenant encore plus de hauteur, entend saisir l'occasion de la pandémie pour tirer des leçons pour l'avenir, comme chacun se le promettait au plus fort de la crise. La première proposition concerne la souveraineté des États, soumis aux fortes pressions de courants nationalistes, trouvant prétexte de la crise pour raviver leur rejet du multilatéralisme et leur crispation identitaire à l'abri de frontières renforcées. Fidèle à sa position dialectique, Hugues Dumont explique que l'enjeu n'est pas de renoncer à la souveraineté, dont on a montré l'utilité et qui

demeure la pierre angulaire du droit international, mais de l'ajuster à une mondialisation solidaire. Cette souveraineté, paradoxale et graduée (elle ne s'entend plus comme pouvoir d'autodétermination illimité), devrait se faire « inclusive » (à l'égard des migrants, notamment) pour s'ajuster à un multilatéralisme ouvert. Sur le plan des droits humains, elle implique subordination des États à des valeurs universelles supérieures, et reconnaissance de la compétence de juridictions supranationales, saisies par des individus et des groupes, pour en connaître. Sur le plan du débat concernant la prévalence des constitutions sur les traités européens, cette conception inclusive (on reconnaît le débat entre les conceptions moniste et pluraliste au sujet de la primauté ou non du droit de l'Union) privilégie le dialogue coopératif (référence est faite à l'« éthique » de la traduction, ou encore au principe de « coopération loyale » qui s'applique désormais à l'Union elle-même) qui conduit, dans une optique pragmatique et conciliatrice, à s'efforcer d'éviter d'enfreindre le droit de l'Union, sans pour autant s'enfermer dans une crispation doctrinale moniste qui ne ferait qu'entraver le dynamisme de la construction européenne et raviver les tensions. Et l'auteur de discuter sous cet angle les décisions « préoccupantes » rendues par la Cour constitutionnelle allemande au sujet de la conventionnalité du programme d'achats d'actifs du secteur public sur le marché secondaire par la Banque centrale européenne (arrêt du 5 mai 2020 qui conclut à l'irrégularité de l'opération, suivi des décisions du 26 mars 2021 et du 15 avril 2021, laissant présager de nouvelles tensions).

La seconde proposition concerne, quant à elle, la qualification de la construction européenne elle-même. On sait celle-ci partagée, depuis toujours, entre une logique centrifuge multinationale et une logique fédérale opérant en sens

contraire. Toujours fidèle à son approche dialectique, soucieuse de tirer le meilleur parti du possible, l'auteur plaide pour une accentuation du pôle fédératif, sans pour autant déséquilibrer la Fédération plurinationale européenne. Cet objectif passe par une clarification des concepts utilisés dans le débat, à commencer ce concept de « Fédération plurinationale » régie par un « pacte constitutionnel » – deux qualifications dialectiques, on le notera. Loin de se limiter à cette approche notionnelle, bien nécessaire au demeurant, vu le caractère idéologiquement surdéterminé du débat, l'analyse se poursuit par l'examen de diverses pistes susceptibles de donner consistance à ce projet fédératif respectueux des souverainetés (inclusives) nationales.

Le survol de l'ouvrage auquel on vient de se livrer ne donne qu'un faible aperçu de sa richesse. Le propos, aussi ramassé soit-il (c'est la loi du genre de la collection dans lequel il prend place), livre les éléments essentiels susceptibles de nourrir une réflexion approfondie et nuancée à propos de chacune des nombreuses questions abordées. Illustrant à merveille l'approche promue depuis longtemps à l'Université Saint-Louis, l'auteur enrichit la méthode classique de la doctrine juridique d'une triple façon. D'une part, l'approche juridique technique, toujours rigoureuse, bénéficie de l'éclairage des sciences sociales, seul susceptible de la mise en contexte sans laquelle le droit s'isole du débat politique et sociétair. D'autre part, l'ouvrage répond à une urgence sociale et prend date dans les priorités du moment, sans se réduire pour autant à une réaction épidermique ou opportuniste. On a vu que, sur plusieurs points, l'auteur mobilisait des analyses et des propositions affûtées parfois depuis longtemps mais qui trouvent aujourd'hui, à la faveur de la pandémie – miroir grossissant –, une pertinence et une urgence renforcées. Enfin, se démarquant de

la traditionnelle frilosité normative du positivisme dominant dans les Facultés de droit (on veut dire la répugnance à s'engager dans les débats de société), l'auteur témoigne ici de convictions fortes, assumées comme telles et clairement distinguées des développements consacrés à l'analyse et l'explication factuelles. On ajoutera encore, et c'est un mérite supplémentaire de l'auteur, qu'aussi fermes soient ses convictions (en faveur de la construction européenne notamment, et aussi d'une mondialisation plus solidaire), elles ne versent jamais dans l'hyperbole facile, mais s'inscrivent au contraire dans le réalisme du possible, rejoignant ainsi l'« éthique de la responsabilité » dont parlait Weber, et qui, selon moi, devrait caractériser la posture du juriste engagé dans le débat social.

Ainsi construit, l'ouvrage s'adresse à un double lectorat : experts et analystes soucieux de comprendre les transformations rapides et profondes des États et de l'Union européenne, et, d'autre part, décideurs et militants susceptibles de peser sur son devenir – sans parler des citoyens que nous sommes. Gageons que les uns et les autres trouveront le plus grand profit à sa lecture. Ce serait un mérite supplémentaire de cet ouvrage s'il contribuait ainsi à démontrer que, loin de s'enfermer dans une technicité formelle, le droit est une composante essentielle de notre culture sociale, et à ce titre, le levier le plus honorable des changements politiques qu'appelle l'actualité.

François OST

Membre de l'Académie royale de Belgique

Président de la Fondation pour les générations futures