



## PANDÉMIES, ÉTHIQUE, SOCIÉTÉ

### **Pandémie grippale, éthique et démocratie**

#### **Jean-Claude Magendie**

*Premier président de la cour d'appel de Paris*

La possible survenance d'une pandémie grippale à plus ou moins longue échéance ne constitue pas, hélas, une hypothèse d'école. Nul n'a perdu de vue qu'un tel fléau survient plusieurs fois par siècle, même si l'on a déjà oublié les quelques trente mille décès liés aux complications de la dernière épidémie qui remonte, en France, à 1968...

La perspective redoutée d'une nouvelle catastrophe sanitaire est tellement prévisible qu'après avoir élaboré un plan de lutte contre la pandémie, l'on commence à y préparer nos concitoyens, en dépit du caractère inquiétant de cette perspective.

Selon Xavier Emmanuelli, qui connaît bien les lieux de vulnérabilité de notre société, « *l'épidémie, c'est la guerre* » ! Cet humaniste engagé nous décrit le processus qu'il imagine pour les longues semaines qui sépareront la déferlante de la phase de reflux, où l'on ferait le bilan du désastre humain mais aussi sociétal de l'épidémie. Il voit se côtoyer les héroïsmes spontanés, les attitudes de fuite par peur de la contagion, le tout sur fond de surenchère médiatique et de rumeurs. Les pharmacies, les urgences des hôpitaux se trouveront soumis à une pression considérable, la population tentant de se procurer à tout prix les traitements curatifs.

Jean-Marie Le Guen, député de Paris, après avoir mené sa mission parlementaire d'information sur la grippe aviaire, ne dit pas autre chose lorsqu'il observe dans *Libération* du 14 juin 2006 : « *Si la pandémie arrive, cela se traduira par une dislocation de la vie sociale.* »

### **Une liberté individuelle en conflit avec la protection de tous**

Il paraît indispensable, à ce stade du processus, de rechercher des éléments de réponse à des questions cruciales - j'allais dire « vitales » - qui se posent en pareil contexte :

- En cas de pandémie, qui aura droit aux premiers vaccins, aux lits de réanimation ?
- Pratiquement, faudra-t-il donner la priorité au maximum de vies sauvées, d'années de vie, ou encore, d'années de vie de qualité ?
- Faudra-t-il privilégier les bien portants, les plus jeunes ?

La réponse à ces questions, comme à tant d'autres, apparaît redoutable au regard des enjeux. En certains cas, en effet, décider d'une hospitalisation en réanimation reviendra à rien moins qu'à choisir entre la vie et la mort d'une personne...

C'est ici que le juge, gardien constitutionnel des libertés, se trouve interpellé. Bien des formes de discriminations apparaissent en effet effroyables dans le traitement d'une pandémie, à chacune des phases du plan de lutte, qu'il s'agisse de l'organisation, de l'alerte, de la surveillance, de la prise en charge des patients, des mesures de prévention, de l'information et de la communication. Et, à supposer qu'il soit possible d'échapper au pire - ce que nous espérons tous - grâce à une préparation efficace au fléau, la pandémie n'entraînera-t-elle pas inéluctablement, au nom de la protection collective, une restriction des libertés individuelles ?

Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil, n'avait-il pas déjà tout compris lorsqu'il écrivait : « *La liberté n'est et ne peut être que l'effet d'une sage composition entre les volontés particulières, les pouvoirs individuels et la sûreté commune* » [1] ?

L'inévitable atteinte aux libertés peut alors se décliner sous des formes différentes :

- mise en quarantaine ;
- limitation des déplacements ;
- contrôle aux frontières ;
- suppression de réunions publiques, de concerts et de festivités diverses, de représentations ;
- obligation de soins des professionnels, etc.

Toutes situations contraires aux libertés fondamentales auxquelles nous croyons et que nous autres, magistrats, avons reçu pour mission de protéger et de servir.

Toutes les restrictions apportées à la liberté d'aller et de venir ne peuvent être édictées qu'en considération d'autres impératifs de même importance, autrement dit, lorsqu'il s'agit de privilégier la protection d'autres libertés et le maintien de l'ordre public. C'est cette dernière priorité qui, seule, pourrait justifier qu'en cas de pandémie, des limites soient apportées à la liberté d'aller et de venir, principe d'ordre constitutionnel, faut-il le rappeler ?

L'une des particularités de l'ordre public réside dans la variabilité de ses exigences. Lorsque les pouvoirs législatif et exécutif y ont intégré les contraintes juridiques et politiques souhaitées, le dispositif se trouve placé sous le contrôle du juge, comme je l'expliquerai plus bas.

En cas de pandémie, différents choix de société peuvent être envisagés après concertation entre les acteurs compétents - vous en débattrez sans doute. Mais, quelles que soient les décisions prises, c'est l'éthique qui doit commander les orientations politiques et médicales. C'est la raison pour laquelle, face aux risques sanitaires encourus, il apparaît prudent et responsable de réfléchir « à froid » aux questions d'ordre éthique qui se poseront nécessairement en cas d'actualisation du risque. Seule une démarche de cet ordre apparaît susceptible d'éviter à ceux qui sont en charge de ces savants dosages, entre les différents intérêts en présence, de ne pas se fourvoyer. Mieux notre pays y sera préparé, moindre sera le fléau car plus pertinentes seront les réponses apportées à l'appréhension du phénomène.

## **Un lien de confiance indispensable a l'exercice volontaire d'obligations reciproques**

Tout en reconnaissant l'intérêt d'un plan gouvernemental de lutte contre la pandémie que de nombreux États voisins nous envient, Emmanuel Hirsch s'interrogeait, le 15 septembre 2006 [2], dans les termes suivants : « *A-t-on, dans l'urgence et par souci d'efficacité, renoncé à considérer utile de consulter et de mobiliser au-delà du cénacle des spécialistes ? Les mesures préconisées tiennent-elles compte de la complexité des réalités sociales, sont-elles en capacité de produire des réponses adaptées, cohérentes, justes, acceptables ? Selon quels principes, dans quelles conditions et en bénéficiant de quels soutiens les professionnels exerceront-ils leurs missions ? Comment apprécier le niveau de préparation d'une société face à un risque global mais imprécis, qu'apparemment seules des mesures techniques d'anticipation et de prévention semblent susceptibles d'atténuer ? [...] Des notions comme éthique, dignité, droits de l'homme, déontologie, ne sont pas même mentionnés de manière explicite dans le plan gouvernemental !* ».

Les termes de notre débat se trouvent ainsi magistralement posés.

À cet égard, je partage totalement le souci d'Emmanuel Hirsch d'associer les citoyens à la réflexion entreprise sur la pandémie grippale, aux enjeux de société qu'elle représente, aux conséquences et répercussions qu'entraînera l'exécution du plan gouvernemental sur le quotidien des femmes et des hommes qui vivent dans ce pays.

Avant que la panique collective ne s'empare de la population, lui ôtant toute capacité réflexive et compromettant irrémédiablement l'exécution des mesures envisagées, il apparaît en effet essentiel que les choix opérés par les pouvoirs publics soient expliqués - et, si possible, compris - dans le souci de recueillir l'adhésion sur leur pertinence.

L'histoire douloureuse des épidémies nous en fournit l'implacable enseignement. Le Docteur Ellenberg nous rappelle, à titre d'exemple, ce qui s'est passé à Marseille en 1720 : lors d'une épidémie de peste, la population refusa les mesures anti-contagion qui lui étaient proposées, tout simplement parce qu'elle ne croyait pas au caractère contagieux du fléau.

Ce travail de pédagogie est indispensable ; chacun, ici, en a une conscience suraiguë. C'est dans cet esprit qu'Emmanuel Hirsch préconise, de manière convaincante, l'intérêt essentiel d'une « concertation de proximité sollicitant d'autres intelligences et sensibilités » que la seule consultation des experts. Il en appelle à « des états généraux qui permettent d'affirmer publiquement les valeurs démocratiques qui doivent inspirer nos décisions en situation de pandémie. C'est ainsi, notamment, que s'établira au sein de la société, ce "lien de confiance" indispensable à l'exercice volontaire d'obligations réciproques ».

Il n'appartient pas au président du tribunal de Paris de se prononcer sur la pertinence des choix susceptibles d'être opérés au plus haut niveau de l'État. Pas davantage, comme a pu l'exprimer Elisabeth Sledziewski, il n'est question d'ajouter « *un supplément*

*d'âme au traitement pragmatique du risque* », où prévalent déjà pertinence technique, rigueur gestionnaire et efficacité administrative. Il s'agit bien plutôt, pour le juriste, d'envisager la question sous l'angle des enjeux éthiques de ce problème de société qui touche de si près aux libertés individuelles et à la démocratie sanitaire, ce qui signifie placer l'homme au cœur du dispositif.

## **Le principe de proportionnalité**

Le juge, gardien des libertés, ne doit-il pas s'interroger en permanence sur les enjeux éthiques des conflits qu'il lui est demandé de trancher ? Ne doit-il pas veiller à ce que l'état d'urgence fasse de manière aussi limitée que possible place à l'état d'exception ? Le maintien de la légalité n'est-il pas l'unique rempart d'une démocratie digne de ce nom contre tous les excès ? Cet objectif constitue, en lui-même, un défi démocratique.

Le juge est dans son rôle, il remplit pleinement son office lorsqu'il se pose cette question : comment préserver le juste et difficile équilibre entre la protection de la santé de la population et le respect de la personne ? En cas de pandémie, il lui revient - dans l'après-coup - d'évaluer la pertinence des choix opérés. Toutefois, dans la perspective préventive qui est fort heureusement la nôtre aujourd'hui, il peut déjà participer à la réflexion commune. Ainsi, les questions suivantes doivent l'interpeller :

- Serait-il choquant de considérer comme prioritaires les populations de soignants, qui doivent pouvoir rester en bonne santé pour accomplir leur mission, faute de quoi la maladie se propagera plus rapidement ?
- Serait-il équitable que les populations à risque - souvent les personnes les plus vulnérables - soient méprisées au profit de ceux qui ont les moyens de se protéger et, éventuellement, de se soigner ?
- L'autorité judiciaire sera-t-elle écartée au profit des décisions du pouvoir exécutif pour rendre plus efficace le dispositif de lutte contre la pandémie au détriment du respect des libertés publiques ?
- Comment prévenir sans exclure ?

Et, comme nous sommes tous comptables des deniers publics, le juge n'est pas davantage que les autres professionnels dispensé d'envisager le rapport entre l'intérêt d'une mesure et son coût, puisque la logique budgétaire doit aussi être prise en compte, même si la vie d'une personne n'a pas de prix.

Le maître mot, au regard de notre questionnement, est bien, pour le juge, celui de « proportionnalité ». Pour tout juriste, le principe de proportionnalité, qui fait partie de notre culture commune, commande de respecter l'équilibre des intérêts en présence. Cette exigence figure en bonne place au rang des outils éthiques mis à la disposition du juge. Elle trouve sa place comme instrument de mesure pour lui permettre de *peser* les intérêts en présence et, ainsi, de rendre une décision juste, fiable et équitable.

La philosophie du contrôle de proportionnalité réside dans le contrôle de la cohérence interne d'un acte entre les moyens employés, la mesure prise et la finalité poursuivie. Le principe de proportionnalité doit guider tous nos choix éthiques, dès lors qu'il est question de sélectionner, de « prioriser » et - disons-le franchement - d'exclure.

Nos critères de choix doivent faire l'objet, sinon d'un consensus général, du moins d'un débat ouvert et éclairé. Nous en sommes tous convaincus : les grandes crises entraînent une perte de confiance qui met directement en cause la légitimité des autorités en charge des décisions les plus graves. Leurs décisions deviennent alors parfaitement inapplicables [3].

## **Le paradigme de *la patrie en danger* au risque d'un état d'exception permanent**

La question de la pandémie me paraît avoir un rapport étroit avec celle, tout aussi terrifiante, du terrorisme, fléau ressenti dans les démocraties occidentales comme une attaque directe contre les valeurs fondamentales des droits de l'homme et contre l'État de droit.

Elisabeth Sledziewski corrobore elle-même cette conviction, elle qui a si bien su tirer les leçons de la lecture de *La Guerre du Péloponnèse* de Thucydide, relatant la peste d'Athènes, comme de *La Cité de Dieu* de saint Augustin tirant les leçons du sac de Rome par les Goths. Voici ce qu'elle écrit : « *Dans la problématique de la pandémie, la logique commune de l'éthique et de la démocratie conseille de penser la menace grippale selon le paradigme historique de la patrie en danger. Intégrer le parti pris éthique à une politique de prévention, c'est mobiliser les citoyens pour la défense d'une cité dont le salut garantit la reconnaissance de leur humanité et de leurs droits. Réciproquement, ce parti éthique est le seul qui permette de penser que la mise en danger de la cité est l'affaire personnelle de tous les citoyens. Sans cette relation intime, inscrite au cœur du pacte social, entre la responsabilité de chacun et le salut commun, la logique du désastre ne peut être contrée, même par le talent et les efforts des décideurs.* »

La lutte antiterroriste ne s'inspire-t-elle pas des mêmes exigences ? Ne vise-t-elle pas les mêmes impératifs ? Et pourtant, la lutte antiterroriste prend des formes différentes selon les climats. « *Vérité en deçà des Pyrénées ; erreur au-delà.* » Prenons l'exemple du traitement fait par les États-Unis d'Amérique des attentats du 11 septembre 2001. Ces événements tragiques ont permis de montrer qu'au nom de la lutte contre le terrorisme, une administration nationale peut limiter les libertés civiles et réduire considérablement les garanties contre les atteintes aux droits fondamentaux.

Le Président des États-Unis a alors pris des mesures qui aboutissent à l'état d'exception permanent qui devient la règle, la suppression de la différence entre la guerre et la paix, entre l'intérieur et l'extérieur, entre la norme et l'exception [4]. Déjà, on s'en souvient, Lincoln avait suspendu *l'habeas corpus* pendant la guerre de Sécession, et le Président Roosevelt fait interner tous les Américains d'origine japonaise après l'attaque de Pearl Harbour.

Il est vrai que la radicalisation islamiste a acquis une dimension planétaire, rendant la lutte contre le terrorisme plus difficile que jamais. Pourtant, en agissant de la sorte, n'arrive-t-on pas inéluctablement au mépris le plus absolu des règles du droit international et des droits fondamentaux les plus élémentaires, à la suspension permanente du droit ? L'état d'exception se présente alors comme la forme légale de ce qui ne peut avoir... de forme légale [5]. Comme un espace anomique dans lequel l'enjeu

est une force de loi sans loi. Ce qu'un magistrat britannique [6] a appelé « le trou noir de Guantanamo » en constitue l'illustration caricaturale.

## **Limiter les atteintes à la liberté au strict nécessaire**

À l'opposé des dérives autoritaires des États qui considèrent qu'en temps de guerre, il est légitime que la justice n'interfère pas dans les décisions de l'exécutif, la France, quant à elle, a fait le pari d'écarter le recours à la notion d'état d'exception. Elle a choisi de respecter les droits de l'homme, sans évacuer ni le droit, ni le juge, seuls garants des valeurs de la démocratie. Ce choix a permis à la justice française d'obtenir de vrais succès et de juguler à temps des entreprises porteuses de périls majeurs. Ce même choix a placé notre pays en parfait accord avec les préconisations émises par le Conseil de l'Europe en matière de lutte contre le terrorisme et de respect des droits de l'homme [7]. N'est-ce pas, en effet, dans les situations de crises telles que celles qui résultent d'actes terroristes que nous devons justement rester vigilants pour ne pas les bafouer ?

Cette exigence a été clairement rappelée par Kofi Annan, le 22 septembre 2003, en conclusion de la conférence « Combattre le terrorisme pour l'humanité » : *« Nous ne devons jamais, dans notre combat contre les terroristes, nous abaisser à les imiter. [...] Des actes illégaux et injustifiables commis par des États ne sont pas seulement illégaux et injustifiables. Ils sont aussi susceptibles d'être exploités par les terroristes, qu'ils aideront à recruter des adeptes et à nourrir le climat de violence qui fait leur jeu. C'est pour ces raisons et pour bien d'autres encore que j'estime que les droits de l'homme ne peuvent être sacrifiés au profit de la lutte contre le terrorisme. [...] Le profond respect pour la dignité de chaque individu est une de nos armes les plus puissantes pour combattre le terrorisme. Transiger sur les droits de l'homme reviendrait à donner aux terroristes une victoire qu'ils ne peuvent obtenir eux-mêmes. La promotion et la défense des droits de l'homme, ainsi que le respect le plus strict du droit international humanitaire, doivent donc être les piliers de la lutte antiterroriste ».*

C'est déjà ce message qu'avait délivré, dès l'été 2002, le secrétaire général du Conseil de l'Europe [8], qui avait élaboré des lignes directrices visant précisément à aider les États à trouver un difficile équilibre entre la règle et l'exception, entre le consentement et la contrainte, la transparence et le secret, la légitimité et l'efficacité, entre le droit et le mépris des normes.

Pour autant, ce serait faire preuve d'angélisme que d'appliquer en tous points la procédure pénale de droit commun à des agissements terroristes. Le caractère dérogatoire de certaines règles du Droit français en matière de lutte contre le terrorisme doit à cet égard être défendu. Il apparaît d'autant plus justifié qu'aucun des textes qui trouvent à s'appliquer en cette matière ne contredit les instruments internationaux de protection des droits de l'homme : en France, une personne accusée d'activités terroristes a droit - comme toute autre - à ce que sa cause soit entendue équitablement, dans un délai raisonnable, par une juridiction indépendante, impartiale et établie par la loi. La primauté de la justice, le triomphe de l'État de droit sont, à mes yeux, l'instrument pertinent par lequel la démocratie affirme sa supériorité morale sur ceux qui veulent l'abattre.

Il convient donc de veiller, on l'aura compris, à limiter les atteintes à la liberté à ce qui est strictement utile. À travers les choix opérés en matière d'antiterrorisme, on perçoit aussi l'intérêt qu'il y a pour une société à être aussi consensuelle que possible pour gérer les crises les plus graves. Il paraît important que les citoyens se sentent associés aux grandes options « politiques » qui les concernent directement.

Comme le suggère également Patrick Lagadec, « nous ressentons bien qu'il est important d'ouvrir des espaces de réflexion secondaires au cas où nos plans, comme le plan XVII de Joffre en août 1914, se révélerait un peu moins performant que prévu... [9] ».

Benjamin Pitcho déplore, quant à lui, qu'il ait fallu attendre la finalisation de la préparation du Plan pour y introduire une dimension éthique. Il plaide en faveur d'une communication sur les justifications éthiques du Plan gouvernemental. Il considère, à juste titre, que ce plan doit impérativement intégrer une communication relative aux valeurs éthiques essentielles à son acceptation, à son effectivité et à sa qualité [10].

Ces États généraux, qu'Emmanuel Hirsch appelait de ses vœux, ne sommes-nous pas en train de les préparer très directement, dès lors que nous avons le courage de poser les questions les plus cruciales, afin qu'un large débat puisse ensuite s'instaurer qui permettra d'enrichir la réflexion déjà engagée ? Nourrissant le débat public sur la pandémie grippale, il contribuera à l'humaniser et à nous familiariser à des problèmes de société qu'il est préférable pour chacun de regarder en face, afin de nous éviter de sombrer dans la peur, attitude la plus néfaste au traitement de toute pandémie.

Je nous souhaite de découvrir comment, pour reprendre l'image évocatrice utilisée par Patrick Lagadec [11], « crever cette bulle protectrice qui assure la double fausse protection des décideurs et des citoyens ». Sachons quitter « nos jardins à la française, avec leurs risques bien domestiqués, pour les terrains impensables de l'ignorance et du chaotique » [12]. C'est là que nous trouverons la force et l'intelligence de cœur et d'esprit nécessaires à l'action.

## Références

[1] « Opinion de Portalis sur la résolution relative au décret du 3 brumaire » dans Marceau Long et Jean-Claude Monier, *Portalis, L'esprit de justice*, Paris, Michalon, 1997, p. 96.

[2] Cf. *Libération* du 15 septembre 2006, page « Rebonds ».

[3] Cf. sur ce point Jean-Michel Guibert, « Cadre de cohérence éthique du plan pandémie grippale d'ELF », *Pandémiques*, n° 1, octobre 2006, p. 52 et s.

[4] Ce que Walter Benjamin, cité par Pierre Hassner, avait prévu, Cf. *Le Monde*, 23 juin 2003.

[5] Le philosophe italien Giorgio Agamben l'a magistralement expliqué dans *L'État d'exception, Homo Sacer II*, Paris, Le Seuil, 2003, L'Ordre philosophique.

[6] Lord Johan Steyn, cité par Augusta Conchiglia, « Les Droits humains bafoués dans le trou noir de Guantanamo », *Le Monde diplomatique*, avril 2004, p. 1, 20 et 23.

[7] Cf. « Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme », adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002, lors de la 804<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres, Direction générale des droits de l'homme, janvier 2003.

[8] « L'État doit se servir de tout son arsenal juridique pour réprimer et prévenir les activités terroristes, mais il ne peut pas prendre n'importe quelle mesure qui saperait ces mêmes valeurs fondamentales qu'il entend protéger. Si un État agissait de la sorte, il tomberait dans le piège que le terrorisme tend à la démocratie et à l'État de droit », *Ibidem*, introduction de Walther Schwimmer.

[9] P. Lagadec, « Pandémie grippale et réflexion éthique. Quelles exigences pour un pilotage à la hauteur des enjeux ? », *Pandémiques*, n° 1, octobre 2006, p. 14.

[10] B. Pitcho, *Ibidem*, p. 18.

[11] P. Lagadec, art. cit., p. 15.

[12] *Idem*.