



PANDÉMIES, ÉTHIQUE, SOCIÉTÉ

L'état d'exception se justifie-t-il en droit ?

Benjamin Pitcho

Maître de conférences, laboratoire européen droit santé, Université Paris 8, membre du Conseil scientifique de la Plate-forme veille & réflexion « Pandémie grippale, éthique, société »

La justification de l'état d'exception n'est pas sans poser un problème logique difficile à surmonter. Le juriste ne peut justifier, à proprement parler, l'état d'exception sans détour par la théorie du droit. Tout d'abord, dans une démocratie libérale, le législateur et, partant, l'administration, sont animés d'une certaine idée du bien public et de la sauvegarde des droits individuels en toutes circonstances. L'État, notamment, ne doit pas menacer l'individu en débordant des missions qui sont les siennes. C'est là une idée directrice du libéralisme.

L'impossible justification

L'État ne doit pas inutilement investir la sphère privée. En un sens, l'état d'exception pourrait servir de cheval de Troie à une entreprise visant l'anéantissement des droits individuels. Toutefois, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, les droits fondamentaux de la personne humaine ont été réaffirmés et il leur a été adjoint de nouvelles libertés attestant d'une volonté de renforcer la solidarité entre les personnes. Il a été demandé à l'État d'intervenir pour garantir des droits économiques et sociaux, ceux auxquelles la Constitution de 1946 fait référence.

Depuis la fin du XX^e siècle, une demande de protection de nouvelles libertés publiques est perceptible. Les autorités publiques ont à agir à l'encontre de certains intérêts privés, de nature à nuire aux individus. Je fais référence, par exemple, aux domaines de la bioéthique et de la protection des données informatiques à caractère individuel. Certains acteurs privés, pour renforcer leurs positions sur un marché ou animés d'une sincère volonté de poursuite de certaines recherches biomédicales, peuvent être tentés d'utiliser leurs bases de données et/ou leurs pouvoirs au mépris, parfois, du respect de l'individu. La protection des personnes dans le cadre des recherches biomédicales fait ainsi l'objet de différentes mesures destinées à s'assurer de l'encadrement des pratiques.

Comment, dès lors, justifier l'état d'exception quand l'État poursuit dorénavant comme but la sauvegarde des libertés fondamentales ? On ne saurait lui demander de suspendre, en quelque sorte, son existence. Sa raison d'être est précisément de sauvegarder les libertés que les citoyens gagnent dans la constitution de son ordre juridique. À l'époque romaine, il n'existait pas d'État mais une « chose publique » dont l'existence pouvait être menacée. Or, un État est ou n'est pas.

Enfin, un juriste, qui est un technicien du droit, ne peut pas justifier une exception à l'ordre qu'il analyse et commente. Il ne peut que tenir, humblement, un discours juridique. C'est au philosophe ou au sociologue qu'il appartient de discourir de la justification de l'état d'exception. Un juriste qui entreprendrait pareille aventure devrait en même temps pouvoir justifier l'existence du discours juridique.

L'exception réside, en quelque sorte, dans le principe. Elle n'en est pas séparable, à l'image de l'inconscient de la psychanalyse indissociable de la psyché humaine. Je ne puis donc qu'exposer un certain nombre de dispositifs décrits comme encadrant des situations exceptionnelles.

La situation exceptionnelle dans l'édifice juridique français

La première théorie des circonstances exceptionnelles est d'origine jurisprudentielle. L'arrêt *Dames Dol et Laurent*, du 28 février 1919, renvoie en l'espèce à la limitation de la liberté d'aller et venir pour des circonstances de guerre. Toulon possède une base navale majeure et le préfet avait interdit par arrêté aux « filles de joie » d'en fréquenter l'environnement immédiat. Le juge administratif a estimé que, dès lors que l'ordre public et la santé publique se trouvaient menacés, le préfet est fondé, exceptionnellement, à intervenir dans le but de prévenir tout trouble. Il existait effectivement une menace, dont la gravité était telle que l'autorité publique avait le devoir de s'en préoccuper. Parmi les éléments de l'ordre public, figure en effet la salubrité publique qu'il appartient aux autorités publiques de sauvegarder.

La Constitution de la V^e République confère, de même, des pouvoirs exceptionnels au Président de la République « lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu ». Une pandémie grippale peut, en théorie, causer une telle interruption, mais il convient de relever que le Président de la République ne peut disposer de tels pouvoirs exceptionnels qu'après respect de certaines formalités destinées à éviter les abus.

Lorsqu'il est question de la situation exceptionnelle en Droit, il convient aussi de songer à la Loi du 3 avril 1955. Celle-ci a, en quelque sorte, connu une seconde jeunesse lorsqu'elle a été invoquée pour servir de base à l'instauration de couvre-feux dans les banlieues. L'urgence peut être invoquée en cas de péril imminent, de calamité publique de toute nature.

Le Code de la santé publique appréhende également la situation exceptionnelle, lorsqu'une menace d'épidémie prescrit de restreindre les libertés publiques afin que toute mesure pour l'enrayer soit efficace. Complétant ce dispositif, il est possible à l'autorité publique d'attenter aux droits intellectuels - et notamment aux brevets des laboratoires - lorsque la santé publique l'impose.

Des états d'exception ou un état inhérent à la légalité

J'insisterai donc sur un point essentiel : à chaque fois qu'il est question de situations exceptionnelles dans notre ordre juridique, ce sont les faits générateurs de ces situations qui sont visés - en premier lieu par les textes et non les mesures qu'ils appellent. Sauf dans le cas de l'article 16 de la Constitution, il est ainsi question de menaces à l'ordre public nécessitant une action dans le but de sauvegarder un bien collectif.

La théorie classique de l'ordre public s'appuie en effet sur le triptyque de salubrité, sécurité et tranquillité. Or, la menace pandémique constitue un risque pour la salubrité publique et, à ce titre, appelle un certain nombre de décisions de la part des autorités administratives. Les décisions à adopter sont multiples et dictées par les circonstances. Il n'existe donc pas d'état d'exception, mais des états d'exceptions particuliers.

D'une certaine manière, toutes les autorités administratives bénéficient de la possibilité de qualifier un état d'exception : président de la République, préfets, ministre de la Santé, ministre de l'Industrie lorsque ce dernier décide de suspendre l'applicabilité d'un brevet, etc.

Finalement, quel est le but de la qualification de telles situations particulières par des normes juridiques ? Avant tout, il importe d'éviter un retour à l'état de nature et de libération des instincts, comme ce fut le cas à la suite de l'ouragan Katrina aux États-Unis.

Du point de vue du juriste, en effet, le droit est une caractéristique de la civilisation, il en permet la structuration. Il n'est donc nullement enclin à évoquer la suspension de ce dernier en dehors d'un cadre légalement déterminé. La ville est, par ailleurs, régie par des règles de citoyenneté (*civitas*, racine ayant donné civil). Ainsi, la civilisation est régie et structurée par le droit civil qui matérialise l'identification de la citoyenneté à la civilisation.

Dès lors, quel est le but de l'état d'exception, tel que le droit l'appréhende, hormis la sauvegarde de cette civilisation ? Quelle que soit la menace effective (terrorisme, pandémie, etc.), il faut sauvegarder la légalité. Il serait vain de chercher un autre fondement aux diverses dispositions normatives envisageant l'exception. Le problème fondamental réside justement dans la conservation de la civilisation, même dans des cas où chacun est enclin à ne plus être régi que par ses propres instincts.

Le juriste est sensible, non au débat sur la notion d'état d'exception, mais à quelque chose qui se trouve au fondement de la doctrine juridique.

Notre questionnement renvoie, en dernière instance, à l'opposition entre la légalité et la légitimité d'un dispositif. Chacun a en mémoire les figures du général de Gaulle et du maréchal Pétain. Quand le second invoquait la légalité, le premier s'estimait légitime - raison pour laquelle, après la Libération, il a été possible d'affirmer que Vichy était nul et non avenu. La légalité ne s'est en réalité jamais interrompue. Au demeurant, la légitimité n'est pas l'objet du juriste, mais du philosophe.