

Etat d'urgence, état d'exception : quelle justice par temps de crises et de catastrophes ?

Paru dans *Approches*, N°149, avril 2012, p. 55-68.

Par Corine Pelluchon

Abstract :

Loin de suspendre les principes et l'idéal de justice, les crises sanitaires, comme la survenue d'une pandémie grippale, exigent de réfléchir en amont aux règles servant à décider publiquement des mesures de restriction, de la répartition des bénéfices et des risques, des priorités dans l'accès à des ressources de santé devenues rares, etc. Une telle préparation à la crise est la condition de son traitement démocratique et elle suppose la contestation de l'analogie entre la crise et la guerre. Un état d'urgence n'est pas un état d'exception. Cependant, si la gestion anticipée des crises souligne l'importance des règles procédurales de la justice, les catastrophes qui introduisent une discontinuité dans le temps et une dissymétrie entre les personnes conduisent à réinventer la justice. De nouvelles exigences liées à la catastrophe et la prise en considération de victimes non humaines doivent être injectées dans les théories de la justice afin de nous donner les moyens de faire face aux catastrophes liées à un accident technologique ou à un tsunami et même de les prévenir.

Far from excluding the principles and the ideal of justice, sanitary crises, such as flu pandemics, require our reflecting on the rules which provide public guidance for measures of restriction, allocation of benefits and risks, determination of the priorities in the access to rare health care resources, etc. Such preparedness is the condition for a democratic treatment of a sanitary crisis. It supposes we stop confusing crisis and war. A situation of emergency is not a state of exception. However, if procedural rules of justice are important to predetermine when we are confronted to a crisis, catastrophes who introduces a temporal discontinuity and a radical asymmetry between persons bring us to question our conceptions of justice and to reinvent justice. New demands related to the catastrophe and the taking into account of non human victims have to be injected into our theories of justice so that we can better face the catastrophes linked to a technological accident or a tsunami and even to prevent them.

Une analogie fautive et dangereuse

Les catastrophes naturelles et celles qui s'ensuivent d'un accident nucléaire ou même les crises sanitaires liées à la survenue d'une pandémie grippale sont des situations exceptionnelles. Elles sont parfois comparées à des états de guerre parce qu'elles comportent le risque d'une dissolution des institutions et entraînent la suspension de certains droits fondamentaux, comme si nous étions en présence d'un état d'exception permanent. Cette analogie mérite cependant d'être examinée, parce qu'elle sert à justifier des mesures coercitives et antidémocratiques. Or, ces situations d'urgence, loin d'exclure la justice, soulignent à la fois l'importance des règles procédurales de la justice et la nécessité d'étendre le domaine de la justice, voire de créer de nouvelles règles de justice.

L'exemple de la pandémie montre bien que le maintien des règles de transparence et de réciprocité est la condition d'un traitement démocratique d'une crise comportant un risque majeur. La distinction entre les crises sanitaires, géopolitiques ou environnementales, et les catastrophes réside dans le fait que les secondes mettent au jour plus radicalement encore les limites de nos connaissances, nous obligent constamment à intégrer l'incertitude dans toutes nos décisions et surtout à créer de nouvelles règles de la justice, qui étendent le domaine des êtres auxquels traditionnellement la justice s'applique. Les défis soulevés par les crises, qui renvoient à des risques avérés, et par les catastrophes qui nous mettent devant les yeux le

spectacle de destructions et de dommages insupportables ne sont pas tout à fait les mêmes. Pourtant, l'analogie entre ces situations exceptionnelles et la guerre et donc l'idée que, dans de telles circonstances, la justice serait suspendue sont des tentations qui sont également présentes dans les deux cas. Il faut donc contester tout d'abord cette analogie.

La propagation d'un virus et le fait qu'un accident nucléaire grave dépasse les frontières des Etats exigent bien l'affirmation du politique, mais en un sens qui n'a strictement rien à voir avec la définition proposée par Carl Schmitt. Pour ce dernier, « la pierre de touche théorique et pratique de la pensée politique et de l'instinct politique est cette aptitude à discerner l'ami et l'ennemi ».¹ La discrimination entre l'ami et l'ennemi (*hostis*) est le critère conceptuel du politique et il fait ressortir l'identité d'un groupe qui, plus qu'une association d'intérêts, se définit, selon le juriste allemand, par « son degré d'intensité ». Aussi la guerre est-elle l'épreuve ultime à partir de laquelle Schmitt détermine l'essence du politique. Cette situation-limite sort de la confusion entre le politique et la politique qui caractérise, à ses yeux, les démocraties libérales où l'Etat est l'instrument de la société et où la politique désigne une sphère autonome de la culture, prise entre l'économie et la morale.

Or, les limites de la comparaison entre état de guerre et crise sanitaire apparaissent dès que l'on pense que les virus sont indifférents aux préférences nationales. Ils soulignent notre vulnérabilité universelle, ce qui veut dire aussi que la sécurité nationale suppose une solidarité internationale. Pour ce type de crises, il n'y a ni vainqueur ni vaincu et cela suffit à contester cette analogie ainsi que la confusion qu'elle encourage entre état d'urgence et état d'exception. De même, si l'on pense aux solutions permettant de sortir de la crise, il apparaît clairement que la manière dont on a conçu pendant longtemps les relations internationales en se focalisant sur la rivalité entre les nations n'est plus tenable.

Pourtant, on ne peut pas dire que la question des risques sanitaires et environnementaux que des accidents nucléaires comme Tchernobyl ou Fukushima portent à l'attention de tous donne lieu à une innovation juridique aussi importante que celles qui ont succédé aux catastrophes produites par les hommes eux-mêmes. Pourquoi n'y a-t-il pas l'équivalent, pour l'environnement et la santé publique, d'un code de Nuremberg ou d'un TPI (tribunal pénal international) ? Pourquoi les catastrophes engendrées par les accidents nucléaires et les nombreuses enquêtes épidémiologiques soulignant l'impact sur la santé des pesticides et des autres perturbateurs endocriniens et montrant leur rôle dans l'augmentation des cas de cancers du sein et de la prostate, par exemple, ne poussent pas les pouvoirs publics à des prises de décision responsables en matière d'alimentation et d'agriculture ? Les ennemis invisibles que l'on trouve dans nos assiettes et qui font des millions de victimes et dont les conséquences sur le développement fœtal et les maladies neurologiques sont connues ne déclenchent pas une mobilisation générale. Est-ce parce que nous sommes encore habitués au schéma de la guerre entre les nations et à l'idée que le mal subi est le résultat d'une intention mauvaise clairement identifiée que les catastrophes sanitaires et environnementales nous sidèrent, puis nous laissent, quelques mois, quelques années plus tard, dans la même situation qu'auparavant, sans que rien n'ait été fait pour prévenir une autre catastrophe ?

Parce que la sidération des individus peut être aussi un prétexte pour confondre état d'urgence et état d'exception, il importe de réfléchir aux principes qui sont nécessaires à une gestion démocratique des crises sanitaires et environnementales. Il s'agira ensuite de se demander quels changements politiques sont requis par la prise en considération des risques écologiques et quels défis les catastrophes représentent pour la justice.

La justice dans une situation d'urgence

¹ Carl SCHMITT, *La notion de politique*, trad. M. – L. Steinhauser, Paris, Flammarion-Calmann-Lévy, p. 112.

La réflexion sur les valeurs démocratiques devant inspirer nos décisions dans une situation de crise sanitaire majeure est importante si l'on veut éviter la dissolution des institutions et l'état de guerre civile que Thucydide décrit au livre II de *Histoire de la guerre du Péloponnèse* en pensant à l'épidémie de peste qui frappa Athènes de 430 à 426 av. JC. Cette menace de dissolution est même la conséquence d'une préparation insuffisante à une crise globale. Dans le cas d'une pandémie grippale, il est indispensable de déterminer *en amont* et en toute transparence les règles et les principes servant à décider, publiquement, des mesures de restriction (du droit constitutionnel d'aller et de venir, des droits de visite aux patients, des mesures de quarantaine), de la répartition des bénéfices et des risques, des priorités dans l'accès aux ressources de santé (vaccins préventifs, antirétroviraux, respirateurs artificiels), des modalités d'attribution des responsabilités (pour les soignants, mais aussi pour les bénévoles et l'ensemble des citoyens). La confusion entre un état d'exception et un état d'urgence est le résultat d'une absence de préparation à une telle crise globale. Car les mesures mentionnées plus haut restreignent simplement les libertés individuelles en tâchant d'équilibrer ces dernières et l'intérêt public et elles n'équivalent pas à la suspension des droits de l'homme. L'important est, en effet, de réfléchir à ce qui peut justifier ces mesures restrictives, comme leur caractère nécessaire, proportionné, transparent, adaptable et rationnel². L'analogie entre une crise sanitaire ou même entre les risques liés à la menace terroriste et la guerre est non seulement fautive sur le plan théorique, mais elle est, de plus, politiquement dangereuse, même si elle a une certaine force de persuasion, comme on l'a vu aux Etats-Unis après le 11 septembre 2001 : cette analogie génère ce qu'elle présuppose, à savoir un état de guerre.

Au contraire, pour dégager les principes et les règles devant gouverner l'action dans le contexte d'une circulation virale à potentiel pandémique ou d'une pandémie avérée, mais sans remettre en question l'idéal démocratique, on peut s'appuyer sur deux notions : la justice et la solidarité. La première renvoie aux règles procédurales garantissant la transparence et la publicité des décisions collectives. Elle désigne aussi la manière dont les bénéfices et les fardeaux sont distribués et les tâches réparties. La situation de débordement des services hospitaliers, par exemple, et la probabilité d'une dissymétrie entre les ressources de santé disponibles et la forte demande sont l'occasion de réfléchir au problème des priorités dans l'accès aux soins en affirmant l'importance des notions d'équité, de non-discrimination, mais aussi en dépassant l'opposition classique entre le principe d'utilité et l'idéal d'égalité sous-jacent à la théorie de la justice distributive d'inspiration rawlsienne.

Les règles procédurales utilisées à propos des pandémies par l'OMS et que Daniels et Sabin³ ont définies garantissent une réponse démocratique aux risques liés à la survenue d'une pandémie. La justice procédurale requiert la publicité, la rationalité des décisions, leur caractère révisable ou adaptable. Elle implique aussi que des mécanismes chargés de vérifier que ces trois conditions sont réalisées soient mis en place. En effet, les mesures qui sont prises et les choix qui sont opérés limitent les libertés individuelles et imposent des sacrifices, certaines personnes étant prioritaires par rapport à d'autres auxquels certains soins, dans des circonstances précises, peuvent être refusés. Le respect des règles procédurales mentionnées

² « Pandémie, éthique et hôpital », article collectif sous la direction de Marc GUERRIER, 15 mai 2009, disponible sur le site de l'espace éthique AP-HP.

³ "WHO Global influenza preparedness plan. The role of WHO and recommendations for national measures before and during pandemics", Geneva, WHO, 2005. Voir aussi "Ethical Considerations in developing public health response to pandemic influenza", document préparé par Carl Coleman et Andreas Reis, WHO Department of Ethics, Trade, Human Rights and Health Law (appelé depuis nov. 2007 Department of Ethics, Equity, Trade and Human Rights) et par Alice Croisier du WHO Global Influenza Programme Unit, Department of Epidemic and Pandemic Alert and Response.

ci-dessus est donc indispensable au maintien de la démocratie à un moment où l'arbitraire, la coercition et la notoriété des individus peuvent devenir les critères des décisions, au mépris de l'intérêt général, de l'utilité publique, mais aussi des valeurs propres au type de société démocratique, comme celle de l'égalité morale ou en dignité de tout individu.

De même, en favorisant la transparence et la publicité, on encourage une juste communication et la révision des réponses apportées à la crise garantit, en plus d'une plus grande efficacité de l'action, une adaptabilité des personnes et des institutions. Enfin, elle permet de conserver la confiance des citoyens, ce qui est indispensable si l'on veut éviter la panique qui transforme un état de crise en une guerre civile. Les citoyens acceptent les contraintes et participent à l'effort public s'ils sont convaincus que les mesures qui ont été prises obéissent à un idéal d'équité. Bien plus, dans le cas d'une pandémie grippale, où la contamination se fait d'individu à individu et où tous doivent suivre des conseils d'hygiène stricts et des mesures prophylactiques empêchant la propagation du virus, la confiance des individus dans l'Etat et dans les autorités qui prodiguent les informations et les conseils est absolument nécessaire. Sans cette confiance, non seulement les individus peuvent hésiter à participer à l'effort public, mais, de plus, la pandémie progressera, parce que personne ne voudra prendre les précautions qu'on lui donne ni se faire vacciner.

Ainsi, la justice ne saurait se limiter à son aspect procédural, comme si les solutions étaient choisies en fonction de l'adhésion purement formelle qu'elles suscitent et indépendamment de conceptions du bien et de valeurs substantielles. Les règles procédurales et les processus garantissant leur respect servent même à déterminer les priorités qui gouverneront la répartition des bénéfices et des fardeaux et l'allocation de ressources devenues d'autant plus rares que la demande de soins, en situation de pandémie, croît. L'opposition classique entre justice procédurale et justice substantielle ne tient plus, la réponse démocratique à une pandémie grippale intégrant l'éthique qui n'est pas un prétexte, mais la qualification même de cette situation d'urgence, la volonté résolue de ne pas installer un état d'exception permanent. En outre, le refus des discriminations qui est sous-jacent à la théorie de la justice distributive d'inspiration rawlsienne ne suppose pas l'exclusion du principe d'utilité. Celui-ci, commandant d'utiliser au mieux les ressources de santé, les lits d'hôpitaux, n'est pas non plus seulement défini en termes quantitatifs.

Il s'agit de sauver le plus grand nombre de vies et surtout d'éviter une contamination croissante d'individus par le virus. Les vaccins préventifs et même les antirétroviraux seront distribués en priorité aux soignants dont les compétences sont requises pour sauver les malades et aux personnes qui, en raison de leur profession ou de leur vulnérabilité (enfants), peuvent contaminer le plus de personnes. Ce principe d'utilité n'exclut pas à son tour la référence au principe de différence⁴ : les personnes les plus défavorisées et les groupes les plus vulnérables seront prioritaires par rapport aux autres, même si la notion de « plus défavorisé » doit, dans ces circonstances, être évaluée à la lumière⁵, et pas seulement en fonction des ressources financières et même de l'état de santé. La situation d'urgence et les dilemmes auxquels nous serions confrontés en période de pandémie exigent donc une approche pluraliste de la morale et une articulation des différentes théories de la justice. Le principe d'utilité et l'idéal d'égal accès aux ressources sont souvent en tension, mais c'est cette tension qui est soumise à la délibération.

Les choix qui sont pris sont le résultat de cette réflexion dynamique. La situation d'urgence exige, par définition, une grande réactivité. Elle confronte aussi à des dilemmes c'est-à-dire à des décisions difficiles, qui font intervenir des principes également importants, mais l'idée est que le choix soit justifiable et rationnellement argumenté, universalisable.

⁴ John RAWLS, *Théorie de la justice*, trad. C. Audard, Paris, Le Seuil, 1987. Voir le § 13.

⁵ Voir le principe du *fair innings argument* selon lequel les plus jeunes ont plus de droit que les plus âgés à des interventions susceptibles de leur sauver la vie.

Aussi un principe comme celui de réciprocité sert-il d'outil pour guider la réflexion et prendre une décision le plus vite possible mais en étant équitable. Ce principe suppose que les personnes prenant le plus de risques dans l'exercice de leur profession seront les premières à être vaccinées. Cette réciprocité entre les droits et les devoirs, qui est cohérente avec l'obligation faite aux professionnels de santé de remplir leurs obligations, n'ôte aucune pertinence à l'évaluation au cas par cas. Il n'est pas sûr, par exemple, qu'une infirmière enceinte doive aller au contact des malades. Cette réciprocité des droits et des devoirs n'exclut pas non plus que certains soignants éprouvent un sentiment de dette parce qu'ils ont bénéficié de traitements préventifs.

Ce point met au jour la responsabilité des soignants, mais aussi de l'ensemble de la société, des personnes qui travaillent, des bénévoles, des chômeurs qui peuvent participer à l'effort collectif, ou des étrangers se trouvant sur le territoire national. Plutôt que de parler d'héroïsme en se référant à l'image de la patrie en danger et au sacrifice des soldats, nous parlons ici de participation. La pandémie n'est pas comparable à la situation d'une patrie menacée par un autre pays, qui devient l'ennemi à combattre, mais tout le monde peut être touché par la pandémie : la menace, qui est partout et nulle part, souligne, en même temps que la vulnérabilité de l'homme à la maladie, la nécessité d'un effort de tous, chacun à son niveau. La prise en considération de cette vulnérabilité universelle requiert un changement dans la manière dont on pense le rapport des personnes entre elles et elle implique que les relations internationales ne soient pas comprises à la lumière de la guerre ou même de la seule compétition économique. C'est ici que la transition s'opère entre la réflexion sur une gestion démocratique d'une crise sanitaire, qui implique de ne pas suspendre les principes de justice, et l'interrogation philosophique sur les défis que les catastrophes imposent à l'idéal de justice, notamment à l'idée de réciprocité.

Les catastrophes : réinventer la justice ?

Une catastrophe est une situation d'urgence qui souligne les limites des principes qui gouvernent d'ordinaire l'être-ensemble. La liberté, l'égalité, la réciprocité sont bouleversées par la catastrophe qui ne suspend pas les demandes de justice, mais crée une situation inédite, où ce qui relevait d'une exigence légitime auparavant n'a plus le même sens qu'auparavant. Les prévisions concernant le futur sont remises en question, car l'issue de la catastrophe est essentiellement incertaine. La catastrophe introduit une discontinuité au niveau du temps qui la distingue par nature d'une crise. Les catastrophes génèrent de nouvelles demandes en termes d'accès à l'eau, à la nourriture, à la sécurité, auxquelles il faut répondre rapidement, pour que les individus frappés par la catastrophe survivent. Ces impératifs qui obligent à une réorganisation des institutions et des systèmes de distribution déstabilisent les décideurs politiques qui ne savent pas quelle peut être l'issue de la catastrophe. Non seulement le tremblement de terre et le tsunami puis l'explosion d'une centrale à Fukushima le 11 mars 2011 ont posé des problèmes de droits de propriété et de responsabilité qui ne se posaient pas en temps normal, mais, de plus, cette catastrophe a montré que notre système légal de normes et nos théories morales ne permettaient pas de répondre à cette situation qui introduit une dissymétrie radicale entre les individus.

Ainsi, cette catastrophe nucléaire nous oblige à réinventer la justice ou plutôt, nous forçant à voir ce que peut être l'étendue d'un accident nucléaire, elle exige que nous repensons ce que peut être la justice à l'âge de l'énergie nucléaire. Cela ne signifie pas que les conceptions classiques de la justice doivent disparaître, mais de nouvelles exigences, de nouveaux principes doivent être injectés dans ces théories classiques. De même, l'étendue des êtres qui subissent les conséquences des accidents nucléaires entre en considération : il ne

s'agit pas seulement des hommes actuels, mais, comme on l'a vu à Tchernobyl, des enfants à naître. Il s'agit aussi des êtres non humains, des autres espèces et des animaux qui sont également des victimes et qui comptent. Que penser de ces chiens livrés à eux-mêmes dans la zone interdite près de Fukushima ? Que penser des hommes qui ont laissé mourir de faim les vaches qu'ils ont abandonnées dans cette même zone ? Était-il juste d'interdire aux individus réfugiés d'emporter leur animal de compagnie ? Si l'on ne pouvait pas aller chercher les vaches, était-il juste de les laisser mourir de faim et de soif, comme Kadhafi a fait avec ses autruches qui ont été retrouvées dans un état lamentable, épuisées, agonisantes sous le soleil du désert⁶ ?

Ce ne sont pas seulement les frontières entre les Etats qui disparaissent quand on s'interroge sur les conséquences d'un accident nucléaire ou sur la vulnérabilité universelle des hommes qui, du début de leur vie à leur mort, consomment aujourd'hui des aliments qui affaiblissent leur système immunitaire. Des crises sanitaires comme la grippe aviaire ou la vache folle, qui s'expliquent en grande partie par les conditions de vie des animaux dans les élevages intensifs, soulignent aussi notre communauté de destin avec les bêtes. Bien plus, la responsabilité des individus qui cautionnent par leurs modes de vie et de consommation un système d'élevage tout entier tourné vers le profit et une agriculture intensive captive des industries commercialisant des pesticides et autres produits phytosanitaires est engagée.

Cette responsabilité est diluée, au sens où personne ne se sent individuellement mis en cause. Pourtant, nous sommes transformés en « innocents coupables »⁷. C'est parce que nous n'exerçons pas suffisamment notre droit de résistance que nous laissons les lobbies de l'industrie agro-alimentaire et le lobby nucléaire organiser le monde d'aujourd'hui et de demain, un monde où subsistent, à côté de cette organisation catastrophique de l'agriculture, de l'élevage et de l'énergie, des principes de justice avec lesquels on tente, après coup, de réparer les inégalités visibles que ce modèle de développement engendre. Or, il s'agit de faire entrer l'écologie dans la justice, ce qui signifie que des politiques publiques, des systèmes de production et d'exploitation, des économies qui ne sont pas limités et orientés par la prise en considération de la valeur de la vie des êtres humains et non humains, présents et à venir, sont illégitimes.⁸

Loin de suspendre l'idéal de justice, les catastrophes et les crises sanitaires et environnementales sont l'occasion de réinventer la justice, en affirmant des fondements éthiques qui ne bornent plus le juste et l'injuste aux relations entre individus et entre Etats, mais prennent en considération les générations futures et les autres espèces, et en donnant une voix à ces êtres qui n'ont pas de voix, en les représentant au sein des instances délibératives nationales et internationales.⁹ La prise au sérieux des menaces sanitaires et environnementales qui pèsent sur nous, avec leurs conséquences économiques, géopolitiques, est la chance d'une innovation politique, institutionnelle et intellectuelle analogue à celle que nos ancêtres ont connue avec la déclaration d'Indépendance de 1776 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il faut espérer que nous n'ayons pas besoin d'autres Tchernobyls pour nous mettre sur le chemin d'une telle refonte de la justice.

⁶ Armin AREFI, « Libye : le destin tragique des autruches de Kadhafi », *Le Point*, 6 octobre 2011.

⁷ Günther ANDERS, « Hors limite pour la conscience », *Hiroshima est partout* (1995), Paris, Le Seuil, 2008, p. 312.

⁸ Corine PELLUCHON, *Eléments pour une éthique de la vulnérabilité. Les hommes, les animaux, la nature*, Paris, Le Cerf, 2011.

⁹ Ibid. partie I.