

# CAHIERS DE LA SÉCURITÉ ET DE LA JUSTICE

Revue de l'Institut des hautes études du ministère de l'Intérieur n°54

## Vers une sécurité sanitaire ? Premières leçons d'une crise



### Dossier

Du droit de la crise. État d'exception, état des lieux et perspectives

Gérard PARDINI

La santé ! Quoi qu'il en coûte ?

Entretien avec André COMTE-SPONVILLE

L'État et le sanitaire : entre surprise stratégique, « étrange défaite » et sursaut salvateur

Alain BAUER

Épidémies et sécurité sanitaire internationale, 1851-1951 : une approche globale  
Céline PAILLETTE

### Sécurité intérieure

« Formez vos bataillons ! »

Regards sur le Service national universel  
Muriel RAMBOUR

Directeur de la publication :

**Éric FREYSELINARD**

Rédacteur en chef :

**Manuel PALACIO**

Comité de rédaction :

**AMADIEU Jean-Baptiste**, Agrégé de lettres, chargé de recherches au CNRS  
**BENBOURICHE Massil**, Docteur en psychologie, Docteur en criminologie,  
Université de Lille

**BENBOURICHE Massil**, Maître de conférences en Psychologie et Justice, UFR  
Psychologie, Université de Lille, France

**BERLIERE Jean-Marc**, Professeur émérite d'histoire contemporaine,  
Université de Bourgogne

**BERTHELET Pierre**, Chercheur au centre de documentation et de recherches  
européennes (CRDE), Université de Pau

**BOUDJAABA Fabrice**, Directeur scientifique adjoint au CNRS, Institut des  
sciences humaines et sociales (InSHS)

**COOLS Marc**, Professeur en criminologie, Université libre de Bruxelles,  
Université de Gand

**DALLEST Jacques**, Procureur Général près la cour d'appel de Grenoble,  
professeur associé à Sciences Po Grenoble, doyen des enseignements du pôle  
"communication judiciaire" à l'École nationale de la magistrature

**DE BEAUFORT Vivianne**, Professeur à l'Essec, co-directrice du CEDE

**DE LA ROBERTIE Catherine**, Préfète de l'Ain, Professeure des universités, Paris I,  
Directrice du Master2 Stratégie Internationale & Intelligence Économique

**DE MAILLARD Jacques**, Professeur de Science politique, Université de  
Versailles Saint-Quentin

**DIAZ Charles**, Contrôleur Général, Inspection générale de la Police nationale

**DIEU François**, Professeur de sociologie, Université Toulouse 1 Capitole

**EVANS Martine**, Professeur de droit pénal et de criminologie, Université de Reims

**HERNU Patrice**, Administrateur INSEE

**LATOUR Xavier**, Professeur de droit, Doyen de la Faculté de droit et science  
politique, Université Côte d'Azur

**LOUBET DEL BAYLE Jean-Louis**, Professeur émérite de Science politique,  
Université de Toulouse I, Capitole

**MOCILNIKAR Antoine-Tristan**, Ingénieur général des Mines. Service de  
défense, de sécurité et d'intelligence économique. Ministère de la transition  
écologique et solidaire

**NAZAT Dominique**, Docteur en Sciences odontologiques, expert au Groupe  
de travail permanent pour la révision des normes d'identification du DVI  
d'Interpol

**PARDINI Gérard**, Sous-préfet

**PICARD Jean-Marc**, Enseignant-chercheur à l'Université de Technologie de  
Compiègne

**RENAUDIE Olivier**, Professeur de droit public à l'Université de Lorraine, Nancy

**ROCHE Jean-Jacques**, Directeur de la formation, des études et de la  
recherche de l'Institut des hautes études de la défense nationale (IHEDN)

**SAURON Jean-Luc**, Professeur de droit à l'Université Paris Dauphine

**TEYSSIER Arnaud**, Inspecteur Général de l'Administration, Professeur Associé  
à l'Université Paris I

**VALLAR Christian**, Avocat en droit public, professeur des universités, Université  
Côte d'Azur

**WARUSFEL Bertrand**, Professeur agrégé des facultés de droit, Université Paris 8

**Responsable de la communication** : Valérie LAWSON

**Conception graphique** : Laetitia BÉGOT

**Vente en librairie et par correspondance** – La Direction de l'information  
légale et administrative (DILA),  
www.vie-publique.fr

**Tarifs** : Prix de vente au numéro : 23,10 € – Abonnement France (4 numéros) :  
71,00 € – Abonnement Europe (4 numéros) : 76,30 €

**Abonnement DOM-TOM-CTOM** : 76,30 € (HT, avion éco) – Abonnement  
hors Europe (HT, avion éco) : 80,50 €

**Impression** : DILA  PEFC® 10-31-2190

**Tirage** : 1100 exemplaires

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2022

**Conditions de publication** : Les Cahiers de la sécurité et de la justice publient  
des articles, des comptes rendus de colloques ou de séminaires et des notes  
bibliographiques relatifs aux différents aspects nationaux et comparés de la  
sécurité et de ses acteurs. Les offres de contribution sont à proposer à la rédaction  
pour évaluation. Les manuscrits soumis ne sont pas renvoyés à leurs auteurs.  
Toute correspondance est à adresser à l'IHEMI à la rédaction de la revue.

## Sommaire

### 3 Éditorial – Éric FREYSELINARD

#### Dossier

Dossier coordonné par Gérard PARDINI et Manuel PALACIO

#### 4 Du droit de la crise.

État d'exception, état des lieux et perspectives  
Gérard PARDINI

#### 27 La santé ! Quoi qu'il en coûte ?

Entretien avec André COMTE-SPONVILLE

#### 32 La Valeur de la vie humaine

Emile QUINET

#### 42 Épidémie et santé publique :

fin de « l'État dans l'homme privé » ?  
Patrick ZYLBERMAN

#### 50 À la recherche de la déférence perdue : crise sanitaire et épidémiologie populaire

Jean-Noël FERRIÉ, Saadia RADJ

#### 57 L'État et le sanitaire :

entre surprise stratégique, « étrange défaite »  
et sursaut salvateur  
Alain BAUER

#### 79 Covid19 : stress test pour que la politique sanitaire devienne une politique européenne

Viviane de BEAUFORT

#### 84 Le maire face à la pandémie : la primauté de l'État

Christian VALLAR

#### 89 Covid-19 : un défi pour la gestion des crises sanitaires des Villes

Anthony MESLÉ-CAROLE, Didier HEIDERICH

#### 98 Du regard citoyen à une approche de santé publique : la nécessité d'apprendre de la crise

Brigitte LACROIX



136



4



156

- 108** La responsabilisation croissante du citoyen et son articulation avec le processus de sécurité en période de crise  
Théo CLENET

- 126** Épidémies et sécurité sanitaire internationale, 1851-1951 : une approche globale  
Céline PAILLETTE

- 136** Extension du domaine de la sécurité. Le nouvel acteur sanitaire  
Manuel PALACIO

### Sécurité intérieure

- 143** « Formez vos bataillons ! »  
Regards sur le Service national universel  
Muriel RAMBOUR

- 151** Le réserviste : un statut hérité au sein des Armées  
Abdesalam BEN HAMOUDA,  
Meddy VIARDOT

### Jeunes chercheurs

- 156** L'opposition sécurité-libertés dans une démocratie : des mesures liberticides, conséquences inéluctables de la mise en place d'états d'urgence terrorisme ?  
Alice BISSON

### Nos auteurs publient

- 162** Le Silence des maquis.  
*Polar généalogique*  
Jean-Marc BERLIÈRE, Justine BERLIÈRE

- 163** Le commissaire de police.  
Réalités et fictions  
Christian VALLAR, André Michel VENTRE

- 164** Confessions gastronomiques.  
*Le restaurant d'après*  
Alain BAUER. Avec 59 chefs, cuisiniers et restaurateurs

# Du droit de la crise. État d'exception, état des lieux et perspectives<sup>1</sup>

Gérard PARDINI

La crise sanitaire que nous connaissons depuis maintenant deux années a généré de nombreuses réflexions et études touchant notamment aux libertés et plus généralement à la philosophie politique. Les réactions parfois violentes aux dispositions prises pour endiguer la pandémie ont notamment fait ressurgir le débat autour de la biopolitique qui avait été ouvert par Michel Foucault dans les années 1970<sup>2</sup>. En bouleversant le quotidien des habitants de la planète, la pandémie suscite pour les uns l'espoir d'une nouvelle révolution politique et intellectuelle axée sur une écologie refondée et pour les autres une demande forte d'État pour protéger au risque de réduire les libertés individuelles. Les deux branches de l'alternative ne sont pas antinomiques, car il est aussi possible d'imaginer un monde nouveau alliant écologie et restriction des libertés...

Pour qui s'intéresse au débat, je ne peux que recommander la lecture de la somme de presque deux mille pages écrite par le philosophe Serge Audier qui a été publiée entre 2017 et 2020 dans trois ouvrages : *La société écologique et ses ennemis*, *L'Âge productiviste* et *La Cité écologique*<sup>3</sup>. Cette trilogie présente un état des lieux de nos démocraties confrontées au défi de faire vivre en harmonie hommes et nature sous peine de voir s'effondrer un monde que nous imaginions à notre main, mais ouvre également des perspectives de refondation de ce que pourrait être une cité écologique ayant trouvé un équilibre entre liberté, égalité et solidarité.

L'ambition de cet article est beaucoup plus modeste ; il s'agit d'y présenter le cadre dans lequel est traitée une crise majeure telle que la pandémie du Covid 19 et de montrer les interactions complexes auxquelles sont confrontés les États démocratiques soumis à la recherche permanente de l'équilibre entre la préservation de leurs populations et le maintien d'un socle de libertés. La démocratie est toujours affaire d'un équilibre subtil, ce qui la rend fragile quand survient une hyper crise, car apparaissent alors des critiques sans nuances allant jusqu'à réfuter la différence entre démocratie et totalitarisme sous le prétexte du principe que les deux régimes disposent de la capacité d'enfermement. C'est cette confusion qui nourrit actuellement les réseaux sociaux et qui se trouve amplifiée par le déclin du sacré. Le gouvernement des sociétés modernes est confronté à une défiance dans la science alors que les espoirs mis dans cette science depuis le XVII<sup>e</sup> siècle avaient consolidé leurs États.

(1) Cet article a été rédigé à partir de l'intervention de Gérard Pardini le 13 avril 2021 à l'Institut des Hautes études du ministère de l'Intérieur pour les auditeurs de la session Risques et Crises. Il constitue une réflexion personnelle de son auteur et ne saurait être interprété comme une position officielle ou officieuse des services de l'État.

(2) Foucault (M.), 1975, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard ; 1976, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard ; 1976. Foucault a ainsi développé le concept de biopolitique entendu comme l'agrégat des dispositifs étatiques mais aussi de savoirs qui intègrent dans leurs déclinaisons les processus de la vie pour les modifier et les contrôler.

(3) Serge Audier a publié cette trilogie aux Éditions de la Découverte.

**Gérard PARDINI**



Gérard Pardini est haut fonctionnaire au ministère de l'Intérieur. Docteur en droit administratif et en droit constitutionnel, il a été directeur adjoint de l'INHESJ de 2011 à 2015 où il a créé le département Risques et crises.



## Introduction. Les fondamentaux

Pour bien comprendre la situation actuelle, il est nécessaire de rappeler que pour être efficaces, les politiques publiques de crise doivent traiter en cohérence cinq compartiments :

- un cadre national de gouvernance de crise en mesure d'affronter à la fois à une crise classique ou une hyper crise tout en étant capable de faire face à des compromis associés aux deux approches suivantes : se préparer à une crise classique avec des procédures opérationnelles standards et des plans prédéfinis et développer des capacités d'adaptation et de flexibilité pour se préparer à l'inconnu en vue d'une crise d'un type nouveau ;
- une expertise multidisciplinaire organisée pour donner du sens avant et pendant la crise. La disponibilité des experts est à coupler avec la confiance placée en eux. Cette confiance doit pouvoir être partagée par les populations ;
- un *leadership* permettant à la population de ressentir de la confiance dans les prises de décision. Il s'agit de donner du sens, anticiper, analyser et communiquer vers le réseau d'intervention d'urgence et les citoyens, toutes fonctions clés de direction, nécessitant des outils appropriés, des compétences et une formation adaptée. Cela passe par une répartition claire des rôles entre secteurs publics et privés, mais aussi dans la capacité et la légitimité à faire accepter un message d'attente si la situation est d'une telle gravité que

l'engagement immédiat des secours pourrait aboutir à une vulnérabilité globale encore plus grande ;

- une capacité à gérer de nombreuses parties prenantes et des réseaux d'intervention multiforme (public/privé/ONG). Construire, former, maintenir et gérer de grands réseaux inter-organisationnels d'intervention, comprenant notamment le secteur privé, les volontaires et la société civile, exige une capacité à mobiliser à grande échelle l'ensemble de ces parties prenantes et à partager des valeurs et des objectifs communs et à disposer de formations adaptées ;
- renforcer la coopération internationale et les partenariats qui permettent de soutenir le cadre national de crise dans de nombreux domaines : systèmes mondiaux de surveillance, systèmes mutualisés ou interconnectés d'alerte et de veille, interopérabilité des services de secours, disponibilité des équipes spécialisées, des outils et des fournitures à des niveaux transnationaux, interconnexion des structures stratégiques de gestion de crise, harmonisation des processus de communication de crise.

Cet article s'articule donc en cinq parties pour montrer que le cadre normatif de la gestion de crise (le premier compartiment) a des interactions évidentes avec les quatre autres. Il présente tout d'abord un focus sur ce cadre normatif et traite successivement des origines de la notion d'exception, de la pertinence d'un tel dispositif, de la place occupée en France par le droit administratif, du recadrage du débat rendu indispensable par une évolution du contexte des crises (sanitaires, « guerre » contre le

terrorisme, appréhension complexe de la notion de souveraineté) et conclut enfin sous forme d'interrogation sur, notamment, les questions posées par l'envahissement du numérique, la place de l'État national ou encore la place de l'Europe.

## Les origines

À intervalles plus ou moins longs, toute société traverse des crises majeures. Confrontée à de telles situations, elle veut survivre. Ce constat est millénaire, comme sa volonté de disposer du pouvoir d'adapter la règle commune à laquelle se soumet « volontairement » la communauté des citoyens si des circonstances particulières « l'exigent » ; l'exception a toujours fait partie intégrale du contrat de société. Elle recouvre l'impératif de survie de la société par lequel le pouvoir constitué va s'autoriser à transgresser le droit dans l'intérêt public.

Le fondement de ce régime juridique se trouve dans l'idée de nécessité. Cette dernière est de toutes les époques et de tous les régimes. La nécessité renvoie à un fait, une situation qui heurte le cours normal des choses. Elle renvoie aussi à des formules passées dans le langage courant telles que (*l'exception confirme la règle, nécessité fait loi, nécessité n'a point de loi, le salut du peuple est la loi suprême* qui remonte à Cicéron).

On trouve dans *Les Philippiques*, série de quatorze discours prononcés par Cicéron en 44 et 43 av. J.-C dans lesquels il attaque Marc Antoine, qui se pose en successeur de Jules César et tente un coup de force en marchant sur Rome, une description de l'État de l'exception. Le Sénat, informé d'une menace contre la République prononce un *senatus consultum ultimum* demandant aux consuls (mais aussi à leurs substituts et aux citoyens) de prendre toutes les mesures possibles pour assurer la sécurité de l'État. Ce type de *senatus consultum* entraîne la prise d'un décret déclarant le *tumultus* (État d'urgence causé par le désordre) et la proclamation du *Iustitium* (*ius* ou *jus*). Ce mot est construit de manière identique à *Sol – stitium* (le solstice). La signification est la suspension vue comme un point d'arrêt du droit, comme du soleil.

C'est bien une suspension du droit en tant que tel avec la production d'un espace spatio-temporel vidé des contraintes du droit. La situation de danger supprime les restrictions que les lois imposent aux magistrats (à l'époque romaine cela concernait principalement la faculté de mettre à mort un citoyen sans jugement populaire).

Depuis l'Antiquité le juriste a toujours essayé de justifier la mise en échec de la norme de droit commun, « la norme normale ». Cela est dû au constat intemporel selon lequel la norme bute devant la stochastique (tous les événements relevant de l'aléa).

L'exception poursuit un double but :

- écarter la règle en raison des circonstances ou d'une finalité supérieure ;
- soustraire les pouvoirs publics aux rapports normaux entre gouvernants et gouvernés.

Il a donc fallu au gré des circonstances théoriser comment obéir à une nécessité irrésistible pour demeurer dans un ordre juridique qui n'est plus le « normal », mais qui doit demeurer un ordre. Nous sommes au confluent du droit, de la philosophie et de l'histoire.

L'exemple romain que je viens de citer montre bien que dès l'origine de la création du concept nous sommes confrontés à deux interprétations possibles qui sont en fait des contradictions toujours actuelles. Le *Iustitium* peut recouvrir une complète anomie du droit avec l'acceptation que tout pouvoir et toute structure juridique sont suspendus. Est créé un espace vidé du juridique et les faits produits par les consuls et leurs substituts sont sans incidence juridique ce qui veut dire que l'on ne peut rechercher la responsabilité de celui qui les a légitimement produits. En disant cela nous voyons bien que le *Iustitium* peut être différemment interprété et que c'est tout au contraire la plénitude du droit qui coïncide avec la totalité du réel. Le *Ius* est toujours présent mais dans une « non-exécution » ou une suspension. Au final se dessine une vision plus contrastée de l'exception avec une conception faisant que l'existence d'un espace vide de droit est nécessaire à l'ordre juridique pour exister dans la durée et surmonter les vicissitudes de la vie réelle. Dit autrement, pour garantir son bon fonctionnement, le droit doit composer avec une anomie sciemment acceptée et voulue.

Si nous revenons dans le champ du droit moderne, il faut appréhender le concept au travers de plusieurs catégories de droits dont chacune a développé sa propre théorie.

En droit administratif on parlera de la théorie des circonstances exceptionnelles qui va permettre de prendre en compte des bouleversements contractuels.

En droit constitutionnel on va parler d'état de nécessité, de droit ou de théorie de la nécessité et même de dictature constitutionnelle.

La formule du droit administratif est intéressante, car très générale. Elle renvoie au facteur déclencheur de l'inapplication du droit normal.

Peu importe la finalité (sauvegarde de l'État, du service public, etc.), ce sont les circonstances qui constituent le point pivot du droit de la crise.

L'idée de nécessité est plus vague, car elle peut s'appliquer à des situations existantes sans que les circonstances soient troublées.

En droit pénal, la notion est d'ailleurs fréquemment utilisée avec les dispositions de l'article 122-7 du Code pénal qui prévoient que : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

De cet article 122-7, on peut raisonnablement déduire que l'état de nécessité appartient à la catégorie des faits justificatifs, qui sont des causes d'irresponsabilité pénale déterminées par le législateur. On peut ainsi donner l'exemple d'un conducteur automobile qui quitte délibérément la chaussée pour éviter un piéton et provoque des dégâts matériels dans une propriété. Il a bien enfreint le Code de la route en quittant la chaussée mais l'infraction est justifiée, les faits justificatifs appréciés par le juge pénal désignant les circonstances dans lesquelles la commission de l'infraction a été réalisée<sup>4</sup>.

La jurisprudence française de l'état de nécessité montre aussi qu'elle se réfère à la notion d'équité tant les exemples sont disparates (des accidents automobiles à la production et consommation de cannabis par des malades chroniques pour soulager leurs douleurs).

La notion de « dictature constitutionnelle » est, quant à elle, plus adaptée aux situations de crise. Elle a suscité un regain d'intérêt, principalement aux États-Unis après les attentats du 11 septembre 2001. Les travaux des constitutionnalistes font remonter le concept à la dictature romaine mais avec la difficulté que la République romaine ne disposait pas de constitution écrite ou de coutume constitutionnelle qui auraient

permis de dégager des principes communs de « pouvoirs d'urgence » ou de « pouvoirs exceptionnels ». L'histoire des institutions montre plutôt que les périodes de dictature dans l'antiquité peuvent s'analyser plus comme l'exercice de « fonctions extraordinaires » que de « pouvoirs exceptionnels ».

Les théoriciens contemporains adeptes du concept envisagent d'ailleurs le problème de la constitutionnalité de l'état d'exception d'un point de vue institutionnel et non sous l'angle des libertés fondamentales<sup>5</sup>.

L'évaluation de l'extension des pouvoirs de l'exécutif en situation de crise est réalisée par les théoriciens libéraux, notamment anglo-saxons du seul point de vue de ses coûts et de ses bénéfices en matière de libertés publiques.

La question centrale étant de déterminer dans quelle mesure les libertés peuvent être limitées afin d'assurer, en période de crise, la survie de l'État ou la sécurité nationale.

Depuis 2001 et les grands attentats survenus à New York et Washington, c'est cette vision qui a prévalu en argumentant que les mesures visant à renforcer la sécurité nationale sont légitimes si elles n'empêtent pas, sauf de manière marginale, sur les libertés publiques. Le point de vue fait l'objet de controverses bien évidemment par les tenants d'une vision plus protectrice des libertés qui contestent l'examen du problème de la constitutionnalité des mesures d'urgence du seul point de vue des équilibres institutionnels prévus par la Constitution et non sous l'angle de la réduction des libertés fondamentales.

En fait le débat sur la pertinence d'un droit de la crise tourne autour de l'équation « sécurité/liberté » dont la résolution est impossible. On ne peut qu'imaginer un équilibre accepté par le peuple qui par son vote légitime la position d'un curseur. La capacité du peuple à se prémunir d'une évolution dictatoriale est fragile, comme l'histoire l'a montré à de nombreuses reprises et seule l'existence de garanties au niveau constitutionnel de limiter la propension d'un exécutif à élargir ses pouvoirs peut être recherchée (encadrement par exemple des dispositions des articles 16 et 55 de la constitution française). La question centrale tourne bien autour des pouvoirs de contrôle. Cela se retrouve aussi au niveau *infra-* constitutionnel

(4) Le législateur a prévu quatre types de faits justificatifs : l'ordre de la loi ; le commandement de l'autorité légitime (article 122-4 du Code pénal) ; la légitime défense (articles 122-5 et 122-6 du Code pénal) et l'état de nécessité (article 122-7 du Code pénal).

(5) Se reporter pour développer la notion aux travaux de : Ferrary (J.-L.), 1988, « Cicéron et la dictature », in Hinard (F.) *Dictatures*, Paris, éd. De Boccard, p. 97-105 ; Friedrich (C. J.), 1958 [1946], *La démocratie constitutionnelle*, Paris, PUF ; Gaudemet (J.), 1982 [1967], *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Sirey ; Manin (B.), 2008, « The emergency paradigm and the new terrorism », en ligne : <http://cespra.ehess.fr/document.php?id=302>, (originellement paru dans Baume (S.), Fontana (B.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houard, 2008).

avec le cadre juridique de la gestion quotidienne d'une crise qui relève en France du droit administratif.

Pour bien comprendre les fondements du droit de la crise il faut s'intéresser à la relation entre État et législation.

Cette relation État/législation est celle qui permet aux citoyens d'accepter une relation d'obéissance qui est perçue comme protectrice. Cette transgression du droit ne peut se comprendre que si on analyse la relation entre exercice du pouvoir et morale. Cette dimension ne peut se détacher de la relation État/législation, car quels que soient les régimes, il est impossible à un État de dénier à chacun des citoyens la faculté de se référer à une morale.

Cette relation entre exercice du pouvoir et morale est une constante de l'histoire des États. Elle est indissociable de la question religieuse que toute puissance publique ne peut ignorer. Elle peut être baptisée « conscience universelle » si la notion de divin est totalement rejetée, mais les effets sont identiques, car dans les deux cas c'est bien une exigence de moralité qui est demandée par les gouvernés aux gouvernants. Plus on est éloigné du pouvoir, plus elle est forte, car il n'y a pas à arbitrer entre principes et contraintes de l'action<sup>6</sup>.

Cette double relation doit aussi s'analyser en intégrant le facteur temporel. L'appréciation des contraintes est différente selon que l'on se situe dans le présent de la réalité d'une crise ou que l'on analyse une crise à l'aune de l'histoire.

Le résultat d'une décision prise au regard de contraintes sera donc évalué au vu du résultat obtenu. Cette évaluation sera différente selon que l'on s'intéresse au résultat de court terme ou bien celui de long terme.

Les législations d'exceptions ont été imaginées pour limiter l'application de la théorie des circonstances exceptionnelles.

L'objectif du législateur a toujours été d'éviter au maximum de malmener le droit grâce à l'existence d'un texte dont l'origine s'explique toujours par le contexte de leur édition.

On peut ainsi distinguer en France trois tendances :

- la législation fait suite à un événement dont on redoute qu'il se répète (loi sur l'état de siège adoptée le 9



LE DÉBAT SUR LA PERTINENCE D'UN DROIT DE LA CRISE TOURNE AUTOUR DE L'ÉQUATION « SÉCURITÉ/LIBERTÉ » DONT LA RÉSOLUTION EST IMPOSSIBLE. ON NE PEUT QU'IMAGINER UN ÉQUILIBRE ACCEPTÉ PAR LE PEUPLE QUI PAR SON VOTE LÉGITIME LA POSITION D'UN CURSEUR. LA CAPACITÉ DU PEUPLE À SE PRÉMUNIR D'UNE ÉVOLUTION DICTATORIALE EST FRAGILE, COMME L'HISTOIRE L'A MONTRÉ À DE NOMBREUSES REPRISES ET SEULE L'EXISTENCE DE GARANTIES AU NIVEAU CONSTITUTIONNEL DE LIMITER LA PROPENSION D'UN EXÉCUTIF À ÉLARGIR SES POUVOIRS PEUT ÊTRE RECHERCHÉE (ENCADREMENT PAR EXEMPLE DES DISPOSITIONS DES ARTICLES 16 ET 55 DE LA CONSTITUTION FRANÇAISE). LA QUESTION CENTRALE TOURNE BIEN AUTOUR DES POUVOIRS DE CONTRÔLE.



août 1849 après la révolution de 1848 ou la loi dite « Trévenec » (du nom de son auteur) prise en 1872 après la Commune) ;

- la loi habilite l'exécutif à intervenir dans le périmètre du législatif ou accorde des « pleins pouvoirs » (loi du 5 août 1914 autorisant l'ouverture de crédits par décrets pour les besoins de la Défense nationale, loi du 10 février 1918 pour organiser par décret le ravitaillement) ;
- la législation ne fait pas suite à un événement particulier (art. 92 constitution de l'an VIII ou art. 14 de la charte de 1814, ancêtres de l'art. 16 actuel).

Une constante : un régime exceptionnel est déclenché par l'autorité qui qualifie de crise la situation. L'opinion publique est le censeur ultime, mais elle n'intervient pas immédiatement et pas sur le terrain juridique.

## Quelle pertinence pour des pouvoirs d'exception ?

Le parti retenu est de lier les pouvoirs d'exception à la notion de crise en partant du constat qu'il existe dans

(6) Revue Pouvoirs, avril 1993, « Morale et politique » ; n° 65 et notamment l'article de René Rémond : « L'arme de la morale en République », p. 41 et l'article d'Alain Bergounioux : « Les principes et les contraintes », p. 61.

tous les régimes démocratiques deux ordres juridiques concurrents : celui pour les circonstances normales et celui destiné aux crises.

Encore faut-il s'entendre sur le champ couvert par la notion de crise. Nous nous en tiendrons à la typologie ONU qui donne une vision globale de la sécurité en adéquation avec la définition d'une stratégie de sécurité nationale apportant des réponses à « *l'ensemble des risques et menaces susceptibles de porter atteinte à la vie de la nation* ».

Un tel champ dépasse largement celui de la politique de défense en incluant notamment les politiques de sécurité intérieure, la politique étrangère et la politique économique.

Nous exclurons donc de cette réflexion les notions de guerre et de conflit qui sont des termes porteurs de concepts différents<sup>7</sup>.

La guerre se caractérise par le recours à la violence avec pour objectif central de forcer un adversaire à exécuter la volonté de l'autre belligérant.

Elle implique également une lutte entre des ennemis aux buts politiques inconciliables et admet comme objectif central la possible destruction de l'adversaire. Un conflit oppose des entités, États ou acteurs privés qui poursuivent comme objectif la maîtrise d'une ressource ou d'une situation. À la différence de la guerre, le conflit s'inscrit dans le fonctionnement de la société.

La crise se caractérise par une situation suffisamment aiguë pour ouvrir une période plus ou moins longue d'instabilité. Elle révèle un état de déséquilibre qui va mettre en lumière l'importance des enjeux et ouvrir des opportunités de négociation et de résolution<sup>8</sup>.

Deux autres dimensions sont intéressantes. Elles concernent le caractère prédictible de la crise et la possibilité de la contrôler. Cela ouvre le champ à de

nombreuses possibilités intéressant la prévention des risques, et/ou des menaces et leur gestion.

C'est à ce niveau que se situe le débat traitant de l'articulation entre droit et libertés. Il nous place au cœur des contradictions et des paradoxes de l'État de droit.

Il n'est pas anodin que le concept d'État de droit soit né au XIX<sup>e</sup> siècle avec le développement de la société industrielle. À l'origine, l'État est exclu de ce concept, qui ne concerne que les sujets de l'État. La question de la légitimité des pouvoirs exceptionnels ne se pose alors pas. L'État administratif demeure en dehors de la loi<sup>9</sup>. Cette approche ne résistera pas aux dérives inhérentes à un tel concept qui presuppose que l'État est capable d'autolimitation.

Malgré tous les efforts déployés par Kelsen dans sa Théorie pure du droit<sup>10</sup> pour démontrer, d'une part, l'identité de l'État et du droit et, d'autre part, que l'État ne serait pas une réalité naturelle ou sociale, mais l'ordre normatif réglant la conduite des individus qui le composent<sup>11</sup>.

Cette théorie a mal résisté aux évolutions sociétales du XX<sup>e</sup> siècle, car pour Kelsen, « *le droit est défini comme un ordre de contrainte et non comme un ordre de contrat* ». Or, les dérives des États totalitaires se sont inscrites dans un positivisme juridique inspiré par cette théorie qui fait la part belle aux contraintes justifiées par la défense de l'État et cela a entraîné une remise en cause de sa théorie.

Au sortir de la Première Guerre mondiale, le constitutionnaliste français Léon Duguit tentera de substituer à la doctrine du pouvoir souverain la doctrine du service public, l'approche se fondant sur le contrôle de l'État par la société<sup>12</sup>. Duguit est sans doute l'un des plus brillants théoriciens de l'État de droit moderne, celui de la soumission de l'État au droit qui implique l'assujettissement du rapport de contrainte au rapport de contrat entre citoyens, mais aussi entre les citoyens et l'État. Laboutissement de cette évolution est « l'État de justice » qui prend peu à peu le pas sur « l'État puissance ».

(7) Guerre et Démocratie ; Travaux du Centre d'études et de recherche de l'École militaire (CEREM), 2005, Actes disponibles sur le site <http://www.cerems-biblio.fr>

(8) Est privilégiée dans cet article une vision des crises appréhendée sous l'angle d'un événement et d'un processus [Roux-Dufort, 2007]. Cette approche est au centre des formations mises en œuvre à l'INHESJ. Ce point de vue n'exclut pas la crise appréhendée comme une rupture dangereuse et nocive pouvant menacer la survie même des organisations ou des États. Voir sur ce point les travaux de Pearson (C.) et Clair (J.A.), 1998, «Reframing crisis management», *Academy of Management Review*, 23, p. 59-76.

(9) Dictionnaire constitutionnel, article « État de droit », p. 415, Paris, PUF, 1<sup>re</sup> édition 1992.

(10) Kelsen (H.), 1934, Théorie pure du droit, 2<sup>e</sup> édition traduite par Charles Eisenmann, 1962, Paris, Dalloz.

(11) Troper (M.) in Huisman (D.) (dir.), 1993, Dictionnaire des philosophes, 2<sup>e</sup> édition, Paris, PUF.

(12) Duguit (L.), 1927, Traité de droit constitutionnel, Paris, 3<sup>e</sup> éd. Voir plus particulièrement les chapitres 5 et 6 (le problème de l'État et la conception réaliste de l'État). Pour l'auteur, le fondement du droit public « *n'est plus le droit subjectif de commandement, c'est la règle d'organisation et de gestion des services publics* ».