

Droit, morale et épidémie

Matthieu Febvre-Issaly

L'état d'urgence sanitaire installe un régime d'exception attentatoire aux libertés. Il s'accompagne d'un discours moralisateur qui cible particulièrement les plus pauvres. Pourtant, nous acceptons l'exception comme une évidence.

Il était difficile d'imaginer il y a quelques semaines que l'événement que nous regardions à Wuhan, en Chine, se rapprocherait de nous, et si vite, comme un météore que l'on voit tomber sur soi. Aussi comme dans beaucoup de pays, la réponse des pouvoirs publics français à la pandémie du Covid-19 a été graduelle, à mesure que croissait la conscience de la situation. Alors qu'il s'agissait de janvier à début mars de contenir les foyers par l'enquête sanitaire, l'annulation des grands événements et la préparation des hôpitaux, l'explosion de la situation italienne a transformé, en quelques jours, la nature de la réponse française, avec une accélération stupéfiante. Plusieurs décrets et arrêtés ont imposé un confinement général à la population à partir du 16 mars, en vertu du pouvoir de police dont disposent le Premier ministre et le ministre de la Santé, avec en sus les mesures prises au niveau local par les préfets et les maires. C'est même un « état d'urgence sanitaire » qui a été voté et déclenché dans l'urgence par le Parlement le 22 mars dernier, renforçant les pouvoirs à disposition du gouvernement pour faire face à la crise.

C'est là l'une des politiques les plus attentatoires aux libertés que la France ait connu sur son sol depuis la dernière guerre mondiale, mais cela ne préjuge en rien de sa légitimité, puisque les libertés ne sont pas absolues ; les

politiques publiques ont souvent pour objet de les réduire au nom de l'intérêt général ou de l'ordre public, laissant toujours ouvert le débat sur la proportionnalité entre l'atteinte et l'objectif poursuivi¹. Au-delà de ce débat et de l'action du présent gouvernement, ces mesures sont néanmoins le signe d'une transformation profonde de l'appareil coercitif, en France comme ailleurs, depuis plusieurs décennies : un mode de gouvernement qui favorise la responsabilisation de l'individu au détriment des libertés, et des plus vulnérables.

« Montrer plus de discipline dans l'application des mesures »

Ce qui frappe dans ce moment condensé d'annonces publiques, de décisions politiques et de mesures juridiques, c'est le recours à la morale. Le 12 mars, le Président *« invite tous les Français à limiter leurs déplacements au strict nécessaire »* et en appelle à leur *« responsabilité »*, sans plus de précisions. Le lendemain, le gouvernement – seul compétent à adopter les mesures réglementaires voulues – décide de fermer les écoles et universités et d'interdire les rassemblements de plus de 100 personnes. Le 14 mars, le Premier ministre annonce la fermeture des bars, cafés, restaurants et commerces non essentiels, un soir de week-end, avec une effectivité à peine plus de trois heures plus tard. Pourquoi cette mesure supplémentaire, deux jours après l'annonce présidentielle ? Le Premier ministre assène : *« Nous avons vu trop de gens dans les cafés, dans les restaurants »*, et appelle à *« montrer plus de discipline dans l'application des mesures »*. Pour peu, on croirait que les mesures sont prises non du fait de l'épidémie, mais d'un esprit de contestation des Français qu'Emmanuel Macron qualifiait en 2018 de *« gaulois réfractaires »*, se justifiant le lendemain : *« le peuple français – je l'ai dit parfois avec humour, ça a été mal compris – ce n'est pas la même chose que le peuple danois »*.

On pourrait opposer à cette culpabilisation que les directives elles-mêmes n'étaient pas claires - l'allocution du 12 n'évoquait aucun confinement et maintenait même le premier tour des élections municipales. Mais peu de monde, après tout, avait vu venir l'ampleur de la crise. Aussi, au-delà du

gouvernement, c'est un florilège de rappels à l'ordre qu'offrent la presse et les réseaux sociaux en temps de confinement, avec des images de supposés flâneurs parisiens et de marchés bondés, des appels à un confinement dit « total » et le slogan « Restez chez vous ».

Cette moralisation dit beaucoup d'une confusion des genres dangereuse. Les démocraties contemporaines, telles qu'elles ont été constituées au fil du XX^e siècle à partir des présupposés philosophiques libéraux des révolutions du XVIII^e siècle, reposent en grande partie sur le droit, et plus précisément une certaine conception du droit que l'on qualifie de positiviste². Les règles contraignantes pour les individus, et que la force publique est à même de faire respecter, sont celles qui sont valides au sein d'un système juridique ; la validité d'une norme, au sein d'un tel système, provient de la compétence de l'autorité qui l'a posée. Ce positivisme juridique n'a rien d'univoque et l'on peut interroger sérieusement le caractère logique d'une telle construction, voire la réalité de ces normes³. Le présupposé fondamental que partagent néanmoins les positivistes est le rejet de la morale comme source du droit, c'est-à-dire comme fondement des règles contraignantes imposées par les pouvoirs publics à la société. C'est un rejet du droit naturel qui, venant de la seule nature des choses ou d'une révélation, s'imposerait à la volonté des autorités temporelles, ainsi qu'un rejet de la valeur coercitive des obligations morales. Sans que cela n'empêche bien sûr un jugement critique sur le droit, ou une influence de la morale sociale dans l'adoption et la mise en œuvre des règles juridiques. Derrière ces constructions et ces dilemmes, il y a un fort idéalisme démocratique : la procéduralité du droit, la prévisibilité de règles posées par une autorité donnée, elle-même constituée selon les règles les plus élevées de l'ordre juridique, protègent contre l'arbitraire de ceux qui détiennent la force légitime – y compris contre les formes les moins visibles de cet arbitraire que sont l'inconnu, l'imprévisibilité ou l'hésitation de l'individu face à la force publique qui peut le frapper.

La réponse à l'épidémie de Covid-19 a ainsi ceci de particulier qu'elle a joué avec les registres de l'obligation juridique et de l'obligation morale, sous la forme de l'appel à la responsabilité individuelle dans le respect du confinement. Une marque de cette ambiguïté est la peur éprouvée d'être puni pour être sorti faire un tour ou acheter quelques provisions dans un magasin un peu plus lointain qu'à l'accoutumée, sans savoir si l'on tombera

sous le coup de la sanction, testant chaque mètre comme un coup de sonde. Est-on responsable en sortant faire ses courses deux, trois fois par semaine ? En marchant quelques centaines de mètres, ou un peu plus ? C'est que la culpabilité ne tombe pas d'en haut : elle est vécue et intégrée par chacun. Lorsque des images de rues sont diffusées, associées à l'expression : « ils ne respectent pas le confinement », rien ne permet pourtant de dire que les règles juridiques n'ont pas été scrupuleusement suivies. C'est bien l'injonction morale qui joue ici.

Le sentiment est redoublé par la manière dont les mesures peuvent être appliquées localement. Lorsque le confinement est annoncé le 16, les dérogations, reportées sur l'attestation qu'il faut toujours montrer comme un laissez-passer, sont d'une grande généralité alors même qu'il s'agit du fondement d'une sanction, qui devrait être claire et prévisible. C'était par exemple le cas des « *déplacements brefs, à proximité du domicile, liés à l'activité physique individuelle des personnes* », même si cela a été précisé le 23 mars après un rappel à l'ordre du juge administratif le 22. Des personnes ont été verbalisées pour des courses jugées non essentielles par les policiers rencontrés, voire mises en garde à vue pour mise en danger de la vie d'autrui : un tel régime ouvre de fait à des décisions arbitraires.

L'évidence de l'exception

Il y a un élément propre à l'épidémie qui explique la force et l'ambiguïté de la riposte : elle crée une peur diffuse. Elle érige un ennemi, comme le terrorisme depuis les années 2000. Mais cet ennemi est invisible, et surtout il est porté par n'importe qui. L'inconnu, mais aussi l'intime, le proche. Confirmant les intuitions survivalistes, chaque être vivant devient une menace pour l'autre, légitimant la puissance du « *Léviathan juridique*⁴ » déployé. L'état d'urgence sanitaire fait ainsi écho à l'état d'urgence tout court, activé de 2015 à 2017, qui permettait assignations à résidence et perquisitions sur décision administrative, à partir de simples soupçons de velléités terroristes, mais aussi de militantisme politique violent, et sans intervention préalable d'un juge. L'espace public a été militarisé. En 2015 comme en 2020, l'atteinte aux libertés est une nouvelle étape inédite, quand bien même le

terrorisme et les épidémies ne sont pas nouveaux, montrant une gradation de la logique sécuritaire à problème égal. En 1968 et 1969, la grippe de Hong Kong faisait 32 000 morts en France, un million dans le monde, sans appeler de mesures ou d'émoi particulier⁵.

Surtout, le nouvel arsenal juridique a été bricolé dans l'urgence, adopté à la hâte par un Parlement largement dépossédé de son pouvoir – parce qu'il ne s'est pas lui-même saisi de son rôle de contrôle et de délibération, et par le renvoi massif à des ordonnances du gouvernement –, en violation de surcroît d'une règle de procédure de la Constitution⁶. Une dérogation majeure à l'État de droit, donc. Cela n'avait pourtant rien de nécessaire : en 2015 comme en 2020, des outils répressifs existaient dans notre droit administratif comme dans notre droit pénal⁷.

La fuite en avant des régimes répressifs exceptionnels nous paraît néanmoins nécessaire, voire incontournable, preuve d'une habitude prise par les démocraties de se rétracter face aux menaces. Il est frappant que le confinement ait pris cet air d'évidence, dans le sillage de la solution chinoise, quand des exemples étrangers comme des spécialistes montrent qu'une prise en charge à temps, une politique de test intensif et un système de santé doté de moyens importants produit des effets similaires en portant nettement moins atteinte aux libertés, même s'il est désormais trop tard pour se poser cette question sans doute. La logique de l'exception à l'État de droit s'impose. Elle s'inscrit dans une durée qui n'a rien à voir avec l'urgence initiale, puisque le régime déclenché en 2015 a duré trois ans et est en bonne partie devenu notre droit commun en 2017, et que l'état d'urgence sanitaire d'aujourd'hui peut être déclenché à tout moment par le président de la République sans garantie procédurale particulière.

Ce n'est pas une dictature qui survient, ni la prise de pouvoir d'une oligarchie qui dominerait une population. C'est une tendance lourde à mettre en place un régime hybride où la démocratie perdure, mais l'importance des libertés décroît. Cela dit quelque chose d'une gouvernance contemporaine où chaque individu, entrepreneur de lui-même, est responsabilisé jusqu'à former une normativité qui pèse sur lui. La morale redevient un instrument à disposition des gouvernants pour agir sur l'individu, par-delà les normes juridiques émises par les autorités compétentes et que le citoyen peut prévoir et contester.

Michel Foucault, étudiant les disciplines modernes, abordait l'imaginaire du panoptique et de la surveillance par une présentation glaçante de la quarantaine des épidémies de peste⁸. Quelques années plus tard, il analysait comment une certaine biopolitique resserrait les mailles du filet du pouvoir en touchant tous les aspects de la vie individuelle jusqu'à l'intime : le pouvoir n'est alors pas une autorité qui domine d'en haut, mais une gouvernementalité diffuse, intériorisée par les individus, une contrainte ou une surveillance autant qu'un gouvernement de soi⁹. C'est un paradoxe : le durcissement inéluctable des disciplines se conjugue étrangement bien avec le souci accru (et celui-là est bienvenu) de la vie humaine, qui explique sans doute la divergence historique majeure d'avec 1968-1969 et l'ampleur de la réaction à l'épidémie.

Exclusion et surveillance

Or ce mode de gouvernement atteint les plus vulnérables, ce qui apparaît précisément dans sa dimension responsabilisante. L'injonction morale suppose souvent une position de privilège : depuis le grand appartement, la maison ou les palais de la République, on cible les marchés populaires du Nord de Paris, et au passage les appropriations de l'espace public par des populations issues de l'immigration ; on culpabilise les rassemblements de populations aux habitats étriqués voire indécents. C'est un ressort ancien en période d'épidémie de juger coupable les plus pauvres, avec tout l'imaginaire qui les entourent : l'irrespect des règles, le manque d'hygiène, les rassemblements chaotiques. Et ce en dépit de tout souci d'égalité, un principe fondateur des démocraties libérales autant qu'une règle de droit. C'est en outre la logique même d'une démocratie avancée que de faire en sorte que les minorités (ethniques, économiques, sociales) ne soient pas opprimées par la majorité, au nom du pacte social qui forme la société politique.

Cela, alors même que la précarité de certaines populations les expose particulièrement au virus, parce qu'ils doivent gagner leur vie – c'est le cas des caissiers, des éboueurs, des livreurs, des agents de sécurité – ou parce qu'ils sont dans un plus grand état de fragilité, ainsi des habitants de la Seine-Saint-

Denis touchée par une surmortalité exceptionnelle, des sans-abri, ou encore des Afro-Américains aux États-Unis. De même, alors que 20 000 migrants sont morts dans la Méditerranée depuis 2014 apprenait-on récemment, les camps grecs et les centres de rétention administrative français deviennent des foyers épidémiques mortifères, comme les prisons en général. Le confinement comme le virus révèlent les inégalités et les vulnérabilités qui existaient avant l'épidémie¹⁰.

La moralisation qui redouble la règle de droit est dangereuse parce qu'elle est ouverte aux biais les plus profonds. On comprend ici l'intérêt de prêter attention à la confusion entre normativité juridique et responsabilisation individuelle : comment sait-on quelle est la règle morale qui s'impose à la conscience, hors de la règle édictée, publiée, contrôlée selon les canons procéduraux de l'ordre constitutionnel ? Dans le régime d'exception, les exclus et les vulnérables ne bénéficient plus de la protection que procure dans une certaine mesure la procéduralité juridique, *a fortiori* lorsque les tribunaux sont partiellement fermés, laissant de nombreux justiciables sans juge.

Ce qui se met en place en termes de mesures juridiques, ainsi que l'exceptionnelle légitimité dont ces instruments bénéficient dans ce contexte de peur, laissent augurer la poursuite du scénario de science fiction au-delà de la seule épidémie. La mise en place d'une surveillance numérique est peut-être la meilleure illustration des apories d'une logique d'exception interminable. Le traçage des individus par leur téléphone est utilisé dans plusieurs pays, et envisagé sur la base du volontariat par le gouvernement français. Qui garantit qu'une fois mis en place au nom de l'exceptionnel, ces outils juridiques ou techniques ne deviendront pas la normale ?

1. Catherine Le Bri, « La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le coronavirus », *The Conversation*, 27 mars 2020.

2. On retiendra les principaux ouvrages de ce courant d'idées, John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, edited by Wilfrid E. Rumble, 1995 (1832); H.L.A Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1961, Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction de Charles Eisenmann, Dalloz, 1962.

3. Pierre Brunet, « Analyse réaliste du jugement juridique », *Cahiers philosophiques*, n° 147, 2016/4, pp. 9-25.

4. Paul Cassia, « L'état d'urgence sanitaire: remède, placebo ou venin juridique ? », Blog de Paul Cassia, Mediapart, 24 mars 2020.
5. Corinne Bensimon, « 1968, la planète grippée », *Libération*, 7 décembre 2005.
6. L'article 46 de la Constitution imposait notamment un délai de deux semaines entre le dépôt du projet et la délibération. Voir le texte de l'équipe des rédacteurs d'Academia, « La fin de la République ? », Academia, 23 mars 2020.
7. Paul Cassia, art. cit., compare l'état d'urgence sanitaire à un « placebo » juridique, un jugement qu'il avait déjà formulé dans *Contre l'état d'urgence*, Dalloz, 2016.
8. Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 197 et sq. Voir aussi Barbara Stiegler, « Il faut s'adapter ». *Sur un nouvel impératif politique*, Gallimard, 2019, sur l'importance des politiques de santé dans l'adaptation des individus à leur environnement chez certains penseurs néolibéraux.
9. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France (1978-1979)*, Seuil/Gallimard/EHESS, 2004.
10. Diane Roman, « 'Ils ne mourraient pas tous, mais tous étaient frappés'. Le coronavirus, révélateur des ambiguïtés de l'appréhension juridique de la vulnérabilité », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chronique n° 15, 2020.