

« Les mesures d'urgence »

Louis Jean-Jacques

MCF-HDR en droit public, Université de La Réunion, 15, Avenue René Cassin, BP 7151, 97 715 Saint Denis Message CEDEX 9

Med Trop 2012 ; 72 : 29-31

RÉSUMÉ • Cet article traite de l'impact des crises sanitaires sur le droit administratif de la santé publique. Il montre que les techniques juridiques, conformément aux travaux de Michel Foucault, s'apparentent à celles utilisées en temps de guerre.

MOTS-CLÉS • Chikungunya. Mesures d'urgence. Gouvernance des crises sanitaires d'urgence.

« EMERGENCY MEASURES »

ABSTRACT • This article deals with the impact of health crisis on governance of public health. It tries to show that, in accordance with the thought of Michel Foucault, emergency measures issued during health crisis are akin to those issued during wartime.

KEY WORDS • Chikungunya. Emergency measures. Governance of emergency health crises.

Il s'agit ici de se pencher brièvement sur les réactions juridiques qu'engendre la survenue d'une crise sanitaire comme celle du chikungunya à la Réunion en 2006.

L'idée que l'on voudrait ici éprouver peut se formuler de la manière suivante : au moment où le rôle de l'Etat et des pouvoirs publics est remis en cause et dans la mesure où on peut discerner une crise de l'autorité qui remet en cause une certaine forme unilatérale de l'intervention de l'Etat, et donc un certain recul de l'Etat, le droit se modifie ; il devient indicatif plus que normatif, le contrat se substitue au commandement.

C'est là une sorte de pont aux ânes, voire, de tarte à la crème.

Pourtant, ne peut-on pas discerner dans l'apparition des crises sanitaires une demande sociale en faveur de l'autorité : ne voit-on pas dans le corps social une certaine acceptation de cette autorité qui a pourtant si mauvaise presse ? Par autorité, j'entends la mise à l'écart ou la mise entre parenthèses ou encore l'atténuation des règles de droit les plus couramment admises : tout se passe comme si la crise sanitaire la rendait absolument nécessaire.

Je propose de :

I) voir quel rôle va jouer dans notre droit la notion de crise sanitaire,

II) et de tenter, plus précisément, non pas un inventaire exhaustif, mais un repérage de quelques notions juridiques essentielles qui se trouvent affectées par les crises sanitaires.

Rôle de la notion de crise sanitaire dans notre droit

Le droit administratif, dans son lent mouvement de soumission de l'administration aux règles de l'état de droit a, depuis longtemps, théorisé la situation de crise, sous le nom de « théorie des circonstances exceptionnelles ». (A)

De manière plus générale, il existe depuis longtemps un lien entre l'existence de crises sanitaires, la manière d'y faire face et les modalités d'application du droit administratif de droit commun. (B)

A. La théorie des circonstances exceptionnelles

Cette théorie avait été dégagée par le Conseil d'Etat (CE) dans son célèbre arrêt du 28 juin 1918, Heyries dans lequel il avait été amené à juger que le gouvernement, par décret, avait pu suspendre un texte de loi : l'illégalité est flagrante mais elle se justifie selon le Conseil par l'idée que des circonstances exceptionnelles (on était pendant la guerre de 14-18) pouvaient, en quelque sorte, justifier une illégalité, quitte à ce que le droit reprenne, **y compris rétroactivement**, ses droits à la cessation des hostilités. Cette même théorie sera actée par le célèbre arrêt du 28 février 1919, Dames Dol et Laurent dans lequel le CE avait admis que soit soumise l'activité commerciale de personnes se livrant à la galanterie tarifée dans le port de Toulon à un régime d'interdiction.

Se dégagera progressivement l'idée, plus audacieuse au fond, que les situations de crise relèvent d'une légalité particulière, qui surtout, **est prééminente par rapport à la légalité tout court**.

Le juge n'est pas, pour autant privé de tout contrôle : il va examiner si l'utilisation par les autorités administratives des pouvoirs particulièrement importants qui leur sont reconnus est légitime (et non pas légal ; légitime est l'épithète utilisée dans l'arrêt Dol et Laurent).

La légitimité d'une décision c'est :

- tout simplement qu'elle soit adéquate au but dans lequel les pouvoirs exceptionnels sont reconnus ;

- c'est aussi la nécessité qu'elle intervienne dans des conditions particulières : les événements doivent survenir de manière grave et imprévue (ce n'est pas une simple **urgence** : CE 7 janvier 1944 Lecocq et 5 mars 1948, Marion)

- que l'autorité administrative ne puisse pas agir légalement,

- que les circonstances persistent,

- qu'elle revête un caractère d'intérêt général, ce qui se confond avec la première condition.

Toute une école juridique (on peut penser au sulfureux juriste qu'était Carl Schmitt) a présenté, précisément, l'édifice du droit comme reposant non pas sur une norme suprême (la Constitution) elle-même juridique, mais au contraire sur la nécessité, c'est-à-dire sur les mesures qui doivent, coûte que coûte, être prises.

• Correspondance : jean-jacques.louis@juradm.fr

• Article reçu le 05/10/2011 et accepté le 16/02/2012

La crise, c'est lorsque le véritable fondement du droit se révèle : ce fondement c'est les mesures qui suspendent le droit pour préserver l'Etat, la société ou, version moderne, la santé publique.

L'hypothèse que je voulais soumettre est donc celle-ci : loin de n'être qu'un aspect marginal, exceptionnel, circonstanciel, la situation de crise (guerre, émeutes, catastrophe naturelle, crise sanitaire) fait partie du droit administratif qu'elle contribue à définir « par ses marges ».

Bien entendu, je n'envisage pas de situation aussi dramatique qu'une guerre, ne serait-ce que parce que les crises sanitaires, même graves qu'a connues notre pays, n'ont heureusement jamais atteint cette intensité.

Mais il ne me semble pas inutile d'examiner sous cet angle de vue les différents textes applicables en cas de crise.

B) Les liens entre crise sanitaire et droit

Cité par Michel Foucault dans « Surveiller et Punir » (1) conservé aux archives militaires de Vincennes, un règlement militaire de la fin du XVII^{ème} siècle édictait les mesures devant être prises lorsque la peste se déclarait dans une ville :

- strict quadrillage territorial : fermeture de la ville et interdiction d'en sortir

- découpage en quartiers, eux-mêmes répartis en rues, avec respectivement, à leur tête un intendant et un syndic.

- défense pour les habitants de sortir de leur maison, où les provisions leur sont apportées journalièrement.

Chacun est arrimé en quelque sorte à sa place : l'espace est figé, immobile. La surveillance est constante, l'organisation hiérarchique permettant de s'assurer de chaque niveau. C'est un espace analytique en ce sens que l'information que l'on cherche est en quelque sorte sous le regard.

Selon Foucault, la peste, comme avant elle la lèpre suscite cette réaction de l'instauration et de l'affirmation d'un ordre, d'une discipline, comme si la crise sanitaire venait d'une confusion, d'un mélange, d'une multiplication. Je cite Foucault : « A la peste répond l'ordre ; il a pour fonction de débrouiller toutes les confusions : celle de la maladie qui se transmet quand les corps se mélangent ; celle du mal qui se multiplie lorsque la peur et la mort effacent les interdits (...). Contre la peste qui est mélange, la discipline fait valoir son pouvoir... » (1, voir p. 199).

Dans la situation envisagée par Foucault, les pouvoirs publics commencent à aller au-delà de la simple technique de la quarantaine : il ne s'agit pas simplement de contenir dans un espace clos les personnes malades, comme le faisaient les léproseries du Moyen Age, d'attendre la fin du désordre par un confinement des malades, mais d'agir à l'intérieur de cet espace.

Les maisons sont visitées systématiquement et des « parfums » y sont brûlés puisque l'on attribuait aux propriétés aromatiques de certaines substances le pouvoir de lutter contre le principe de la maladie, le **miasme**.

Pour le juriste, la question qui se pose est de savoir ce que devient le droit en période de crise sanitaire. Crise sanitaire, le mot n'appartient pas, évidemment au vocabulaire du siècle classique : il s'agit aujourd'hui de quelque chose de bien différent. Dans l'idée de crise, il y a la notion de soudaineté, de brusquerie, de surprise, de peur, au fond indépendante du nombre plus ou moins élevé de gens atteints ou indépendamment de la mortalité constatée le nombre de personnes touchées. Lorsque cette soudaineté est absente et que l'événement morbide est étalé dans le temps, associé à une faible information, la notion de crise n'est pas perçue. Le

cas des effets cancérigènes de l'amiante est, à ce titre, très révélateur. Plus de 100 000 personnes, peut-être, mourront des suites de leur exposition à l'amiante mais peu de gens parlent de cette crise, alors que c'en est bien une !

Il y a ensuite l'idée qu'une crise sanitaire serait susceptible de toucher un très grand nombre d'individus. On pense au SIDA, à la pandémie de la grippe A H1N1, à la radioactivité du nuage de Tchernobyl, à la vache folle, au SRAS (pneumonie atypique), à la grippe aviaire, voire à la canicule de 2003.

Enfin, une nuance de gravité. Une crise sanitaire peut tuer, même si ce n'est pas en grand nombre. On pense aux transfusions de sang contaminé par le virus du SIDA, aux injections d'hormones de croissance contaminées par le prion de la maladie de Creutzfeldt-Jacob.

La gestion, cela découle de la notion qui revêt donc un double aspect :

- ce qui est de l'ordre de la prévision : un dispositif de veille et d'évaluation, confié aux agences,

- ce qui est de l'ordre de l'urgence : la prise de décision de mettre en œuvre les différentes solutions possibles permettant de prévenir, réduire, réparer ou compenser.

Dans la première hypothèse, on se trouve, je dirais dans le droit classique : d'une part parce qu'il s'agit de définir des normes garantissant un niveau élevé de protection sanitaire, d'autre part, parce qu'il met en œuvre le principe de précaution.

Certes, c'est initialement par rapport à l'environnement que le principe dit « de précaution » a été mis en place. Il s'agissait de sensibiliser les États pour que des précautions soient prises sans attendre la survenue de problèmes graves. En 2005, ce fameux principe de précaution est inscrit dans la Constitution française.

On a beaucoup confondu précaution et prévention. On confond risque avéré et risque supposé. Mais cela s'explique par le fait que les mentalités, elles aussi, ont évolué : plus personne n'accepte de ne pas être protégé (assurance) contre le moindre risque lié à la vie de tous les jours. Pour un rien, l'État est attaqué, suspecté de ne pas en faire assez.

Jean de Kervasdoué (2) :

« *Être prudent, analyser les risques pour tenter de les éviter, constituer de sages conseils ; mais d'avoir fait de la précaution un principe est un drame : il ne s'agit plus de tenter d'analyser des évolutions vraisemblables, compte tenu des informations disponibles, mais d'imaginer l'irréel, l'impensable, sous prétexte que les dommages causés pourraient être importants.* »

Dans la seconde hypothèse, les institutions et le droit se modifient devant l'urgence ; ainsi, à ce stade de l'exposé, j'évoquerais le cas de l'EPRUS (établissement public de réponse à l'urgence sanitaire créé en 2007), dont certaines mauvaises langues ont souligné la lourdeur du dispositif, parlant même de dispositif bureaucratique de gestion militaire, stocks dans des lieux protégés, usage d'un recrutement médical basé sur le bénévolat et administrativement lourd.

Cet établissement public (EP) administratif présente d'ailleurs certaines caractéristiques particulières : l'article L.3135-2 du code de la santé publique prévoit qu'il est soumis « à un régime administratif budgétaire financier et comptable et à un contrôle de l'Etat adaptés à la nature particulière de sa mission ... ». C'est dire qu'il échappe au droit commun des EP.

Mais aussi du droit des marchés publics : la gestion de la crise du H1N1, l'achat peut-être inconsidéré de vaccins dans l'urgence l'ont conduit, en invoquant sans doute à tort le 7^o de l'article 3 du code des marchés publics (marchés exigeant le secret

ou des mesures de sécurité particulières) à passer des marchés pour lesquels les prix n'avaient pas été réellement négociés.

Notions juridiques essentielles affectées par les crises sanitaires

Ceci amène à tenter de recenser, s'agissant de la gestion de l'urgence d'une crise issue d'une épidémie de grippe aviaire ou d'une épidémie de « chikungunya », les inflexions du droit commun.

Je ne dirai rien sur les structures institutionnelles actuelles, telles qu'elles découlent de la « loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle des produits destinés à l'homme » et de celle du « 9 mai 2001 créant une Agence française de sécurité sanitaire environnementale ». Ces deux lois mettent en place des organismes permanents, établissements publics le plus souvent, disposant de l'expertise scientifique et indépendants des groupes de pression économiques ou politiques. Leur mission se limite à l'observation, l'analyse, l'alerte, avec pour certains quelques pouvoirs de contrôle. La capacité d'intervention, notamment en situation d'urgence, reste entre les mains de l'administration et du pouvoir politique.

Je note, s'agissant uniquement de la gestion des situations d'urgence, que l'architecture du code de la santé publique est la suivante :

Livre 1 : lutte contre les maladies transmissibles

Commentaire : toutes les maladies qui peuvent faire l'objet d'une crise sanitaire ne sont pas transmissibles (obésité diabète sont bien des crises sanitaires) ; mais seules les transmissibles peuvent me semble-t-il déclencher des mesures d'urgence. Aussi :

Titre 1 : lutte contre les épidémies et certaines maladies transmissibles

Chapitre 1 : vaccination

Chapitre 2 : tuberculose et lèpre

Chapitre 3 : transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire

On retrouve la notion d'urgence et de surveillance. Urgence, parce que le texte de l'article L.3113-1 soumet à cette obligation de transmettre des données individuelles les maladies qui nécessitent une intervention urgente et celles dont la surveillance est nécessaire.

La gestion des situations de crise

La gestion de la crise de la canicule en 2003 a marqué l'opinion publique du fait des carences apparues face à un phénomène dont les implications sanitaires n'ont été perçues que tardivement. La gravité de cet épisode a conduit le gouvernement à prévoir des structures spécifiques d'intervention en prévision de nouvelles de crises. C'est ainsi par exemple qu'a été mis en place un Département des situations d'urgence sanitaire, chargé au niveau du ministère de la santé de piloter l'ensemble des procédures d'urgence sanitaire.

Les pouvoirs publics tendent dorénavant à prendre en charge très en amont la gestion des crises sanitaires à l'échelle nationale mais aussi européenne et internationale. Le risque sanitaire aujourd'hui ne peut plus être traité exclusivement au niveau local, l'importance et la vitesse des communications font voyager les maladies aussi vite que les hommes et les marchandises. L'épidémie de chikungunya qui sévit à La Réunion, malgré son apparente localisation, en est un autre exemple. Depuis le début de l'année 2005 en effet, le virus a circulé dans la région sud-ouest de l'Océan Indien, avec en particulier des foyers épidémiques répartis aux Comores, à Maurice, à La Réunion et à Mayotte. La lutte contre le vecteur de la maladie (un moustique transmettant le virus) nécessiterait une concertation entre les États de la Région.

Références

1. Foucault M. Surveiller et punir : Naissance de la prison. Gallimard ed, Paris, 1975, 318 p.
2. de Kervasdoué J. Les Prêcheurs de l'apocalypse. Plon ed, Paris, 2007, 254 p.



Paysage de la Réunion : les Hauts © BA Gaüzère.