

**« EXCEPTION CONSTITUTIONNELLE SANITAIRE » ? UNE ANALYSE COMPARATIVE DES
MESURES D'URGENCE CONTRE LE COVID-19 EN FRANCE ET AU BRÉSIL**

Anderson Vichinkeski Teixeira*

Table of content/Table des matières

INTRODUCTION	202
1. NORMALISER L'EXCEPTION : UN « NOUVEAU » VIEUX PROBLÈME EPISTÉMOLOGIQUE	203
2. LA CONSTITUTIONNALISATION DES MESURES EXCEPTIONNELLES DANS L'APRÈS-SECONDE GUERRE MONDIALE.....	206
3. UNE ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES EXPÉRIENCES LÉGISLATIVES CONTRE LE COVID-19 EN FRANCE ET AU BRÉSIL.....	209
3.1. LA CENTRALISATION UNITAIRE FRANÇAISE ET L'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE	209
3.2. LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF BRÉSILIEN	212
4. QUO VADIS CONSTITUTIONNALISME TRANSNATIONAL ? ENTRE NOUVELLES TYRANNIES D'EXCEPTION ET UNE GOUVERNANCE MONDIALE DÉMOCRATIQUE.....	215
CONCLUSION	219

* Professeur de droit constitutionnel et directeur de l'École doctorale de droit de l'*UNISINOS* (*Universidade do Vale do Rio dos Sinos/Brésil*). Docteur en droit de l'*UNIFI* (*Università degli studi di Firenze/Italie*). Membre de l'Association française de droit constitutionnel. Email : andersonvt@unisinis.br

Abstract

The global crisis caused by the Covid-19 pandemic put a series of emergency measures on the table of the governments of the States most affected by it, which, in the name of public health protection, raise serious doubts about its compatibility with the universal protection of human rights. Many of these restrictive measures, by absolutely limiting very basic individual liberties, come to be interpreted as real constitutional exceptions. In this sense, we will remember the contributions of Carl Schmitt's thought on the subject, but with the specific purpose of demonstrating the dangers that arise from new and varied "sovereigns" deciding in a state of exception. In the second part of the research, we intend to analyze the respective constitutional foundations that led France and Brazil to adopt measures so distant in the procedural aspects, but that are very close in the sense of instrumentalizing a possible new form of exception, that is, the constitutional health exception.

Résumé

La crise mondiale provoquée par la pandémie de Covid-19 a mis une série de mesures d'urgence sur la table des gouvernements des États les plus touchés par celle-ci, qui, au nom de la protection de la santé publique, soulèvent de sérieux doutes sur leur compatibilité avec la protection universelle des droits de l'homme. Un grand nombre de ces mesures restrictives, en limitant absolument les libertés individuelles très élémentaires, en viennent à être interprétées comme de véritables exceptions constitutionnelles. En ce sens, nous retiendrons les contributions de la pensée de Carl Schmitt sur le sujet, mais dans le but précis de démontrer les dangers qui découlent de nouveaux et variés « souverains » décidant dans un état d'exception. Dans la seconde partie de la recherche, nous entendons analyser les fondements constitutionnels respectifs qui ont conduit la France et le Brésil à adopter des mesures si lointaines dans les aspects procéduraux, mais qui sont très proches dans le sens d'instrumentaliser une éventuelle nouvelle forme d'exception, à savoir l'exception constitutionnelle sanitaire.

INTRODUCTION

Plus qu'un problème de santé mondial, la crise du Covid-19 apporte à 2020 une série de problèmes juridiques, politiques et constitutionnels qui étaient jusque-là rares ou n'étaient rien de plus que des discussions que nous avons l'habitude d'appeler des « exemples académiques ». Dans le domaine juridico-constitutionnel, une question se pose depuis le début de la crise dans plusieurs pays : quelles sont les limites des pouvoirs publics dans la restriction des droits fondamentaux de leurs citoyens ? Qui, et dans quelles circonstances juridico-constitutionnelles, serait compétent pour édicter des actes normatifs déterminant, par exemple, l'isolement social des personnes ou la suspension temporaire des activités commerciales ?

Sans proposer une revue approfondie de la littérature sur le sujet de la normalité et des exceptions en droit constitutionnel, nous avons structuré notre tentative de faire face aux questions ci-dessus avec la proposition suivante. Tout d'abord, il faut commencer par se souvenir des concepts politiques et philosophiques centraux de l'idée que la Constitution devrait contenir des dispositions même pour les situations dans lesquelles une « normalisation de l'exception » serait nécessaire. En tant que référence théorique pour cette conception de « normalisation », nous apporterons les contributions de la pensée de Carl Schmitt sur le thème, en essayant de mettre en évidence les dangers que peut engendrer la perte de la suprématie du droit. De manière complémentaire, une brève réflexion historique sera faite sur la manière dont le constitutionnalisme occidental a hérité de la Seconde Guerre mondiale le souci d'établir des dispositions constitutionnelles même pour des situations exceptionnelles, dans de nombreux pays appelées « instruments de stabilisation sociale ».

Ensuite, en passant à une approche qui a pour référence les faits encore en cours dans le cadre de la pandémie, la récente législation française qui a institué, le 23 mars 2020, l'état d'urgence sanitaire sans précédent sera analysée à partir du cadre normatif de ce pays. Un intertitre sera consacré à l'examen de la manière dont le Brésil est confronté, d'un point de vue normatif, à la question du Covid-19, notamment avec la légitimation, par la Cour suprême fédérale, des décrets et des actes normatifs des autorités législatives et exécutives des États et municipalités.

Enfin, nous essaierons d'élever, d'une part, l'hypothèse que, bien que la France et le Brésil aient des cadres constitutionnels avec des régimes relativement proches pour l'adoption de mesures exceptionnelles, il existe un espace d'autonomie politique qui accorde,

exclusivement, à la sphère politique la discrétion de définir quels pouvoirs seront les plus adaptés à une approche pragmatique, technique et scientifique du sujet, c'est-à-dire un problème de santé de dimension mondiale nécessitant des mesures visant à « normaliser l'exception » créée par un tel problème. Cependant, d'un autre côté, une grande question se pose pour le présent et le futur proche du droit constitutionnel : qu'est-ce qui est commun à ces deux réalités juridico-constitutionnelles avec des solutions si différentes au même problème ? Ici, nous allons essayer de soutenir l'hypothèse qu'un constitutionnalisme transnational, articulé dans des sphères transnationales de normativité, s'est déjà développé et, dans le cas de la pandémie en question, il démontre l'omniprésence de la protection de certains biens juridiques considérés comme les plus importants. Contre les « tyrannies exceptionnelles », un constitutionnalisme transnational serait le cadre juridico-normatif pour le plein exercice de la gouvernance mondiale démocratique.

1. NORMALISER L'EXCEPTION : UN « NOUVEAU » VIEUX PROBLÈME ÉPISTÉMOLOGIQUE

Bien que notre objectif principal réside dans la dogmatique constitutionnelle par rapport aux lois de la France et du Brésil pour traiter les problèmes du Covid-19, il est essentiel d'établir des bases épistémologiques claires qui guideront certaines hypothèses que nous essaierons de soutenir à la fin de cette brève recherche. En ce sens, la compréhension de Carl Schmitt d'une relation très actuelle, c'est-à-dire la relation entre *normalité* et *exception*, gagne en importance. Notamment, Schmitt était l'un des constitutionnalistes qui accordait le plus d'attention à ce sujet, soit en tant qu'étudiant à la Faculté de droit, lorsqu'il étudiait des auteurs qui tentaient de justifier les origines du pouvoir politique de l'État moderne, tels que Jean Bodin et Thomas Hobbes, soit dans ses thèses de doctorat et d'habilitation. Dans ces premiers travaux, Schmitt chercha à exposer les concepts politiques qu'il appelait « théologiques », car il soutenait qu'il s'agirait d'une « théologie laïque » qui, depuis le XVI^e siècle, érigeait les fondements de l'État moderne en opposition à toute autre forme de pouvoir existant, surtout le pouvoir de l'Église.

L'origine étymologique du mot « normalité » vient du latin *normalis*, c'est-à-dire quelque chose qui suit une règle, une norme. Dans l'Antiquité romaine, la *normalis* serait une sorte de règle de charpentier, un carré. Cependant, l'origine étymologique du mot latin *normalis* remonte à un concept dans son essence juridique qui dérive du grec *nomos*. Avant cela, dans la littérature grecque antique, en particulier dans les textes de Sophocle, Platon et Aristote, le *nomos* serait également une règle de mesure, mais beaucoup plus flexible et capable de mesurer

les formes des choses disposées dans un terrain montagneux¹. Une telle règle aurait été inventée sur l'île de Lesbos pour mesurer son terrain montagneux et très rocheux. Du concept du *nomos* a dérivé dans la pensée occidentale non seulement le concept juridique de norme : l'idée de « normalité », au sens commun, est basée ontologiquement sur cette ancienne définition de « suivre une norme ». Pour Carl Schmitt, en 1919, c'est ce contexte qui l'a influencé dans le traitement d'un phénomène qu'il a appelé le *Romantisme politique* (du même titre que son ouvrage) : la tentative de la politique, à travers l'État moderne, d'assigner la normalité à toute conduite humaine. Certaines questions le troublaient : quelle est la place de l'irrationnel ? De l'arbitraire ? D'un dictateur qui impose simplement sa volonté par la force ? Ce serait dans deux ouvrages – *La dictature* (1921) et *Théologie politique* (1921) – que Schmitt tenterait de répondre à de telles questions. La *Théologie politique* était si frappante parce qu'elle est une sorte de point d'arrivée pour la réflexion schmittienne sur la manière dont l'État moderne a remplacé le rôle de la religion au cœur de la politique ; sur la façon dont le Dieu omnipotent serait maintenant remplacé par l'État lui-même omnipotent ! Il appartiendrait donc à l'État la compétence de définir ce que serait la normalité.

Mais où entrerait l'exception ? Schmitt utilise une métaphore difficile à comprendre pour ceux qui ne sont pas très proches de ses œuvres, mais qui peut être retrouvée ici de manière ponctuelle : l'état d'exception serait pour l'État moderne ce que le miracle est pour la théologie². Le miracle serait un moyen de corriger les actes humains qui violent les lois de la nature. Par conséquent, l'exception serait un moyen de corriger la politique de l'État lorsqu'elle ne fonctionne pas sur la base de la normalité qu'elle-même institue. Ne serait-ce pas là une surévaluation dangereuse de la capacité humaine à s'autogérer et à transcender de la normalité à l'exception ? Schmitt ne concevait-il pas un remède trop amer contre les propres problèmes de l'État ? Plusieurs fois, il s'est qualifié de simple interprète du phénomène politique, car l'essence de l'humain est, à travers l'histoire, son existence politique, que ce soit dans la normalité ou dans l'exception. Il ne faut pas oublier que dans l'Antiquité grecque le *nomos* était ce qui séparait la civilité de la barbarie, de l'anomie, de l'absence de tout comportement minimalement accepté par tous.

¹ Sur ce sujet, voir J.-C. Jobart, « La notion de Constitution chez Aristote », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006, vol. 1, n. 65, pp. 97-143.

² Voir la collection qui comprend le texte de 1922 : C. Schmitt, *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, pp. 46-47.

C'est précisément parce que Schmitt avait tellement de conviction en la politique et en la capacité humaine à s'ordonner qu'il comprît que même à l'exception il y aurait un souverain. Normalement, ce serait l'État. Mais qui serait le souverain en état d'exception ? La réponse se résume dans ce qui est peut-être sa phrase la plus connue : « Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle³. »

Il convient de noter que son concept politico-juridique de souveraineté est étroitement lié à la notion de pouvoir (commandement maximum) dans une société politique, aboutissant à un concept de souveraineté qui lui est propre, et même réductionniste. Afin de comprendre une telle notion d'exception sans la comprendre comme une catégorie conceptuelle qui légitimerait simplement le pouvoir discrétionnaire de quelqu'un qui se révolte contre une loi injuste adoptée par l'État, il est important de se rappeler deux questions clés dans la pensée de Schmitt à propos de l'exception : (1) la nécessité de surmonter le paradigme territorialiste, et (2) l'existence de l'ennemi.

Le premier problème était conforme à la tendance présente dans presque toutes les autres sciences et sphères de la vie humaine au début du XXe siècle : le dépassement du paradigme territorialiste de la souveraineté des États. Schmitt a dit qu'il n'est pas exagéré de soutenir que toutes les sphères de la vie, dans toutes les sciences et formes d'être, ont conduit à la production d'un nouveau concept d'espace, de sorte que les grands changements dans l'image géographique de la Terre n'étaient qu'un aspect extérieur de la transformation profonde indiquée par le terme, si riche en conséquence, de « révolution spatiale⁴. »

La deuxième question concerne un concept schmittien classique : l'ennemi politique. Selon Schmitt, l'ennemi n'est pas quelque chose qui devrait être éliminé pour quelque raison que ce soit, ou qui devrait être exterminé par sa dévaluation. L'ennemi se trouve sur le même plan que moi. Pour cette raison, je dois le confronter : pour acquérir ma mesure, ma limite⁵. « L'ennemi absolu » était, pour Schmitt, quelque chose à toujours éviter en raison de l'impossibilité de rechercher la paix qu'une telle absolutisation entraînerait, car, une fois la

³ C. Schmitt, *Théologie politique I*, trad. J.-L. Schlegel, Paris, Gallimard, 1988, p. 16.

⁴ C. Schmitt, *Terre et Mer : Un point de vue sur l'histoire mondial* (1942), trad. J. Freund, Labyrinthe, 1985, pp. 82-83.

⁵ C. Schmitt, *La notion de politique : Théorie du partisan* (1963), trad. M. L. Steinhauser, Calmann-Lévy, 1972, p. 310.

guerre terminée, une adhésion minimale aux principes de l'ancien ennemi sera une étape fondamentale pour la construction d'un nouvel ordre politique⁶.

Même dans un état d'exception, l'ennemi serait une mesure pour la délimitation correcte du pouvoir souverain.

Avec ces deux concepts, Schmitt tente de définir ce que serait l'état d'exception : d'une part, ce serait une manière de faire abstraction des confins de l'État, de ses limites géographiques, permettant de faire face à toute menace extérieure ; d'autre part, il y aurait dans l'existence concrète de l'ennemi des mesures capables de définir, tout aussi concrètement, le pouvoir politique du souverain. En un mot, la normalité serait le domaine de la politique par le droit ; l'exception serait le domaine de la politique par la force.

Mais pourquoi Schmitt serait-il une clé de lecture de notre situation mondiale de pandémie ? Pour faire vivre sa pensée ? Non ! Absolument pas. Schmitt était un penseur dont l'héritage servira toujours d'avertissement lorsque nous serons à la limite entre les lignes de *normalité constitutionnelle* et *d'exception par la force*. Au milieu du chaos, au milieu de l'exception, il ne manquera jamais celui qui se présente comme « le souverain », même s'il a recours à la la force brute. Contre de telles menaces, se souvenir de Schmitt est toujours prudent.

2. LA CONSTITUTIONNALISATION DES MESURES EXCEPTIONNELLES DANS L'APRÈS-SECONDE GUERRE MONDIALE

Tous les drames de la Seconde Guerre mondiale ont conduit à une nouvelle réalité qui a mis face à face deux figures considérées *a priori* en exclusion réciproque : l'universalité de l'être humain et la souveraineté des États nationaux. Les années qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale ont été marquées par la prolifération de normes internationales qui protègent les droits de l'homme ainsi que par des processus d'indépendance qui ont abouti à de nouveaux États souverains. Il arrive que la guerre ait démontré quelque chose de très profond dans l'action humaine politiquement orientée, quelque chose qui peut être bien résumé dans la façon dont Hannah Arendt a compris la conduite d'Adolf Eichmann dans les camps de concentration nazis : « il eut été réconfortant de croire qu'Eichmann était un monstre », mais il était « effroyablement normal » au sein d'un régime qui a procédé à une élimination massive

⁶ C. Schmitt, *La notion de politique : Théorie du partisan* (1963), trad. M. L. Steinhauser, Calmann-Lévy, 1972, p. 311.

des êtres humains⁷. La « banalité du mal » réside dans la capacité humaine à créer des régimes antihumains ; régimes étatiques, souverains et juridiquement bien structurés. Dans quelle mesure serions-nous sûrs que de nouveaux régimes, de nouveaux États souverains, de nouvelles idéologies ne conduiraient pas à de nouvelles atrocités ?

Tenter de répondre à cette question pourrait emprunter deux voies différentes. La première – que nous ne pourrions pas aborder dans cette recherche pour des raisons méthodologiques – concerne spécifiquement le grand nombre de lois internationales qui ont émergé avec la fin de la Seconde Guerre mondiale dans le but de criminaliser la conduite des États, comme, par exemple, le génocide, ainsi que l'apparition de tribunaux destinés à protéger les droits de l'homme⁸. Cependant, c'est la deuxième voie qui nous intéresse ici : la présence dans les constitutions d'après-guerre de mécanismes de stabilisation constitutionnelle, c'est-à-dire des règles constitutionnelles qui déterminent le cadre théorique où un problème tout à fait exceptionnel sera confronté ; ce sont des instruments dont le recours n'est fait que dans des situations où la normalité constitutionnelle n'est plus présente.

La plus grande difficulté dans ce domaine est de définir où commencent et où finissent les notions « d'exceptionnalité », « d'exception », de « rupture de la normalité ». En Italie, la Constitution de 1947, dans son article 78, ne prédit que l'état de guerre face à d'autres nations, laissant les institutions politiques faire face, de manière ordinaire, à des situations exceptionnelles. En Allemagne, la Loi fondamentale de Bonn, de 1949, dans son article 115, prévoyait « l'état de défense » en tant que mécanisme de réponse principalement aux agressions armées, qu'elles soient internes ou externes. Au Portugal, la Constitution de 1976, dans son article 19, prévoyait les possibilités d'un état de défense et d'un état de siège en cas d'agression armée étrangère, de grave menace à l'ordre constitutionnel ou de calamité publique. Il est également intéressant de mentionner la manière dont la Constitution espagnole de 1978

⁷ H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem, Rapport sur la banalité du mal*, trad. fr. A. Guérin, Gallimard, 1991, pp. 443-445.

⁸ À titre indicatif seulement, certains traités et conventions qui traitent également de ce sujet méritent d'être mentionnés : la Charte des Nations Unies de 1945 ; la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 ; les Conventions de Genève pour la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949 ; la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ; les Pactes internationaux des droits économiques, sociaux et culturels de 1966 ; la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969 ; la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972 ; la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981 ; la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 ; la Convention sur la diversité biologique de 1992 ; le Statut de la Cour pénale internationale de La Haye de 1998.

prévoyait, dans son article 55, « l'état d'exception », ainsi que l'état de siège, pour faire face aux situations d'agression armée ou de terrorisme.

L'utilisation, comme dans la Constitution espagnole, de l'expression « état d'exception » est rare dans la dogmatique constitutionnelle comparée et n'est pas observable dans de nombreuses constitutions. Le modèle français, lorsqu'il prévoit des « urgences », permet de mieux cadrer les situations possibles dans son spectre normatif. Jacques Robert a rappelé que les notions d'urgence sont bien connues en droit français, mais qu'en droit constitutionnel, elles acquièrent une approche encore plus délicate car ce sont des questions urgentes à régler « pour assurer la continuité de l'Etat⁹. » Lorsqu'il s'agit « d'urgences exceptionnelles », le même auteur mentionne « l'état de siège » et « l'état de défense » comme étant les deux mécanismes les mieux adaptés aux crises majeures¹⁰.

En effet, bien qu'il s'agisse d'un sujet peu exploré dans la doctrine constitutionnelle, que ce soit en France ou au Brésil, de tels mécanismes de stabilisation constitutionnelle n'ont commencé à gagner en pertinence dans les textes constitutionnels qu'après la Seconde Guerre mondiale. La disposition constitutionnelle de normalisation des exceptions a indéniablement pour toile de fond les événements et les atrocités qui ont eu lieu pendant la Seconde Guerre mondiale. Pour cette raison, définir l'origine de l'agresseur (interne ou externe) et le niveau d'instabilité généré par la crise ont été deux des premières étapes à franchir. Bien avant la guerre, la législation la plus célèbre est peut-être la loi du 9 août 1849¹¹, réglementaire de l'article 106 de la Constitution de 1848, qui a introduit la possibilité de l'état de siège pour le « cas de péril imminent pour la sécurité intérieure ou extérieure » ; cette loi a ensuite été modifiée et abrogée jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958.

La normalisation de l'exception par le biais de dispositions expressément incluses dans les textes constitutionnels semble être la manière dont les constituants occidentaux de la seconde moitié du XXe siècle ont trouvé pour faire face, du point de vue du droit interne, aux

⁹ J. Robert, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1990, vol. 42, n. 2, p. 752.

¹⁰ *Ibid.*, p. 756.

¹¹ En 1850, le danger de cette seconde voie ouverte par l'état de siège a déjà fait l'objet d'attention par Edgar Quinet, lors de son intervention devant l'Assemblée nationale : « Ou les populations des cinq départements de France se plieront passivement aux habitudes de l'état de siège, ou elles résisteront moralement à la contrainte. Dans le premier cas, le mépris des magistratures civiles, souffletées en plein jour par la main de la police militaire, s'établi partout. On s'accoutume à n'obéir qu'à la peur. La loi, trop longtemps voilée, disparaît. » E. Quinet, *L'état de siège*, Chamerot, 1850, p. 22.

menaces venant de l'étranger ou surgissant à l'intérieur en raison de graves agitations et perturbations de l'ordre. Ensuite, nous examinerons les tentatives de la France et du Brésil de combattre un « ennemi » qui ne rentre pas entièrement dans les notions classiques d'exception ou même d'urgence : la pandémie provoquée par le coronavirus SARS-CoV-2.

3. UNE ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES EXPÉRIENCES LÉGISLATIVES CONTRE LE COVID-19 EN FRANCE ET AU BRÉSIL

Sur le plan méthodologique, il est important de mentionner qu'une étude comparative telle que celle proposée ici doit suivre certains paramètres communs à ses objets d'étude, principalement parce que les systèmes juridiques en question et les formes d'État sont différents. A cet effet, la première délimitation concerne précisément l'objet : une législation spécifiquement édictée pour lutter contre la pandémie. Deuxièmement, examiner le cadre de ces mesures en ce qui concerne les constitutions respectives et ses mécanismes de stabilisation constitutionnelle. Troisièmement, apporter les répercussions qui se font jour au milieu de la crise sur la légitimité constitutionnelle de ces lois. Enfin, essayer de vérifier si à première vue ces lois renforcent ou affaiblissent les modèles étatiques, dans leurs formes et configurations. Une analyse comparative sur ces sujets vise à fournir des éléments matériels pour la critique qui sera faite dans le titre final.

3.1. La centralisation unitaire française et l'état d'urgence sanitaire

Le 23 mars 2020, le Parlement français a adopté la Loi n° 2020-290 qui a institué et discipliné une sorte de régime jusque-là sans précédent dans ce pays : *l'état d'urgence sanitaire*. Il s'agit, en fait, d'une législation à large portée thématique, considérant qu'elle aborde des questions économiques mais aussi électorales, notamment dans le sens de reporter (article 19) la date du deuxième tour des élections municipales à, au plus tard, juin 2020, alors qu'il devait avoir lieu le 22 mars de cette année.

Cependant, le point central est que le gouvernement Philippe avait adopté une série de mesures (ordonnances) pour lutter contre la pandémie de coronavirus, mais dont la légitimité constitutionnelle était de plus en plus remise en question, une fois que, par ordonnances, le gouvernement renforcerait les restrictions à l'exercice des libertés individuelles et des droits fondamentaux, tels que, par exemple, la liberté d'aller et venir, la libre initiative commerciale, la liberté d'association, la liberté de réunion. Par conséquent, la Loi n° 2020-290 a créé une sorte de régime d'exception qui, d'une part, légitime les décisions prises par le gouvernement jusqu'à présent, tandis que, d'autre part, il discipline en détail l'isolement social partiel,

l'enfermement total de certains groupes de personnes vulnérables, la fermeture d'entreprises etc.

La Constitution française de 1958 a suivi une caractéristique des constitutions de l'après-Deuxième Guerre mondiale en ce qui concerne les soi-disant instruments de stabilisation sociale : elle prévoyait l'état d'urgence¹² et l'état de siège¹³. Au Brésil, les articles 136 et 137 de la Constitution de 1988 suivent la même tendance et contiennent des dispositions similaires, avec une différence substantielle uniquement dans la terminologie « état de défense », au lieu de « état d'urgence », comme en France.

Sur la base de l'article 16 de la Constitution française, l'état d'urgence peut être décrété par le Président de la République, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des deux chambres législatives et du Conseil constitutionnel, 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 « sérieuse et immédiate » dans le sens d'une mise en danger du « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels¹⁴. » Sa durée devrait aller jusqu'à 30 jours.

Le deuxième type de mécanisme de stabilisation sociale est l'état de siège, prévu par l'article 36 de la Constitution française. Les constituants de 1958 ont été bref sur ce sujet car la tradition constitutionnelle de ce pays avait déjà une conception théorique et normative de l'état

¹² Sur les difficultés du contrôle juridictionnel de l'état d'urgence, voir S. Platon, « Vider l'article 16 de son venin : les pleins pouvoirs sont-ils solubles dans l'état de droit contemporain ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, vol. 5, HS. 2, pp. 97-116.

¹³ Pour une critique récente de la non-actualité de la règle constitutionnelle de 1958, voir P. E. Labatut, « Pour la constitutionnalisation de l'état d'urgence », *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, vol. 3, n. 115, pp. 485-496.

¹⁴ « ARTICLE 16. 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, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée. »

de siège, avec une série de règles pré-constitutionnelles régissant la question, comme nous l'avons vu dans le point ci-dessus. En un mot, il s'agit du mécanisme constitutionnel le plus extrême de l'ordre interne : il permet au Président de la République, après avoir entendu le Conseil des ministres, de promulguer une série de mesures, qui ne peuvent excéder 12 jours, dans le but de contrôler une agression ou une insurrection armée interne, instaurant un régime très similaire à la loi martiale¹⁵.

Comme le montrent les dispositions constitutionnelles elles-mêmes, il est nécessaire d'avoir un ennemi extérieur, une insurrection armée interne ou une menace « immédiate et concrète » contre les principales institutions de la République pour que l'état d'urgence ou l'état de siège soit décrété.

Le Conseil constitutionnel français avait déjà décidé, en 1985, que les deux articles cités ne retireraient pas au président de la République et au Parlement la possibilité de prévoir d'autres modalités de traitement des situations exceptionnelles¹⁶. Peut-être l'exemple principal d'une troisième catégorie se trouve dans la Loi n° 1955-385, du 3 avril, qui a institué un état d'urgence qui serait appliqué pour faire face à la situation en Algérie. Un état de siège n'a pas été adopté car le gouvernement français, notamment son nouveau Président de la République, René Coty, n'a pas voulu envisager, au moins à ce moment, la possibilité d'une guerre avec l'Algérie. Cette même loi a également servi de base à la promulgation d'un état d'urgence en 1984-1985 lors d'événements en Nouvelle-Calédonie, ainsi qu'à plusieurs autres moments.

Il apparaît que la Loi n° 2020-290 semble être une adaptation du même régime d'urgence sécuritaire établi avec la Loi n° 1955-385, mais avec certaines caractéristiques qui sont plus graves qu'auparavant et encore plus sérieuses qu'initialement présentées lors du projet de loi soumis par le gouvernement Philippe : (1) l'article 3 mentionne expressément l'art. 38 de la Constitution, qui autorise le Président de la République à prendre des ordonnances ayant force de loi, notamment en état de siège ; (2) la durée de deux mois (le régime de la loi de 1955 était de 12 jours) ; (3) la disposition de prolongation uniquement par loi approuvée par le Parlement ; (4) la détermination des circonscriptions territoriales et des restrictions auxquelles elles seront soumises, par exemple, le confinement total de certains groupes de personnes

¹⁵ « ARTICLE 36. L'état de siège est décrété en Conseil des ministres.
Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement. »

¹⁶ CC, décis. n. 1985-187 DC du 25 janvier 1985, relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie.

vulnérables au Covid-19 dans certaines villes sera en charge des ordonnances émises par le Premier ministre, après avoir écouté le ministre chargé de la santé.

Initialement, il y aurait une proximité entre l'état d'urgence sécuritaire de 1955 et l'état d'urgence sanitaire de 2020, mais la nouvelle Loi n° 2020-290 est, dans un sens très particulier, beaucoup plus incisive : en limitant les droits et libertés fondamentaux. Une telle limitation trouve une composante politique importante : la verticalisation, en tant que prérogative exclusive, au Président de la République, par son Premier ministre et Conseil des ministres, des pouvoirs de flexibilité ou d'aggravation des mesures d'isolement social. Cela finit immédiatement par laisser les régions et les municipalités dans une condition purement instrumentale au moment de l'application des mesures sanitaires d'urgence ; toutefois, d'autre part, l'état d'urgence sanitaire écarte pratiquement toute possibilité de recourir à des mesures alternatives ou même à des décisions contradictoires avec celles prises par le Président de la République. Ce point est particulièrement intéressant et montre, contrairement au Brésil, comment la normalisation politique de l'exception trouve ses moyens légaux de se produire, que ce soit dans un État unitaire centralisateur ou dans un État fédéral très décentralisé.

Il ne s'agit pas d'une conséquence politique purement contingente, la centralisation évoquée ci-dessous est strictement liée à la forme unitaire de l'État français. Il y a déjà presque 100 ans que Carré de Malberg disait que la France, depuis 1789, acceptait un seul dualisme essentiel : la personne de la nation et, ensuite, la personne étatique ; ainsi, l'unité de l'État serait une conséquence logique à la fois en tant que personne morale et en tant que personne juridique¹⁷. Les défis imposés par la pandémie de coronavirus, en mettant en crise les structures de santé de l'État, ne font qu'inciter la puissance étatique à exposer ses caractéristiques les plus essentielles, c'est-à-dire sa nature centralisatrice.

3.2. Le fédéralisme coopératif brésilien

La déclaration du 11 mars 2020 de la pandémie de coronavirus par l'OMS (Organisation mondiale de la Santé) a produit au Brésil une réaction inhabituelle et difficile à comprendre pour un observateur étranger : plusieurs maires et gouverneurs des États fédérés ont commencé à émettre leurs propres décrets afin d'appliquer directement les directives de l'OMS dans leurs circonscriptions. En même temps, la Présidence de la République n'a utilisé aucune des mesures

¹⁷ R. C. de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Dalloz, 1922, pp. 13-15.

constitutionnelles de stabilisation sociale, laissant le ministère de la Santé articuler les questions techniques avec les services de santé des États fédérés et des municipalités.

Il ne faut pas oublier que le Brésil est une fédération avec 26 États, le district fédéral et 5 571 municipalités – tous avec des compétences concurrentes et communes pour plusieurs matières. Le coronavirus a testé les fondements du fédéralisme brésilien depuis que plus de deux mille maires et plus de vingt gouverneurs ont émis des mesures restrictives (décrets !) visant l'isolement social de ses populations. Le Président de la République, Jair Messias Bolsonaro, n'est publiquement entré dans le débat que dans les derniers jours de mars, affirmant son opinion personnelle selon laquelle « l'isolement briserait l'économie ». En parallèle, les autorités sanitaires et le ministre de la Santé lui-même disent que « tout le monde sera isolé à un moment donné ».

Le 20 mars 2020, le Parlement fédéral a publié le Décret Législatif n. 06 de 2020, qui reconnaît l'état de calamité publique, dont les effets sont purement fiscaux et cherchent à optimiser l'utilisation du budget fédéral pour combattre le coronavirus. Il s'avère que la coordination politique pour l'élaboration du Décret Législatif susmentionné était historique, dont la représentativité et le symbolisme peuvent être perçus par le fait que son projet a été signé également par le Président de la Cour suprême fédérale, le Ministre Dias Toffoli. Cependant, les mesures du Gouvernement fédéral n'ont pas été prises pour traiter la question de la pandémie comme un cas d'exception constitutionnelle.

En bref, il convient de rappeler que le Brésil, dans sa Constitution de 1988, prévoit expressément deux mécanismes pour les situations exceptionnelles : l'état de défense (article 136) et l'état de siège (article 137). La première hypothèse peut être décrétée par le Président de la République, après avoir entendu les Conseils de la République et de la Défense nationale, dans le but de préserver ou restaurer rapidement, dans des lieux restreints et déterminés, « l'ordre public ou la paix sociale menacés par une instabilité institutionnelle grave et imminente ou frappé par des calamités majeures dans la nature. » La seconde, en revanche, peut être demandée par le Président de la République, après avoir entendu les Conseils de la République et de la Défense nationale, au Parlement fédéral dans les cas de : « (I) grave perturbation d'une répercussion nationale ou l'occurrence de faits prouvant l'inefficacité d'une mesure prise pendant l'état de défense ; (II) déclaration d'état de guerre ou réponse à une agression armée étrangère. »

Au moment de la déclaration de pandémie par l'OMS et d'une calamité publique nationale par le Parlement brésilien, il y a eu une expansion législative horizontale, surtout par les maires avec leurs innombrables – certaines même inhabituelles ! – mesures restrictives et d'isolement social. Aussi contestables que soient ces mesures, elles sont fondées sur l'article 23, de la Constitution, qui établit les « compétences communes » entre l'Union, les États, les municipalités et le district fédéral, dont la ligne II attribue littéralement à chacun le pouvoir d'établir des lois garantissant « la santé et l'assistance publiques ». En plus de cet article 23, II, de la Constitution, d'autres fondements constitutionnels de telles mesures des maires et des gouverneurs des États ne seraient, à notre avis, rien de plus que des constructions herméneutiques.

Appelée à traiter cette affaire, la Cour suprême fédérale a confirmé ce qui précède, dans une décision *in limine litis* du 24 mars 2020, rendue par le Ministre Marco Aurélio Mello, lors de son examen de la mesure d'urgence en action directe en inconstitutionnalité (ADI 6431 MC/DF), proposé par le Parti travailliste démocratique (PDT). L'une des premières demandes portait sur la délimitation des pouvoirs normatifs des États fédérés et des municipalités pour « l'adoption de mesures de police sanitaire et d'isolement social. » Il importe d'observer que, dans la décision *in limine*, le Juge Mello a expressément affirmé accorder la « mesure de prudence, pour rendre explicite, dans le domaine pédagogique et dans la diction de la Cour suprême », la compétence de toutes les entités fédérées pour protéger la santé en cas de pandémie d'urgence singulière.

Bien qu'il ne s'agisse que d'une décision monocratique, il est important de noter qu'elle ne reflète que la propre compréhension de la Cour suprême sur la question de la répartition des compétences. De plus, d'autres décisions monocratiques ont suivi la même direction que celle mentionnée ici. En jugeant l'action ADI 6431 en sa première séance virtuelle, la Cour a décidé à l'unanimité, le 15 avril, de confirmer la décision *in limine*.

Comme il s'agit d'un pays marqué par l'autoritarisme dans son histoire relativement récente (dictature militaire entre 1964-1985) et par d'autres processus politiques non démocratiques, le constituant de 1988 a conçu une structure institutionnelle de larges contrôles politiques et juridiques, à tel point que deux clauses intouchables autour desquelles gravitent les autres normes concernant l'organisation du pouvoir public sont : la séparation des pouvoirs et la forme fédérative (art. 60, § 4 de la Constitution). En ce sens, les contrôles ordinaires sont non seulement politiques et législatifs, mais surtout *judiciaires* aux actes arbitraires des

autorités publiques. Voir, par exemple, que les actes commis par le Président de la République qui ne constituent pas des crimes – c'est-à-dire, vraisemblablement tous ! – relèvent de la compétence du juge local ! Bien que des recours puissent être déposés devant les cours d'appel et même devant la Cour suprême fédérale, l'image du Président de la République luttant contre les décisions des juges du premier degré de juridiction qui suspendent ses actes pouvant être illégaux est relativement courante dans la presse.

Plus qu'un simple fédéralisme classique qui organise des entités fédérées *à partir* d'un pouvoir central, la Constitution brésilienne de 1988 a établi un fédéralisme *coopératif* de dynamiques très articulées entre entités fédérées ; la large protection des droits fondamentaux est peut-être le point le plus important de cette dynamique, car elle permet aux problèmes ordinaires et quotidiens, impliquant des droits tels que la santé, d'être affrontés principalement par les municipalités. En situation de crise, comme dans le cas de la pandémie, le système permet non seulement à une entité fédérée de concentrer les prérogatives de définition et de mise en œuvre des mesures visant à combattre cette situation de crise, permettant à toutes les entités de s'engager selon leurs limites. Malheureusement, des problèmes – politiques, tout d'abord – surviennent lorsque les petits Léviathans montrent leurs griffes, même qu'ils ne soient pas que des mairies !

4. *QUO VADIS* CONSTITUTIONNALISME TRANSNATIONAL ? ENTRE NOUVELLES TYRANNIES D'EXCEPTION ET UNE GOUVERNANCE MONDIALE DÉMOCRATIQUE

Le constitutionnalisme transnational (constitutionnalisme post-national¹⁸, constitutionnalisme mondial¹⁹, interconstitutionnalité²⁰, transconstitutionnalisme²¹, pour ne citer que quelques variantes de la dénomination) est un phénomène qui a fait l'objet de nombreuses recherches et aura plusieurs approches théoriques possibles. Cependant, nous comprenons que le constitutionnalisme transnational peut être conçu, en termes généraux, comme un processus mondial d'affirmation de l'ubiquité de l'existence humaine en tant que bien en soi, indépendamment des concessions de droits ou des attributions étatiques de sens,

¹⁸ Voir, notamment, N. Walker, « Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: a tale of two neologisms. » *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series*, 2012, n. 20, p. 01-28 ; N. Walker *et al* (eds.), *After Public Law*, Oxford University Press, 2013.

¹⁹ Pour une défense, voir R. Falk, *Human rights and State Sovereignty*, Holmes&Meier, 1981 ; R. Falk, *On Human Governance. Towards a New Global Politics*, Polity Press, 1995 ; R. Falk, *Predatory Globalization*, Polity Press, 1999 ; pour une critique, voir A. V. Teixeira, *Teoria pluriversalista do direito internacional*, WMF Martins Fontes, 2011, pp. 181-195.

²⁰ Voir, notamment, J. J. G. Canotilho, *'Brançosos' e interconstitucionalidade*, Almedina, 2006.

²¹ Voir, notamment, M. Neves, *Transconstitucionalismo*, WMF Martins Fontes, 2009.

qui exige la reconnaissance des droits que ne sont plus uniquement liés à un État national spécifique et qui finit par redéfinir les principaux objectifs de l'État lui-même, alors qu'il tend vers l'intégration politique internationale et promeut, d'une part, plusieurs sphères transversales de normativité, tandis que, d'autre part, renforce le rôle de l'État dans la protection interne des droits individuels, l'affirmation des droits culturels et l'instrumentalisation des politiques globales.

Malgré la perspective théorique adoptée, il y a, en fait, un processus progressif de transfert à l'ordre international des prérogatives qui appartenaient historiquement à l'État-nation. Les situations de normalité minimale permettent aux processus de mondialisation et de coopération entre États de se dérouler sans que des extrêmes ne soient envisagés, c'est-à-dire sans l'extrême d'un universalisme utopique qui croit en une république mondiale et la disparition progressive des États ; sans l'extrême des nationalismes qui croient aveuglément à l'État comme seule référence politique et normative.

Au début de cette recherche, la distinction schmittienne entre normalité et exception a été reprise non pas parce qu'elle est applicable aujourd'hui, mais, d'abord, pour démontrer le fait que, de plus en plus, la fonction de l'État est limitée par des instances transnationales originaires de l'ordre international. Dans la crise sanitaire actuelle, les États se retrouvent avec la définition du meilleur traitement interne des questions concernant la communication avec d'autres ordres nationaux ou transnationaux, car la lutte contre une pandémie ne se limite pas aux limites territoriales d'un seul État. Mais on voit que cette sphère d'autonomie peut encore être soumise à des critiques de la part de la communauté internationale, à moins qu'une position comme celle de la Corée du Nord ne soit adoptée et que toute entrée de personnes sur son territoire pendant la pandémie soit interdite.

Deuxièmement et dans une dimension d'analyse plus profonde, peut-être que la grande contribution de Schmitt au XXI^e siècle a été de repositionner la relation entre l'État et l'ordre international, en plaçant les deux dans une relation de complémentarité et d'interdépendance fonctionnelle. Les crises mondiales, comme celle du coronavirus en 2020, démontrent qu'un vaste réseau de normes internationales est en plein développement, formant une sorte de constitutionnalisme transnational. Il devient de plus en plus important de normaliser de nouvelles exceptions, par le biais de l'État de droit, qu'elles soient nationales ou internationales, par le biais d'un *rule of law* transnational. Dans un article publié bien avant la crise actuelle, Dominique Rousseau avait déjà prévenu que « l'état d'urgence, c'est le déséquilibre au profit

de l'ordre public²². » De plus, l'état d'urgence « favorise une atmosphère sécuritaire et prépare les esprits à recevoir sans s'en apercevoir, sans impression de rupture, toute proposition de la République autoritaire et policière²³. »

Mais comment empêcher que des « tyrannies d'exception » n'apparaissent au sein des États nationaux, présumés démocratiques et libéraux ? Comment empêcher l'apparition de nouvelles exceptions à la fin d'une autre ? Ce problème majeur met en évidence l'importance d'une prochaine étape dans le processus évolutif du constitutionnalisme transnational : la formation d'une gouvernance mondiale démocratique. Rappelant encore Schmitt, dans un texte de 1933, il a déclaré que la Constitution est la « décision politique fondamentale » d'un ordre politique²⁴. Mais quelle décision est fondamentale, si de nombreux sujets sont de plus en plus fondamentaux ? Il arrive que, dans un constitutionnalisme transnational, la fonction de la constitution typiquement nationale devienne d'instrumentaliser l'application et la mise en œuvre des politiques publiques internationales, décidées aux niveaux régional et supranational, car, en raison de l'évidence pratique, il ne serait possible pour une institution internationale d'envergure mondiale de garantir l'efficacité de ses règles et politiques dans toutes les régions du globe.

Ce que nous connaissons encore sous le nom de « constitution nationale » resterait pour exercer la fonction d'être la décision politique fondamentale de cette communauté politique donnée, dans les domaines qui font encore partie des prérogatives exclusives des États. Cependant, les communautés politiques nationales seraient de plus en plus interconnectées dans un *pluriversum* d'ordres transnationaux, fondés sur des liens historiques, culturels et politiques entre les peuples, guidés par un principe universel de solidarité.²⁵ Ces liens constitueraient des éléments matériels capables de soutenir un modèle de relations internationales qui, comme l'a dit Danilo Zolo, devrait être polycentrique et multipolaire, dont les décisions auraient une force normative et seraient prises sur la base des négociations multilatérales et des processus d'intégration régionale²⁶.

Il y a une imposition nécessaire des intérêts humains fondamentaux face aux États nationaux eux-mêmes, en raison d'un ordre international de progressive complexité et de

²² D. Rousseau, « L'état d'urgence, un état vide des droit(s) », *Revue Projet*, 2006, vol. 2, n. 291, p. 19.

²³ *Ibid.*, p. 26.

²⁴ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution* (1928), trad. L. Deroche, PUF, 1993, p. 154.

²⁵ A. V. Teixeira, *Teoria pluriversalista do direito internacional*, op. cit.

²⁶ Voir les « Conclusions » de D. Zolo, *Cosmopolis*, Polity Press, 1997.

spécialisation fonctionnelle. Non plus à une époque où les États se font concurrence anarchiquement, comme les Léviathans les uns contre les autres, l'ordre constitutionnel transnational que nous avons vu se développer au cours de ce siècle exige une coopération et une solidarité entre les États, entre les communautés régionales, entre les organismes internationaux et, finalement, entre les différentes conceptions du monde qui guident les peuples.

La spécialisation technique et scientifique, conjuguée à la complexification des relations sociales dans les réseaux transversaux de plus en plus présents dans la vie quotidienne des personnes et des peuples, permettrait la formation de rationalités partageables et la conséquente réduction de l'idéologisation²⁷, ce qui finit inévitablement par contaminer l'argument rationnel en supprimant du discours la possibilité d'adhésion de ceux qui ne partagent pas les mêmes vérités considérées comme absolues.

D'un autre côté, du point de vue d'une définition substantielle des droits de l'homme, il apparaît que l'ouverture systémique et l'interrelation fonctionnelle des sphères de normativité nationales et transnationales favorisent l'inclusion de tous ceux qui acceptent des règles de procédure communes, en permettant à tout le monde, par exemple, de parler de la possibilité de traiter le Covid-19 avec la chloroquine, mais seulement la primauté de la rationalité scientifique de cette science donnée dira quelle hypothèse est ou n'est pas acceptable sur ce sujet. Historiquement, le problème fondamental de l'existence humaine a concerné la liberté ; le constitutionnalisme est, depuis ses origines, guidé par la recherche de la liberté. Il appartient donc au constitutionnalisme dans son aspect transnational de créer et de consolider des espaces pour le plein exercice du libre esprit, de la libre pensée, sous peine de rester à la merci d'un leader politique qui décide, pour une raison qu'il juge convenable, que le moment est venu pour un nouvel état d'urgence, que maintenant nous devons commencer à nous traiter *a contrario sensu* de la science, que maintenant notre notion de normalité n'a plus de place par rapport à la « nouvelle normalité » établie par la loi²⁸.

²⁷ Il est intéressant rappeler le concept d'idéologie comme *vérité suprême* de R. Aron, *Les désillusions du progrès. Essai sur la dialectique de la modernité*, Gallimard, 1996, p. 201 : « Nous appelons idéologie une *interprétation plus ou moins systématique de la société et de l'histoire, considérée par les militants comme la vérité suprême.* »

²⁸ Très à jour sont les mots de Dominique Rousseau, lors de l'introduction de son entretien avec Jürgen Habermas, quand il a souligné le caractère fondamental de l'institutionnalisation et de l'ouverture conflictuelle dans l'espace public : « le principe de discussion fonde une nouvelle rationalité juridique qui, pour la pensée habituelle, prend

CONCLUSION

A partir de cette brève étude comparative, quelques hypothèses peuvent être avancées.

Dans le domaine théorique, les débats classiques du droit constitutionnel sur l'état d'exception sont à jour, car l'année 2020 restera marquée par la pandémie de coronavirus. L'un de ces classiques, Carl Schmitt, pose un problème très dramatique : les concepts d'« état de défense » (ou « d'urgence ») et d'« état de siège » sont basés sur l'idée libérale traditionnelle de la primauté du droit. Il n'y a pas d'insurrection interne, de catastrophe naturelle, d'invasion ennemie ou de calamité publique qui ne puisse être affrontée et résolue dans ces deux catégories conceptuelles qui sont présentes dans les Constitutions de la France et du Brésil.

Le problème acquiert une nouveauté et un drame exceptionnels lorsque l'ennemi n'a pas d'uniforme, n'est pas facilement localisé et se déplace sans la moindre prévisibilité. Les nouvelles urgences mondiales présentent des défis qui remettent en cause les concepts mêmes d'état de défense et d'état de siège. En observant les traitements donnés par la France et le Brésil, la dissonance normative entre les mesures adoptées concrètement par les deux pays est frappante. Le gouvernement français s'est servi d'une nouvelle construction basée sur la notion d'état d'urgence, verticalisant et centralisant la confrontation du problème. Le « cas brésilien » – peut-être vaut-il mieux le dire ainsi – est allé dans un sens totalement opposé : on a vu, en même temps, de nombreuses mesures restrictives émerger de toutes les entités fédérées ! L'Union, les États, les municipalités et le district fédéral sont devenus légitimes à adopter des actes normatifs pour protéger leurs populations respectives. Enfin, la situation exceptionnelle a rendu le droit de se conformer à la politique.

Autant la France et le Brésil ont des prédictions normatives qui suivent une tradition très proche dans le traitement des soi-disant exceptions constitutionnelles, il semble indéniable que, si différentes que soient les voies empruntées par les deux pays pour faire face à la crise, il y a quelque chose en commun : la sévérité des restrictions aux droits fondamentaux, en particulier les droits à la liberté, à des fins de protection de la santé.

La pandémie mondiale a engendré, en générant une véritable situation d'exception, la nécessité de mesures de normalisation de l'exception à prendre, verticalement ou

la forme d'un paradoxe dans la mesure où, sous son action, la rationalité juridique d'une règle tient à ce que, produite par la discussion dans les formes du droit, elle ne peut jamais être transformée en fétiche, elle peut toujours être reprise par la discussion. » D. Rousseau, « Penser le droit avec Habermas ? », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2007, vol. 6, n. 123, pp. 1479-1480.

horizontalement, par les pouvoirs publics. Dans un scénario d'une telle exception, où la protection des droits fondamentaux se relativise brutalement, seule une analyse au cas par cas permettrait d'apprécier, notamment dans le cas brésilien, l'adéquation constitutionnelle de chacune des mesures restrictives par chacun des maires et gouverneurs. Toutefois, il est important de garder à l'esprit que la normalisation de l'exception vise à préserver l'équilibre dans la protection des droits fondamentaux, ne permettant pas d'établir une hiérarchie absolue et inflexible de tous les droits à partir d'un seul droit. *Temporaliser* et *équilibrer* sont des verbes qui doivent être conjugués ensemble dans des situations comme celle-ci.