

Troisième journée juridique franco-espagnole

France et Espagne face à la pandémie de Covid-19 :

Les libertés et droits fondamentaux à l'heure des politiques bio-sécuritaires, une analyse juridique et institutionnelle

Palais Aljaferia, Saragosse, 29 juin 2023

Université d'Orléans (CRJ Pothier)-Fondation Manuel Gimenez Abad de estudios parlamentarios y des Estado autonomico

Dominique Messineo-Jose Tudela Aranda

La diffusion fin 2019 à l'échelle mondiale d'un nouveau virus respiratoire, dont l'origine reste à ce jour encore entourée d'incertitudes, a entraîné une série de mesures sanitaires tout à fait inédites de la part d'Etats tant libéraux qu'autoritaires toutes caractérisées par un haut niveau de contrôle social tel que les confinements généralisés, les mesures sévères de distanciations physiques, l'obligation permanente du port des masques chirurgicaux, les couvre-feux, les fermetures d'établissements scolaires, culturels ou commerciaux, la suspension à durée indéterminée pour des raisons strictement éthiques des personnels soignants refusant la vaccination ainsi que les restrictions sociales touchant ceux qui n'étaient pas vaccinés par l'instauration de passeports numériques sanitaires ou vaccinaux conditionnant l'exercice de droits.

Ces politiques de santé adoptées par les démocraties libérales, bien qu'elles aient reposé sur un très faible consensus scientifique d'efficacité, se sont traduites par un rétrécissement de la condition juridique des citoyens en raison des atteintes portées à l'exercice de leurs droits fondamentaux dans le but de survivre, à ce que certains chefs d'Etats et de gouvernement ont présenté comme une « guerre », menée par un virus invisible et redoutable pour des systèmes immunitaires sans défense. Comme l'avait théorisé le philosophe italien Giorgio Agamben au début des années 2000 en actualisant les écrits de Walter Benjamin sur la violence, il s'est agi pour les Etats souverains de réduire la condition humaine à la simple « vie nue »¹, soit l'existence humaine ramenée à son unique conception naturelle et biologique faisant abstraction de toute dimension politique de la vie en communauté orientée vers la finalité du bon, de l'utile et du juste au sens d'Aristote. Rendant insignifiante la valeur politique de la vie, les mesures sanitaires prises au cours de l'année 2020-2021, ont été justifiées par l'impératif étatique de faire respecter la sacralité de la vie naturelle pour elle-même et de protéger la vulnérabilité intrinsèque de l'existence humaine porteuse de droits. En cela, ces mesures sont apparues comme la manifestation du pouvoir biopolitique des Etats, qui font de la vie biologique et de la santé de la Nation une fin en soi et la valeur suprême de sociétés assujettissant la politique à la médecine.

Cette discipline des corps, retranchés par la contrainte policière dans l'espace domestique, empêchés d'interactions sociales par la clôture des espaces ouverts aux publics et protégés de la présence des non-vaccinés, a eu pour nouveauté de se déployer à la faveur d'un retournement de doctrine opéré notamment par l'OMS, consistant à privilégier les scénarios de la logique du pire reposant sur le risque maximal et l'adoption de dispositifs de bio-sécurité basées sur une précaution extrême (voir en ce sens l'étude biaisée et erronée de modélisation de diffusion de l'épidémie réalisée par les équipes de Neil Ferguson de l'Imperial Collège ayant justifié les confinements du printemps 2020²). Comme l'avait très bien analysée dès 2013, l'historien de la santé publique, Patrick Zylberman dans son livre *Terreurs microbiennes, essai sur la politique de sécurité sanitaire dans le monde transatlantique*, la biopolitique du XXI^e siècle, contrairement à celle qu'avait identifié Michel Foucault³, comme étant la condition de possibilité du capital reposant sur une approche autant morale et médicale des corps à surveiller et à réformer en vue de leur utilité économique, repose sur

¹ Giorgio AGAMBEN, *Homo Sacer, Le pouvoir souverain et la vie nue*, Le Seuil, 1997. Giorgio AGAMBEN, *Etat d'exception*, Le Seuil, 2003.

² Barbara STIEGLER, *De la démocratie en pandémie, santé, recherche, éducation*, Tracts, Gallimard, 2021.

³ Michel FOUCAULT, *La naissance de la biopolitique*, cours au Collège de France (1978-1979), Gallimard-Le Seuil, 2004.

des stratégies de sécurité fondées sur la peur, envisagée comme le régime de la rationalité politique et du pouvoir de l'Etat souverain chargé de prévenir les causes de désorganisation massive du corps social par l'exposition de chacun aux virus pathogènes tant d'origine naturelle que pouvant résulter de la menace terroriste.

Trois traits singuliers fondent cette biopolitique de la sécurité humaine. Il s'agit premièrement de l'élaboration, à partir d'un risque éventuel, d'un scénario fictif dans lequel les données utilisées permettent de favoriser des comportements et de résoudre des situations extrêmes. L'utilisation dans un deuxième temps d'un discours alarmiste a pour effet ensuite d'amplifier considérablement l'idée de sécurité sanitaire, justifiant en contrepartie les pouvoirs protecteurs de ce nouveau Léviathan médical. Enfin, la réponse à la menace microbienne s'accompagne dans les démocraties, avec d'autant plus d'efficacité grâce aux technologies numériques, de l'imposition « d'un civisme au superlatif (l'accent est mis sur les devoirs et les obligations du citoyen, sur la nécessité de faire preuve d'altruisme) qu'il s'agisse de quarantaines, de vaccinations ou de la constitution de réserves sanitaires sur le modèle de la sécurité civile »⁴, cela dans l'espoir de renforcer l'adhésion des citoyens aux institutions gouvernementales et aux dispositifs juridiquement contraignants pris au nom de la défense de la santé.

Avec trois années de recul, nous questionnerons et confronterons la manière dont les gouvernements de France, par tradition institutionnelle très centralisé, et d'Espagne, reposant sur de larges autonomies régionales, ont déployé ces dispositifs de bio-sécurité au détriment du respect des droits fondamentaux et libertés publiques. Il sera notamment question de s'interroger sur la manière dont les pouvoirs exécutifs ont adopté des mesures de contraintes sanitaires en s'émancipant parfois de toute proportionnalité entre les objectifs de santé poursuivis et le respect des principes libéraux. L'action de la justice constitutionnelle et administrative sera particulièrement étudiée de part et d'autre des Pyrénées afin notamment d'envisager l'intégration ou le rejet par la jurisprudence des arguments scientifiques et médicaux justifiant ces dispositifs de sécurité sanitaire. Tout l'enjeu consistera notamment à évaluer la qualité de la réception par le juge des connaissances scientifiques nécessaires à l'élaboration de la proportionnalité des mesures de police sanitaire prises dans un contexte d'épidémie abordée au prisme de la logique du pire. Dans le couple formé par le savant et le politique, de surcroît lorsque la raison de l'action publique est absorbée par le primat de la science, de la médecine et de la technique, on s'interrogera sur la place et le rôle du juge chargé de tracer les limites entre les buts recherchés de santé obtenus davantage par la prévention que la thérapeutique et le nécessaire respect des libertés et de l'autonomie des individus en démocratie.

Une autre piste de réflexion relative à la fabrique de ce nouveau paradigme de gouvernement qu'est la sécurité sanitaire portera sur les outils de traçage numérique déployés par les Etats destinés à surveiller et à imposer les impératifs de la distanciation sociale permettant de prévenir et de contenir les effets de la contagion des virus. Cette interrogation sera notamment examinée au regard de l'action de l'Union européenne qui s'est employée à renforcer la coopération entre Etats dans le cadre du déploiement des applications de traçage des contacts afin que soit définie une approche commune respectueuse du droit à la protection des données personnelles.

L'ensemble des contributions tentera d'éclairer les tensions juridiques révélées par le nouvel état d'urgence sanitaire et les objectifs de santé publique espérés par la politique de bio-sécurité. Elles envisageront les résistances au nouveau paradigme de la santé publique redéfinissant les conditions de la citoyenneté, comme les renoncements à la tentation d'instaurer un contrôle et une surveillance des populations non pas au nom de la santé mais davantage selon une conception d'une vie ni vraiment saine, ni vraiment malade (voir en ce sens la figure contradictoire du malade asymptomatique), mais toujours perçue comme potentiellement pathogène pouvant justifier en retour et pour le bien de tous la limitation des droits et libertés de chacun.

⁴ Patrick ZYLBERMAN, *Tempêtes microbiennes*, Paris, Gallimard, 2013, page 32