



Urgence sanitaire et société disciplinaire. Le culte de l'efficacité validé par le droit

Cyrille Dounot, Guillaume Drago, Christophe Eoche-Duval, Joël Hautebert

► To cite this version:

Cyrille Dounot, Guillaume Drago, Christophe Eoche-Duval, Joël Hautebert. Urgence sanitaire et société disciplinaire. Le culte de l'efficacité validé par le droit. *Pandémie, Droit et Cultes*, Mare & Martin, pp.47-76, 2023, 9782849347904. hal-04273161

HAL Id: hal-04273161

<https://hal.science/hal-04273161>

Submitted on 14 Nov 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Urgence sanitaire et société disciplinaire. Le culte de l'efficacité validé par le droit

Cyrille DOUNOT

*Professeur agrégé des facultés de droit en histoire du droit
Université Toulouse 1 Capitole, Centre toulousain d'histoire du droit
et des idées politiques (CTHDIP)*

« Usage intensif du numérique, avec un *contact tracing* intrusif et obligatoire, les autorités pouvant exploiter dans leurs enquêtes des données aussi sensibles que les relevés bancaires, les factures téléphoniques détaillées, l'historique de géolocalisation, les images de vidéosurveillance publique ou encore les informations transmises par les administrations et employeurs » ; « quarantaines individuelles obligatoires » faisant « l'objet d'une surveillance stricte, via une application de géolocalisation [...] qui sonne et alerte directement les forces de l'ordre si les personnes concernées se déplacent, ou si le *smartphone* est éteint pendant plus de 15 minutes, formant ainsi une véritable “clôture électronique” (“*electronic fence*”). Afin de vérifier que la personne n'est pas sortie de chez elle sans son *smartphone*, les autorités l'appellent aléatoirement deux fois par jour, et n'hésitent pas à se déplacer. Le voisinage peut être prévenu par SMS de la présence d'une personne contagieuse. Enfin, les manquements font l'objet de sanctions très dissuasives »¹.

1. *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur les crises sanitaires et outils numériques : répondre avec efficacité pour retrouver nos libertés*, n° 673, 3 juin 2021, p. 17.

Cette terrifiante description n'est pas issue d'un roman dystopique qui anticiperait un futur épouvantable, mais d'un rapport sénatorial français, remis le 3 juin 2021, au nom de la délégation sénatoriale à la prospective, sur les crises sanitaires et les outils numériques. Son sous-titre, portant par bravade « répondre avec efficacité pour retrouver nos libertés », est révélateur du culte postmoderne rendu à l'efficacité. Les sénateurs, bien loin d'endosser les habits de gardiens des libertés publiques, font l'éloge du modèle sud-coréen de gestion du covid en des termes d'une froideur technocratique effrayante : « Ces mesures peuvent sembler très liberticides, mais il faut d'emblée rappeler que celles-ci [...] se sont avérées très efficaces »². Ils excipent, pour bien asseoir leur propos, d'un « très large soutien de la population, celle-ci faisant preuve à la fois de solidarité, de discipline, parfois de zèle et toujours d'ouverture à l'égard du numérique ».

La seule efficacité sert de guide, et les sénateurs renchérissent sur ce modèle qui a leurs faveurs : « la contrainte change de nature dès lors qu'elle s'exerce par un contrôle, le cas échéant assorti de sanctions. Et c'est précisément là que le numérique pourrait être le plus "efficace" »³. Par contraste, les sénateurs déplorent le relatif retrait de la France « au regard des possibilités que laissent entrevoir les technologies actuelles », retard jugé « extrêmement préoccupant »⁴. Ils proposent alors « de recourir bien plus fortement aux outils numériques dans le cadre de la gestion des crises sanitaires ou des crises comparables (catastrophe naturelle, industrielle, etc.), notamment en vue de contrôler au niveau individuel le respect des mesures imposées par la situation, et y compris si cela implique d'exploiter des données de manière intrusive et dérogoire »⁵.

Ainsi, le numérique devient la clef pour comprendre le basculement des sociétés libres vers des sociétés disciplinaires, à l'occasion d'une urgence

2. *Ibid.* Ce constat péremptoire est d'ailleurs faux, selon des études récentes, cf. Z. Fögen, « The Foegen effect. A mechanism by which facemasks contribute to the COVID-19 case fatality rate », *Medicine*, February 18, 2022, vol. 101, Issue 7, p e28924 ; K. Bardosh, A. de Figueiredo, R. Gur-Arie and *alii*, « The unintended consequences of COVID-19 vaccine policy : why mandates, passports and restrictions may cause more harm than good », *BMJ Global Health* 2022, 7, e008684.

3. *Id.*, p. 55.

4. *Id.*, p. 61.

5. *Id.*, p. 126.

sanitaire. Cette volonté de « recourir davantage aux outils numériques, en conscience et en responsabilité – parce qu'ils sont potentiellement bien plus efficaces que les autres méthodes »⁶, n'est que le dernier avatar du « bluff technologique » dénoncé en son temps par Jacques Ellul⁷.

Ce n'est pas la première fois que le prétexte sanitaire est invoqué au service d'une mutation sociale, et d'une redéfinition des pouvoirs de l'État. C'est assurément la première fois qu'une telle insistance est mise sur les moyens techniques d'opérer ce contrôle social. En effet, un précédent pertinent se tire de la dictature sanitaire née dans le Mexique de 1917, indépendamment de l'épidémie de grippe espagnole qui ne surviendra qu'en 1918. L'expression désigne un état d'urgence particulier, qui a duré jusqu'en 1945, ayant pour but de répandre la propagande hygiéniste comme politique de santé publique révolutionnaire, dans un contexte idéologique matérialiste. Le général José María Rodríguez, député du Nouveau León, médecin de profession et directeur du Consejo Superior de Salubridad, estimait que « la santé doit relever d'un département de santé générale de la République, qui dépendra du pouvoir exécutif et dont les dispositions seront obligatoires pour les gouvernements des États et réglementées par eux » (18 janvier 1917)⁸. Il avait déjà été investi temporairement, en 1914, de « pouvoirs extraordinaires pour organiser le service sanitaire dans ce port [de Veracruz], en dictant toutes les mesures qu'il jugeait nécessaires pour empêcher l'invasion de toute épidémie, en particulier la fièvre jaune et la malaria ».

Par son discours à l'assemblée constituante, il obtient le vote de l'art. 73, section XVI, de la Constitution mexicaine de 1917. Cet article dispose que le Congrès de l'Union est habilité à « dicter des lois sur la citoyenneté, la naturalisation, la colonisation, l'émigration, l'immigration

6. *Id.*, p. 60.

7. J. Ellul, *Le bluff technologique*, Hachette, 1988.

8. J. M. Rodríguez, *Federalización de la salubridad. 50 discursos doctrinales en el Congreso Constituyente de la Revolución Mexicana, 1916-1917*, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1967, p. 310, cité par E. Aréchiga Córdoba, « Educación, propaganda o 'dictadura sanitaria'. Estrategias discursivas de higiene y salubridad públicas en el México posrevolucionario, 1917-1945 », *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*, n° 33 Ciudad de México ene./jun. 2007.

et la santé générale de la République ». La même section établit que le Département de la santé possède un caractère exécutif, dépendant directement du président de la République, « sans intervention d'aucun secrétaire d'État ». De plus, ses dispositions « seront obligatoires pour tout le pays » et « obéies par les autorités administratives du pays ». En cas d'épidémies graves ou de menace d'invasion de « maladies exotiques dans le pays », le Département a le pouvoir et l'obligation d'édicter immédiatement les mesures préventives pertinentes, sous réserve « d'être ensuite sanctionnées par le président de la République ». Cette autorité sanitaire peut également adopter des mesures contre les substances « qui empoisonnent l'individu et dégénèrent notre race ».

L'expression de *dictadura sanitaria* a été reprise en Espagne à la même époque pour traduire les initiatives de santé publique, et aurait même, selon certains auteurs, préparé partiellement le terrain à l'instauration de la dictature du général Primo de Rivera qui, d'ailleurs, est caractérisée par son intense activité sanitaire déployée tant dans l'aspect normatif que dans la mise en place d'institutions en charge de la santé publique⁹.

Au regard de cet exemple historique et de la prospective sénatoriale, il convient d'examiner comment l'état d'urgence sanitaire décrété en 2020 consolide de manière rapide et indiscutée les pouvoirs de l'État au service d'une société de surveillance. Ce que d'aucuns ont dénoncé comme une dictature sanitaire est en réalité un phénomène plus complexe, à la fois plus profond et antérieur à la crise sanitaire, et plus total que la simple gestion d'une épidémie. En suivant la grille de lecture de Michel Foucault, il est possible d'affirmer que « la "discipline" ne peut s'identifier ni avec une institution ni avec un appareil; elle est un type de pouvoir, une modalité pour l'exercer, comportant tout un ensemble d'instruments, de techniques, de procédés, de niveaux d'application, de cibles; elle est une "physique" ou une "anatomie" du pouvoir, une technologie »¹⁰. C'est pourquoi il voit « la formation d'une société disciplinaire dans ce mouvement qui va des disciplines fermées de "quarantaine" sociale, jusqu'au mécanisme

9. R. Huertas, « Política sanitaria: de la dictadura de Primo de Rivera a la IIª República », *Revista Española de Salud Pública*, v. 74, n°7, 2000, p. 35-43.

10. M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 217.

indéfiniment généralisable du “panoptisme” ». La prison a joué un rôle majeur dans l'évolution des sociétés, « dans le fait justement qu'on demande à la prison d'être “utile”, dans le fait que la privation de liberté – ce prélèvement juridique sur un bien idéal – a dû, dès le départ, exercer un rôle technique positif, opérer des transformations sur les individus »¹¹. Ce qui n'était qu'anticipation ou exagération dans les années 70 est devenu réalité grâce au double culte voué au progrès technique et à l'utilité. Les outils numériques ont permis cette « entière visibilité des corps, des individus, des choses, sous un regard centralisé »¹² et, ainsi, un enfermement généralisé vérifiable en temps réel. Notre société postmoderne donne à voir les prodromes d'une « discipline » totale, dans laquelle la crise du covid n'a été qu'un déclencheur et un accélérateur. Le droit a été mis au service de ce contrôle social en instaurant et justifiant l'usage de techniques de surveillance inédites. Dorénavant, l'exécutif dispose de puissants moyens de contrôle des comportements et des déplacements, et même de l'information. Juridiquement, les mesures d'exceptions validées au nom de la lutte contre une épidémie ont posé les fondements, en même temps, d'une dictature sanitaire (I) et d'une société disciplinaire (II).

I. Une dictature sanitaire

La dictature, en droit public, se caractérise par une exorbitance des pouvoirs attribués à l'exécutif lors d'une période de crise, afin d'y mettre un terme. Institution issue du droit romain, la dictature vise à concentrer les pouvoirs de manière temporaire et préalablement bornée, comme le permet par exemple l'art. 16 de la Constitution. Définie sommairement et dépouillée de ses connotations despotiques, la notion de dictature convient adéquatement à décrire l'état du pouvoir instauré en mars 2020, qui se manifeste tant par un régime d'exception (A) que par son anormalité d'exercice (B).

11. *Id.*, p. 251.

12. M. Foucault, « L'œil du pouvoir », dans J. Bentham, *Le panoptique*, Pierre Belfond, 1977, p. 9.

A. Le régime d'exception

L'état d'urgence sanitaire élaboré par la loi du 23 mars 2020 est caractéristique d'un régime d'exception. D'une part, il prévoit une extension manifeste des facultés de l'exécutif, qui décide seul de son déclenchement par décret en conseil des ministres (art. L 3131-13 du code de la santé publique). D'autre part, il comporte de très nombreuses atteintes aux droits et libertés en vue de juguler l'épidémie. Le pouvoir exécutif peut ainsi

« 1° Réglementer ou interdire la circulation des personnes et des véhicules et réglementer l'accès aux moyens de transport et les conditions de leur usage ;

2° Interdire aux personnes de sortir de leur domicile [...] ;

3° Ordonner des mesures ayant pour objet la mise en quarantaine [...] ;

4° Ordonner des mesures de placement et de maintien en isolement [...] ;

5° Ordonner la fermeture provisoire et réglementer l'ouverture, y compris les conditions d'accès et de présence, d'une ou plusieurs catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion [...] ;

6° Limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public ainsi que les réunions de toute nature [...] ;

7° Ordonner la réquisition de toute personne et de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire [...] ;

10° En tant que de besoin, prendre par décret toute autre mesure réglementaire limitant la liberté d'entreprendre [...] » (art. L 3131-15 du code de la santé publique).

Sans entrer dans le détail des mesures adoptées sur le fondement de l'état d'urgence sanitaire, il convient de rappeler que toutes les libertés ou presque ont été atteintes : liberté de circulation, liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'expression, liberté de culte, liberté de manifestation, liberté d'association, liberté de l'enseignement, libertés médicales, libertés culturelles, droit de propriété, droit au procès équitable, droit à la vie

privée¹³... Les confinements généralisés de la population française, à trois reprises, les auto-attestations de sortie du domicile, les couvre-feux à répétition constituent autant de mesures privatives de liberté ordonnées par l'exécutif, qui s'est même permis de décider quels seraient les actes du culte autorisés (mariages et funérailles) et quelles cérémonies seraient interdites (baptême, communion...) au mépris évident de la loi de Séparation du 9 décembre 1905. Il faut ajouter l'odieuse discrimination opérée entre les Français sur le fondement de leur état de santé établie par le passe sanitaire et le passe vaccinal (contraire à l'art. 225-2 du code pénal), privant de nombreux droits des citoyens n'ayant commis aucune faute. Une telle rupture du principe d'égalité, de surcroît validée par le Conseil constitutionnel (décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022), indique bien que nous sommes en présence d'un régime d'exception.

Les mesures adoptées du fait de l'urgence « traduisent alors la prévalence du fait sur le droit, de la nécessité sur la légalité, le tout légitimé par une manière pragmatique de raisonnement pour laquelle la fin (tenue pour bonne) justifie les moyens (discutables) »¹⁴. La conséquence inévitable de cette exception est que « le fait s'étant imposé, l'éventuelle correction qui interviendra plus tard prendra le plus souvent la forme d'une simple régularisation : un alignement du droit sur le fait »¹⁵.

De plus, cet état d'urgence sanitaire opère un renversement complet du régime des libertés en permettant uniquement les activités, rassemblements ou réunions « qui ne sont pas interdits », et ce dans un cadre réglementaire extrêmement contraignant (art. 1^{er}, décret du 1^{er} juin 2021). La liberté n'est plus le principe, ni la restriction l'exception. Il est dès lors incroyable que le Conseil constitutionnel (décision QPC n° 2020-869 du 4 décembre 2020), suivi par le Conseil d'État (CE, 14 octobre 2021, n° 441059), ait pu affirmer que ces « mesures exceptionnelles, temporaires et limitées [...] se rattachent à la garantie des libertés publiques ». Pour O. Beaud, c'est une « étrange qualification juridique » et une « euphémisation de l'état

13. Entre autres, v. C. Dounot, « L'effondrement des libertés publiques en période de crise sanitaire », *Lexbase Hebdo édition publique*, n° 623, 15 avril 2021.

14. Fr. Ost, *De quoi le covid est-il le nom?*, Académie royale de Belgique, 2021, p. 54.

15. *Ibid.*

d'urgence », en définitive une dénaturation du concept de garantie des libertés publiques¹⁶.

Comme tout régime d'exception, l'état d'urgence est limité dans le temps, puisque sa prorogation au-delà d'un mois doit être autorisée par la loi. Cependant, la clarté d'un régime d'exception n'est plus de mise. Un brouillage a été introduit par la multiplication des régimes transitoires qui ne sont ni l'état d'urgence à proprement parler, ni le droit commun. Il est ainsi prévu que toutes les mesures d'exception en cas de menaces sanitaires (régime introduit par la loi du 9 août 2004) puissent persister « après la fin de l'état d'urgence sanitaire [...] afin d'assurer la disparition durable de la situation de crise sanitaire » (art. L 3131-1 du code de la santé publique).

Si l'état d'urgence sanitaire a été appliqué à deux reprises, entre le 24 mars 2020 et le 10 juillet 2020, et entre le 17 octobre 2020 et le 1^{er} juin 2021, la période intermédiaire et la période qui s'est ouverte en juin 2021 ne sont que des régimes de sortie de l'état d'urgence : loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire (loi du 31 mai 2021) ou loi de gestion de la crise sanitaire (loi du 5 août 2021). En sus, le phénomène trop fréquent de banalisation de l'exception par son intégration dans le droit commun s'est également répété en matière sanitaire. Nous assistons à un « état d'urgence permanent qui prend appui sur les formes et les mots du droit »¹⁷. C'est ainsi que, d'une part, le gouvernement a déposé un projet de loi instituant un régime *pérenne* de gestion des urgences sanitaires (21 décembre 2020), validé par le Conseil d'État, mais retiré in extremis. D'autre part, la quasi-totalité des pouvoirs d'exception confiés à l'exécutif durant l'état d'urgence sanitaire a été prorogée pour la sortie de crise, qui n'a pris fin que le 31 juillet 2022, soit 28 mois après le début de la crise. Ce qui donne à voir une certaine anormalité de l'exercice du pouvoir.

16. O. Beaud, « Une jurisprudence étonnante : quand le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État transforment l'état d'urgence en "garantie des libertés publiques" », *Jus Politicum Blog*, 22 mars 2022.

17. St. Hennette Vauchez, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Seuil, 2022, p. 16.

B. L'anormalité d'exercice du pouvoir

L'exercice du pouvoir depuis le déclenchement de la crise sanitaire est là encore révélateur d'une mutation profonde, et même d'un retournement constitutionnel opéré par un vaste détournement d'institutions. En premier lieu, par le choix politique de réunir le Conseil de défense à des fins non militaires. Ce Conseil doit définir « les orientations en matière de programmation militaire, de dissuasion, de conduite des opérations extérieures, de planification des réponses aux crises majeures, de renseignement, de sécurité économique et énergétique, de programmation de sécurité intérieure concourant à la sécurité nationale et de lutte contre le terrorisme » (article R. 1122-1 du code de la défense). Au mépris des textes, il sert d'outil ordinaire au présidentisme¹⁸, imposant les desiderata du Président par le biais de réunions hebdomadaires tenues en amont du Conseil des ministres. Ce dernier devient une simple chambre d'enregistrement et non plus l'organe d'un gouvernement qui « détermine et conduit la politique de la Nation » (art. 20 de la Constitution). La composition du Conseil de défense est inconnue et ses décisions, classées secret défense, sont de purs actes de gouvernement, injusticiables (Conseil d'État, ass., 29 septembre 1995, n° 171277). Autant d'anomalies qui illustrent le fait du prince¹⁹. Ainsi, alors que le Conseil d'État valide une nouvelle fois les arguments du ministre de la Santé en faveur du maintien du passe vaccinal (CE 1^{er} mars 2022, ord. n° 461686), le Président annonce le surlendemain la suspension de cette mesure devenue inutile à ses yeux. La seule volonté du chef de l'État vaut application ou suspension de mesures drastiques.

Deuxième manifestation de l'anormalité, par la marginalisation de nombreuses institutions ou agences compétentes en matière sanitaire

18. Th. Desmoulin, « La formalisation du présidentisme sous la Cinquième République : le Conseil de défense et de sécurité nationale », *Jus Politicum*, n° 25 [<http://juspoliticum.com/article/La-formalisation-du-presidentisme-sous-la-Ve-Republique-Le-Conseil-de-defense-et-de-securite-nationale-1375.html>].

19. Th. Desmoulin, « Le Conseil de défense : notes sur une institution centrale et méconnue en temps de crise sanitaire », *Blog Jus Politicum*, 13 nov. 2020 [<https://blog.juspoliticum.com/2020/11/13/le-conseil-de-defense-notes-sur-une-institution-centrale-et-meconnue-en-temps-de-crise-sanitaire-par-thibault-desmoulin/>].

(Haute Autorité de santé; Agence nationale de sécurité sanitaire, Haut conseil de la santé publique), supplantées ou doublées par de nouvelles instances à la solde de l'exécutif²⁰, telles le Comité de scientifiques créé le 10 mars 2020, le CARE (Comité analyse, recherche et expertise) institué le 23 mars 2020 ou le COVARIS (Comité de veille et d'anticipation des risques sanitaires) établi le 30 juillet 2022, sans parler de la privatisation de la décision publique par le recours incessant aux cabinets de conseil, « phénomène tentaculaire » et extrêmement coûteux selon une commission d'enquête du Sénat²¹. Bon nombre de décisions sont ainsi prises en court-circuitant les instances compétentes, comme le décret du 14 février 2022 réduisant à 4 mois la validité du certificat de rétablissement ou de double vaccination délivrant le passe vaccinal. Ce décret, pris au visa de « l'avis de la Haute Autorité de santé en date du 14 février 2022 », s'appuie sur un « avis » qui se contente de « prend[re] acte de ce que le projet de décret prévoit [...] de réduire à 4 mois (au lieu de 7 mois actuellement) la durée de validité du schéma »...

Cette anomalie d'exercice est de plus entérinée par les institutions censées être les gardiens de l'ordre constitutionnel ou légal. Le phénomène n'est pas neuf, et s'enracine dans « une forme de *self-restraint* juridictionnel qui rend difficile pour les juges de s'opposer au pouvoir » quand celui-ci décide de l'exception²². En France, « tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État reconnaissent explicitement que leur contrôle s'exerce “compte tenu de la situation ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence” (CE, sect., ord., 11 décembre 2015, n° 394990) et “au regard des circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence” (CC, 19 février 2016, n° 2016-536 QPC) »²³. Ainsi, au mépris

20. St. Hennette Vauchez, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Seuil, 2022, p. 78.

21. *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques »*, n° 578, 16 mars 2022.

22. St. Hennette Vauchez, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Seuil, 2022, p. 83.

23. *Id.*, p. 84, ce qui pousse l'auteur à parler du « caractère illusoire de la domestication de l'exception par l'État de droit ».

même de la lettre de la constitution, le Conseil constitutionnel a validé la loi organique du 30 mars 2020, dite d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 (décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020), pourtant adoptée explicitement contre le texte de la Constitution. Le Conseil estime que, « compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution » (3^e considérant). Ce même conseil valide la pratique de plus en plus courante du gouvernement d'introduire des amendements après le dépôt du projet de loi, lui évitant de fournir une étude d'impact et de consulter le Conseil d'État. Ainsi en a-t-il été de la première loi imposant le laissez-passer dit sanitaire, sans aucune étude d'impact. Le Conseil constitutionnel justifie cette monstruosité au prétexte que « l'article 39 de la Constitution et la loi organique du 15 avril 2009 n'imposent la présentation d'une étude d'impact et la consultation du Conseil d'État que pour les projets de loi et non pour les amendements. Par conséquent, le 2° du A du paragraphe II de l'article 1^{er} a été adopté selon une procédure conforme à la Constitution » (décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021, § 15). Il est vrai que d'aucuns dénoncent le « caractère oligarchique de notre régime politique » rendu manifeste par le « jeu de chaise musicale » qui se joue entre le Gouvernement et le Conseil constitutionnel, notamment « au moment de la décision Association "La Sphinx" du 1^{er} avril 2022 (Décision n° 2022-986 QPC) »²⁴.

Le Conseil d'État n'est pas en reste d'une inféodation à l'exécutif, comme le révélait *Le Monde*, en mars 2021 : « depuis le premier confinement, sur les 840 requêtes déposées devant le Conseil d'État, 511 ont été écartées d'office sans débat contradictoire, 329 ont été instruites, huit ont été jugées dans un sens défavorable au gouvernement »²⁵. La théorie des circonstances exceptionnelles, élaborée à l'occasion de la Première guerre

24. J. Graefe, Th. Perroud, « L'impardonnable légèreté du Conseil constitutionnel avec l'impartialité », *RDLF* 2022, chron. n° 18.

25. L. Telo, Gr. Biseau, « Crise sanitaire, affaire Duhamel, entre-soi... La folle année du Conseil d'État », *M, le magazine du Monde*, 12 mars 2021. La situation est semblable chez nos voisins belges, où « fin janvier 2021, il était établi que, sur 150 recours introduits, seuls deux avaient abouti (l'un en matière de liberté des cultes, l'autre concernant la prostitution de rue) », Fr. Ost, *De quoi le covid est-il le nom?*, Académie royale de Belgique, 2021, p. 85.

mondiale, a été réactivée avec un empressement suspect. Le Conseil d'État, « en raison des circonstances exceptionnelles résultant de l'épidémie de covid-19 sur le territoire français et dans le monde », ne s'est guère montré défenseur des libertés : il a par exemple validé la « loi de pays » de Polynésie française du 21 avril 2020 promulguée « sans respecter ni la mesure de publicité ni le délai fixé par l'article 176 de la loi organique du 27 février 2004 » (CE, ord. 22 juillet 2020 n° 440764). Plus fort, il a validé un décret illégal relatif au passe sanitaire (décret n° 2021-955 du 19 juillet 2021) au prétexte que la loi devant l'étendre au-delà des lieux initialement prévus (boîtes de nuit et festivals)... sera votée ! Ainsi, il cautionne l'illégal actuel au nom d'un hypothétique légal futur, car « doit intervenir à très court terme une modification de la loi du 31 mai 2021 » (CE, ord. 26 juillet 2021, n° 454792). Il lui est même arrivé d'aggraver l'état des libertés en restreignant des mesures de confinement jugées trop laxistes par un syndicat de médecins (CE, 22 mars 2020, n° 439674). L'argument ultime du Conseil d'État pour parer toutes les oppositions se tire de « la circulation du virus SARS-CoV-2 ». Argument magique, qui justifie toute contrainte. Argument pérenne, surtout, vu que les virus nous précèdent sur terre de plus de cent millions d'années, et que nous vivrons pour toujours avec eux. Enfin, sur l'extension du passe sanitaire, il se renie éhontément. Dans un premier temps, il conditionne sa légalité à son efficacité prophylactique « et non par un objectif qui consisterait à inciter les personnes concernées à se faire vacciner » (Avis du 19 juillet 2021, § 13). Ensuite, après que le Premier ministre eût humilié l'institution en déclarant que « le passe sanitaire est un outil d'incitation à la vaccination » (6 décembre 2021), le Conseil d'État valide cet « objectif indirect de la mesure » qui « s'inscrit dans l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé » (Avis du 26 décembre 2021, § 8).

L'anormalité d'exercice du pouvoir frappe encore le fonctionnement du Parlement. La conférence des présidents de groupe de l'AN a décidé, le 21 avril 2020, de légiférer en comité restreint avec simplement 75 députés désignés à la proportionnelle des groupes (laissant donc de côté les non-inscrits), sans aucun fondement constitutionnel ou tiré du droit parlementaire. Lors de la saisine de la loi du 11 mai 2020, ce moyen a été soulevé, mais écarté par le Conseil, car « les travaux parlementaires ne font pas état que des députés qui se seraient présentés pour participer aux débats, défendre leurs amendements ou prendre part aux votes

se le seraient vu refuser. Dès lors, les griefs ne peuvent qu'être écartés » (Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, cons. 6).

Le Parlement, souvent dépossédé par le pouvoir exécutif, n'a ni contrôlé « l'action du Gouvernement » ni évalué les « politiques publiques » (art. 24 de la Constitution). Infidèle à sa mission, il s'est comporté en vassal de l'exécutif, se soumettant aux volontés du chef de l'État ou des ministres, lesquels n'hésitent d'ailleurs pas à vitupérer contre des députés hésitants ou récalcitrants (« sortez d'ici », haranguait le ministre O. Véran le 3 novembre 2020). À cela il faut ajouter l'adoption quasi systématique des lois en procédure accélérée, sur décision gouvernementale (art. 45, al. 2 de la Constitution) : 224 lois sur les 353 promulguées sous la XV^e législature. Et bien sûr le recours massif aux ordonnances, « abusif car il est loin d'être justifié par l'urgence » selon les termes du président du Sénat (1^{er} octobre 2020), qui transfère à l'exécutif des compétences matériellement législatives. Durant le premier quinquennat du président Macron, 360 ordonnances ont été adoptées, dont les deux-tiers depuis le covid. Ces abus s'accompagnent d'un changement perpétuel des délais, des règles ou des exceptions, par exemple au sujet de la vaccination des 5-11 ans, pour lesquels l'accord d'un seul parent suffit d'abord, puis à partir du 6 janvier 2022, l'accord des deux parents, puis de nouveau l'accord d'un seul parent (loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022).

Cet ensemble révèle une démission collective face aux exigences de l'État de droit. La règle juridique applicable n'est plus connue ni même connaissable, sa permanence est sabotée, elle devient variable comme jamais, et de surcroît illisible. Sa rationalité même est en jeu, par la multiplication des injonctions contradictoires (sur les masques, les tests, les fermetures de lieux...) et des ordres absurdes et injustifiables (ouverture des pistes de ski sans remontées mécaniques, fermeture de magasins et rayons prétendument non essentiels, obligation de porter en masque en extérieur mais obligation d'aérer les intérieurs avec cet air réputé vicié, obligation de consommer un café assis et non debout, interdictions de déambuler sur les plages, les grèves, en forêt ou en montagne...). Enfin, comment ne pas souligner l'incroyable pénalisation des infractions à ces mesures d'exception, pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 45 000 € d'amende, frappant indistinctement le citoyen resquilleur ou le tenancier refusant de se constituer subalterne de la police ? La modification effrénée des règles en vigueur s'opère au détriment de la sécurité juridique

et place le citoyen dans l'impossibilité de connaître concrètement la règle applicable: le décret du 1^{er} juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire a connu 62 modifications en dix mois. Notons également le phénomène nouveau du « droit jetable », avec le décret éphémère du 11 mai 2020... valable jusqu'au 12 mai²⁶. Comme le souligne Fr. Ost, « cette instabilité normative génère une forme endogène d'insécurité juridique qui finit par miner la finalité la plus essentielle attendue du droit: instituer durablement une société en lui fournissant des repères normatifs clairs »²⁷.

Peut-être faut-il voir dans ce processus de déstructuration du droit une technique visant à contraindre les populations à l'obéissance inconditionnelle et irréfléchie à la règle, que celle-ci soit réelle ou supposée. Car les exemples ne manquent pas d'autorités constituées qui entendent imposer de pseudo-règles qui n'existent pas. L'on peut citer ici les trop fameux protocoles sanitaires dans les écoles, collèges et lycées, sans aucune valeur contraignante (ils ne proviennent ni de décrets, ni d'arrêtés, et n'ont jamais été publiés au *Bulletin officiel de l'Éducation nationale*) et modifiés en permanence, les annonces ministérielles sur « papi et mamie à la cuisine » pour Noël ou « pas plus de six à table », ou encore la volonté d'imposer illégalement le recours au télétravail, tant par voie d'affichage sur le site internet du Ministère du travail (fiche Questions-réponses sur le télétravail), que par instruction du directeur général du travail du 3 novembre 2020. Au lieu d'annihiler ces abus de pouvoir, le Conseil d'État reconnaît que « certains termes du protocole sont formulés en termes impératifs » mais se refuse à censurer tant le protocole que l'instruction jointe, qui ne seraient pas « de nature à créer un doute sérieux sur la légalité » (CE, ord. 17 décembre 2020, n° 446797). Voilà autant d'atteintes au principe de sécurité juridique, commises au nom de la philosophie politique à l'œuvre ici, à savoir « une optique managériale de gestion d'urgence de la crise (parer au plus pressé et ajuster en permanence des textes approximatifs) »²⁸. De l'exercice anormal du pouvoir, l'on passe

26. St. Hennette Vauchez, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, Seuil, 2022, p. 37-38.

27. Fr. Ost, *De quoi le covid est-il le nom?*, Académie royale de Belgique, 2021, p. 55.

28. *Id.*, p. 81.

rapidement à la prise en main de la norme, légale et sociale, au service d'une société disciplinaire.

II. Une société disciplinaire

Au-delà de ce qui s'apparente à une dictature sanitaire, de nombreux éléments militent en faveur de la mise en place d'une société disciplinaire, soutenue par un contrôle uniforme et centralisé, révélateur d'un traitement bureaucratique de la crise sanitaire. Cela passe d'un côté par une surveillance généralisée (A), de l'autre, par une tentation totalitaire (B).

A. Une surveillance généralisée

La société disciplinaire est aussi révélatrice d'une tendance postmoderne à dépasser le cadre classique de la propagande. Certes, il existe toujours une véritable propagande étatique axée sur des slogans faux et réducteurs du genre « on peut débattre de tout, sauf des chiffres » ou encore « tous vaccinés, tous protégés ». Il existe même un contrôle ou plutôt un conditionnement de la presse par les subventions et les aides d'État d'un montant pharaonique et difficilement évaluable, et unique en Europe. La Cour des comptes estime que « leur montant total en 2017 oscille donc entre 580 M€ (documents budgétaires) et 1,8 Md€, dont un peu moins de 130 M€ d'aides budgétaires directes »²⁹. Pour la période covid, ces aides directes sont estimées à plus de 500 millions d'euros³⁰. La Cour des comptes a d'ailleurs « alerté » plusieurs fois, en 2013 et 2018, sur ce dispositif « foisonnant, insuffisamment transparent, et d'un impact incertain » sur la diffusion de la presse, de toute façon invérifiable³¹. Un rapport sénatorial insiste quant à lui « sur le risque qu'une telle dépendance

29. Cour des comptes, *Le rapport public annuel 2018*, Paris, 2018, t. 2, *Le suivi des recommandations*, p. 340.

30. « Les aides à la presse ne concerneront que les médias qui emploient des journalistes », *Le Parisien*, 23 décembre 2021.

31. Cour des comptes, *Le rapport public annuel 2018*, Paris, 2018, t. 2, *Le suivi des recommandations*, p. 340.

aux fonds publics peut faire peser sur l'indépendance de la presse », et dénonce « une situation de dépendance excessive à l'égard de l'État »³².

Cette manne financière n'est pas donnée sans condition. Le bénéfice du tarif de presse et des avantages fiscaux est subordonné aux seuls titres qui présentent « un contenu original composé d'informations ayant fait l'objet d'un traitement à caractère journalistique, notamment dans la recherche, la collecte, la vérification et la mise en forme de ces informations » (décret n°2021-1746 du 21 décembre 2021). Le flou de la formulation permet les radiations les plus arbitraires, notamment sur ce qu'est une information « vérifiée » et, en définitive, d'évincer les titres (papier ou numériques) qui ne seraient pas conformes à la doxa. D'ailleurs, la Commission paritaire des publications et agences de presse qui délivre les agréments peut les retirer sur des prétextes fallacieux et des pressions gouvernementales³³.

Pendant, le contrôle direct et immédiat des pensées, des paroles ou des écrits n'est plus le marqueur déterminant des formes contemporaines d'emprise sur les individus. Jacques Ellul a montré que le pouvoir recherche plus une conformité des comportements qu'une unanimité des croyances. « L'essentiel désormais est d'obtenir une orthopraxie (*praxis*: "action"), faire participer à une action, et non seulement une orthodoxie, littéralement une opinion correcte. Le travail de manipulation s'effectue au moyen d'une certaine unification psychologique préalable »³⁴. Aussi, l'imposition de gestes barrières, la distanciation sociale ou le port du masque dans l'espace public constituent de puissants moyens d'unifier les comportements, et de repérer facilement les déviants qui ne se soumettent pas à la discipline commune. C'est pourquoi « les mesures d'hygiène [...]

32. R. Karoutchi, *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur les aides à la presse écrite*, n° 692, 16 juin 2021, pp. 12, 74, 105.

33. Les « journaux et écrits périodiques » doivent présenter « un apport éditorial significatif » (Code des postes et des communications électroniques, art. D18). L'hebdomadaire *Rivarol*, qui jouissait de cet agrément sans discontinuer depuis 1951, se l'est vu retirer le 4 mai 2022. Il en est allé de même pour le média *France Soir*, le 30 novembre 2022, décision cependant annulée en référé par le tribunal administratif de Paris (13 janvier 2023).

34. P. Chastenet, « Jacques Ellul et la propagande », *Cahiers de Psychologie Politique*, 38, 2021, p. 5.

dites barrières, définies au niveau national, doivent être observées en tout lieu et en toute circonstance » (art. 1^{er}, décret du 1^{er} juin 2021).

La doctrine officielle « Isoler / Détecter / Tracer », servant à lutter contre la diffusion de l'épidémie, contient en germe l'idée que chaque individu doit être suivi dans ses mouvements. Aujourd'hui cela concerne celui qui est porteur du virus, demain celui qui sera désigné comme le nouveau danger potentiel. Cette surveillance généralisée de la population est légalement établie dans d'autres domaines que la gestion de la crise sanitaire que ce soit par vidéosurveillance ou par usage de drones. Elle est même facilitée par les opérateurs privés, comme la société de télécommunications Orange qui a divulgué au gouvernement les données de géolocalisation des Français durant le premier confinement (*Le Parisien*, 26 mars 2020).

L'utilisation accrue des techniques de contrôle se retrouve dans la loi pour une sécurité globale préservant les libertés (25 mai 2021). Le concept même de « sécurité globale », constitue, selon la CNCDH, une « voie toujours plus répressive » optant pour « des moyens accrus de surveillance, sans concertation avec la société civile et sans aucun égard pour le respect des droits fondamentaux »³⁵. Dans son avis du 26 novembre 2020, elle alerte sur cette « “nouvelle donne” sécuritaire, sans consultation préalable, alors même que le texte porte atteinte à de nombreux droits fondamentaux ». Ce qui n'empêche pas la CNIL de valider l'essentiel du contenu de cette loi³⁶. Il convient d'ajouter la loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement ainsi que de nombreux décrets récents qui ouvrent la voie à l'instauration d'une technopolice au service d'une surveillance de masse³⁷. En parallèle, le gouvernement prétexte des Jeux olympiques pour faire adopter le principe même d'une vidéosurveillance algorithmique et biométrique (art. 7 du projet de loi relatif aux jeux Olympiques et Paralympiques de 2024).

35. CNCDH, communiqué de presse, 13 novembre 2020.

36. Délibération n° 2021-011 du 26 janvier 2021 portant avis sur une proposition de loi relative à la sécurité globale.

37. V. not. F. Safi, « La loi du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement, Entre pérennisation et extension de l'exception », *JCP G* 2021, p. 1768.

Le fichage de la population française est organisé par les décrets n° 2020-1510, 2020-1511 et 2020-1512 du 2 décembre 2020 qui permettent la collecte de nouvelles informations, tant sur les personnes physiques et que sur les personnes morales, et notamment l'état de santé, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, les habitudes de vie, les activités en ligne, etc. Enfin, le fichage est élargi à l'entourage de la personne principalement concernée, y compris aux enfants mineurs ou aux victimes ! À côté de cela, le gouvernement traque les internautes, et passe des marchés de presque 3 millions d'euros pour « la fourniture d'outils de *social listening* [espionnage] et de mesure d'impact sur les réseaux sociaux pour permettre au Gouvernement de détecter, analyser et mesurer les préoccupations et attentes des internautes vis-à-vis de son action »³⁸.

L'usage de l'intelligence artificielle et des techniques de reconnaissance faciale permet une analyse automatisée des images issues des caméras de surveillances ou des fichiers de police ou de justice³⁹. Les autorités sont alors capables de détecter en continu tous les événements définis comme suspects, comme un déplacement trop rapide, ou au contraire une posture trop statique, un regroupement sur la voie publique, etc. Les moyens de contrôle sont facilités par la technique, qui dispense de recourir aux services de nombreux agents publics placés derrière un écran pour avoir une vision totale. Des techniques ciblées se sont transformées en outils de contrôle de masse de l'espace public. En matière sanitaire, le port obligatoire du masque peut légalement faire l'objet d'une vidéosurveillance dite « intelligente », par détection faciale⁴⁰. L'usage de caméras thermiques visant à prendre à distance la température des passants est également

38. BOAMP, avis n° 21-47280, du 13 avril 2021.

39. L'art. R40-26 du code de procédure pénale autorise l'enregistrement d'une « photographie comportant des caractéristiques techniques permettant de recourir à un dispositif de reconnaissance faciale » (1, a) pour toute personne physique mise en cause ou faisant l'objet d'une enquête préliminaire ou de flagrance, ou sur commission rogatoire (art. 230-6 du code de procédure pénale). Le Conseil d'État, remarquant lucidement que le « nombre de personnes mises en cause enregistrées dans ce traitement [...] s'élève à plusieurs millions » (en fait, presque un Français sur trois), argue de ce fait pour justifier et valider l'usage d'un « algorithme de reconnaissance faciale » (CE 26 avril 2022, 10e chb, n° 442364).

40. Décret n° 2021-269 du 10 mars 2021 relatif au recours à la vidéo intelligente pour mesurer le taux de port de masque dans les transports.

possible: mis en œuvre par la commune de Lisses, il a été validé par le tribunal administratif de Versailles⁴¹. Le Conseil d'État a cependant mis fin à l'expérience, celle-ci consistant en un « traitement de données de santé personnelles » manifestement illégal et contraire aux art. 9, al. 3 et 35 du RGPD. Toutefois, la commission des lois du Sénat a adopté, à l'unanimité, un rapport d'information *sur la reconnaissance faciale et ses risques* qui, tout en craignant « l'avènement d'une forme de "société de la surveillance" que personne ne peut raisonnablement souhaiter » (p. 57), recommande le lancement d'une série d'expérimentations⁴².

Il y a enfin une question pratique, celle de la possibilité d'élaboration concrète d'une telle société de surveillance. Ce qui a longtemps été impossible techniquement est devenu faisable immédiatement. L'usage de codes en 2D (QR-codes) permet à la fois de lire l'information instantanément, à un coût quasi-nul pour l'État (la population est déjà équipée à ses frais par le biais des téléphones portables), et d'assurer l'authenticité de ces informations par des moyens cryptographiques aisés à mettre en place⁴³. Dès lors, l'efficacité du précédé repose sur les citoyens eux-mêmes, à savoir des individus non-formés et non-payés par l'État, assurant une mission de contrôle de l'ensemble de la population. Il en va de même du contrôle de vitesse opéré par des voitures-radar banalisées, confié à des prestataires privés, « externalisation » débutée en 2020 et généralisée en 2021, cette fois contre rémunération du citoyen délateur. S'opère un déplacement symbolique de l'autorité en charge du contrôle des lieux publics de la police vers les personnes privées.

La généralisation de l'emploi du QR code, sans date butoir et contrôle par de simples citoyens (alors que la police municipale n'est pas habilitée,

41. TA Versailles, ord., 22 mai 2020, *Ligue des droits de l'homme*, n° 2002891. Sur cette affaire, v. G. Haas, L. Goutorbe, « Covid-19: le Conseil d'État fait retomber la fièvre autour des caméras thermiques », *Dalloz IP/IT*, 2020. 636.

42. *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la reconnaissance faciale et ses risques au regard de la protection des libertés individuelles*, n° 627, 10 mai 2022.

43. Ce dont ne se soucie pas forcément le pouvoir, obligeant la CNIL à mettre en demeure une société privée stipendiée par l'État de sécuriser les données de santé collectées, 14 avril 2021.

sauf exception, à contrôler l'identité), sert des objectifs liberticides bien plus profonds et bien plus graves. La portée de la loi du 31 mai 2021 est encore incalculable, tant elle donne soudainement à la puissance publique de nouveaux moyens matériels pour réguler l'espace public dans des proportions presque totales. Il y a là une nouvelle illustration de la privatisation des moyens de l'État, typique d'une société post-moderne qui renverse le schéma libéral classique d'un resserrement de l'État sur le régalien. Désormais, le domaine régalien est délégué par le bas à des entités privées, ici pour la « vérification de concordance » des documents d'identité, ailleurs en matière de sécurité⁴⁴, de logistique, d'armement, etc., ou par le haut à des instances supranationales (en l'occurrence la gestion des vaccins renvoyée à l'Agence Européenne des Médicaments, ou celle des épidémies dévolue à l'Organisation Mondiale de la Santé⁴⁵).

Le passe sanitaire est l'archétype de cet outil de coercition d'un nouveau genre. Ludique, sûr, moderne, facile d'accès, il est de surcroît massivement utilisé et sa non-présentation a donné lieu à 2,2 millions de contraventions dressées en un an selon le ministre de l'Intérieur (*Ouest-France*, 7 avril 2021). La question financière ne doit pas être éludée avec l'infliction d'amendes très élevées (et de nombreuses condamnations), ou l'idée de faire payer leurs soins aux citoyens ou de faire reposer sur eux le coût financier collectif du danger, en l'occurrence de l'épidémie. Les sénateurs proposent une logique assurantielle pour assumer le surcoût payé par la société du fait de l'épidémie, le tout sous contrôle du numérique, pour

44. Le *Livre blanc de la sécurité intérieure*, du 16 novembre 2020, prévoit de donner la possibilité de verbaliser des délits à des agents privés, soit « Confier aux agents privés et aux personnels assermentés la possibilité de participer à des procédures simplifiées pour des préjudices faibles », en matière de vol, de délit routier, etc.

45. Le président Macron appelle d'ailleurs à une « gouvernance de la santé mondiale » par volonté de « renforcer l'OMS dans son rôle [...] d'instance normative », se disant « favorable à l'adoption [...] d'un accord international juridiquement contraignant » (Genève, 23 mai 2022). Il se prononce ainsi en faveur de la révision du Règlement sanitaire international de 2005, proposée le 12 avril 2022 (Renforcement de la préparation et de la riposte de l'OMS aux urgences sanitaires, A75/18). Dans le même ordre d'idées, le Conseil de l'UE a décidé, le 3 mars 2022, l'ouverture de négociations en vue d'un traité international sur la prévention, la préparation et la réaction en cas de pandémie.

« internaliser une fraction du coût collectif correspondant au comportement de chaque individu ou de chaque groupe de personnes »⁴⁶.

La CNIL, malgré une validation des procédés techniques de discrimination des citoyens, s'est élevée en vain contre le non-respect par le gouvernement de ses propres obligations. Sa délibération du 6 août 2021 impose une évaluation « quantifiée et objective » de l'efficacité du passe vaccinal, restée lettre morte. Dès son avis du 21 octobre 2021, elle estime qu'« il apparaît primordial que, plus de dix-huit mois après le début de la crise sanitaire et comme elle l'a rappelé dans ses trois premiers avis, des éléments concrets d'évaluation de l'efficacité [du passe] dans la lutte contre l'épidémie de Covid-19 soient portés à sa connaissance » et se désole que, « malgré ses demandes répétées, notamment dans ses précédents avis, aucun élément ne lui ait été transmis à cette fin par le Gouvernement ». Le 30 novembre 2021, elle rend un nouvel avis cinglant, selon lequel, « malgré plusieurs demandes, une telle évaluation n'a, à ce jour, pas été transmise à la CNIL. À cet égard, elle tient à souligner que l'utilisation des dispositifs précités reste conditionnée à des garanties relatives à leur efficacité ». Le pouvoir s'accoutume trop rapidement aux outils de pistage et de traçage de la population, alors même qu'il est incapable de justifier leur efficacité sanitaire.

B. Une tentation totalitaire

La tentation totalitaire est constituée d'un ensemble de pratiques et de discours au service d'une emprise toujours plus grande du pouvoir politique et d'une vision manichéenne et dogmatique. Cette tentation mobilise de nombreux aspects comme la peur, le mensonge, la propagande, la manipulation des chiffres et des images ou encore l'embrigadement des citoyens devenus agents de contrôle.

Le fait d'avoir constitué les citoyens comme gardiens de l'ordre sanitaire est une mesure inédite, propre à l'État totalitaire. En renvoyant le contrôle social sur les personnes privées (bars et restaurants, entreprises

46. *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur les crises sanitaires et outils numériques: répondre avec efficacité pour retrouver nos libertés*, n° 673, 3 juin 2021, p. 57.

de transport, etc.), l'État postmoderne se décharge d'une fonction policière sur l'ensemble de la société, où chacun devient le contrôleur de son voisin. Le non-port du masque, la non-présentation d'un laissez-passer sont autant d'occasions pour un citoyen qui s'estime vertueux de s'opposer ou de dénoncer un comportement jugé délictueux. Il y a là ce que Foucault appelait la « sanction normalisatrice » où la discipline collective punit chaque inobservation, « tout ce qui est inadéquat à la règle, tout ce qui s'en éloigne, les écarts »⁴⁷. Ainsi, bien que la conduite soit soumise à la détention d'un permis de conduire (art. R221-1-1 du code de la route), aucun citoyen ne s'enquiert de savoir si un conducteur lambda possède bien son titre. Il laisse aux autorités policières le soin de contrôler, et, si besoin, sanctionner l'abus. À l'inverse, la généralisation du passe sanitaire conduit les citoyens à s'enquérir à la fois du statut médical de l'autre (au mépris du secret médical) et de sa conformité à la règle. Il cherche ainsi à vouloir régenter sa conduite ou ses éventuels manquements à la discipline.

Cette transformation est bien sûr tributaire de la culpabilisation et de l'anxiété insufflées inconsidérément par les autorités durant l'épidémie. Le pouvoir n'a cessé d'exciter la peur des vagues successives, des variants ou des nouveaux virus, et la menace de restrictions encore plus fortes aux droits et libertés. Le chef de l'État a attisé cette frayeur pour obtenir un plus large assentiment à sa politique (« d'ici quelques mois c'est au moins 400 000 morts supplémentaires à déplorer », 28 octobre 2020), relayé par le Premier ministre (« la clé, cela ne doit pas être la peur du gendarme, mais la peur du virus », 6 décembre 2021). Avant-hier, la crainte du réchauffement climatique, hier surtout l'épouvante du virus, aujourd'hui l'angoisse d'une guerre atomique ou d'une pénurie alimentaire. Ce discours apocalyptique, appuyé sur des prédictions fantaisistes jamais réalisées mais relayé sans interruption par les médias (décompte quotidien des morts sans remise à zéro, insistance morbide sur la maladie), entretient une psychose collective. Jusqu'à 80 % des dépêches AFP ont été consacrées à ce seul sujet en mars 2020, à tel point que l'INA, dans un rapport de juin 2020, parle d'une couverture médiatique « sans précédent ». Cette psychose s'est doublée d'une factice présentation du Président comme chef de guerre,

47. M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, p. 181.

déclamant un discours martial et répétant à six reprises : « nous sommes en guerre » (6 mars 2020)⁴⁸. La mise en scène des moyens militaires, comme la création d'hôpitaux de campagne, a pour effet d'impressionner les populations et de les entretenir « en état d'alerte et de stress permanents »⁴⁹. Toutes ces pratiques ont pour objet et pour résultat d'entretenir la sidération face à une pandémie amplement exagérée⁵⁰.

Ce phénomène s'accompagne d'une logique puritaine accréditée par les pouvoirs publics opposant deux catégories de citoyens : les uns vaccinés, réputés purs, non-porteurs de maladie, et les autres, non-vaccinés, réputés impurs, sur qui repose la responsabilité de la contamination, et à qui l'on refuse l'accès aux transports, à la culture et aux lieux de loisir. Il y a là une inconcevable forfaiture qui désigne à la vindicte publique un groupe de citoyens nombreux (et amené à croître par la péremption du passe vaccinal), qualifié par dérision d'« antivax » (avec tout l'imaginaire avilissant et complotiste qui va avec), accusé de répandre la maladie. De même, le « relâchement » des citoyens est jugé constitutif d'un manquement à la discipline collective, cause du regain de l'épidémie⁵¹.

Les plus hauts représentants de l'exécutif ont prononcé des paroles dures et indignes, suscitant un climat de haine envers des citoyens pourtant innocents, préjugés être de mauvais citoyens⁵². Le ton a été donné

48. J.-N. Jeanneney, *Virus ennemi. Discours de crise, histoire de guerres*, Gallimard, 2020.

49. L. Mucchielli, *La doxa du Covid*, t. 1, *Peur, santé, corruption et démocratie*, Éolienne, 2022, p. 37.

50. Selon l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation, *Analyse de l'activité hospitalière 2020 Covid-19*, p. 2 : « Les patients COVID représentent 2 % de l'ensemble des patients hospitalisés au cours de l'année 2020, tous champs hospitaliers confondus », et 5 % des hospitalisations en soins critiques. V. également, R. Horton, « COVID-19 is not a pandemic », *The Lancet*, vol. 396, September 26, 2020, p. 874, [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6).

51. Selon la technique du « choix truqué », le citoyen est placé dans une fausse alternative, ou bien adhérer aux choix du pouvoir, ou bien subir des restrictions supplémentaires, cf. E. Augé, *Petit traité de propagande, à l'usage de ceux qui la subissent*, De Boeck, 2007, p. 114, cité par L. Mucchielli, *op. cit.*

52. Sur cet aspect, v. C. Dounot, « La démission des autorités », M.-C. Arreto, Th. Desmoulin (dir.), *L'État face au Covid-19 : dix leçons critiques de la crise sanitaire*, Cerf, à paraître.

par le président Macron lui-même, dénonçant « l'immense faute morale des antivax : ils viennent saper ce qu'est la solidité d'une nation. Quand ma liberté vient menacer celle des autres, je deviens un irresponsable. Un irresponsable n'est plus un citoyen » (*Le Parisien*, 4 janvier 2022). Le Premier ministre avoue le lendemain, devant le Sénat, avoir « une difficulté avec les non vaccinés ». En rejetant sur eux la responsabilité de l'épidémie, comme autrefois celle de la peste sur les Juifs, il ajoute ces questions rhétoriques : « Qui outrage la Nation ? Qui fracture la Nation ? [...] Cette minorité ne se conforme pas à ses devoirs de citoyens ».

Cette tentation totalitaire se retrouve en dehors du contexte sanitaire dans une logique d'accroissement continu de la sphère d'influence de l'État, et d'une diminution consécutive des libertés des citoyens. De nombreuses lois adoptées récemment viennent réduire des libertés qui n'ont rien à voir avec la santé. Ainsi de la loi confortant le respect des principes de la République dont le Conseil d'État remarquait lucidement que ses mesures « concernent pratiquement tous les droits et libertés publiques constitutionnellement et conventionnellement garantis, et les plus éminents d'entre eux : liberté d'association, liberté de conscience et de culte, liberté de réunion, d'expression, d'opinion, de communication, liberté de la presse, libre administration des collectivités territoriales, liberté de l'enseignement, liberté du mariage, liberté d'entreprendre, liberté contractuelle »⁵³. Cette loi assume « un paradoxe déconcertant : supprimer des libertés au nom de la République »⁵⁴.

En matière d'éducation, la suppression de l'instruction en famille⁵⁵, le renforcement considérable du contrôle des écoles hors contrat⁵⁶ et la mise

53. CE, *Avis consultatif sur un projet de loi confortant le respect, par tous, des principes de la République*, 3 décembre 2020, n° 401549, § 9. Voir le copieux dossier de la *Revue Française de Droit Administratif*, n° 5, 2021, abordant tous les aspects de cette loi.

54. A. Denizot, « La République contre la République », *RTD civ.* 2021, p. 946.

55. I. Corpart, « Restriction de liberté pour les familles prônant l'instruction des élèves à la maison », *AJ fam.* 2021, p. 475 ; J.-P. Camby, « Éduquer à domicile », *RFDA* 2021, p. 234.

56. Loi n° 2018-266 du 13 avril 2018 visant à simplifier et mieux encadrer le régime d'ouverture et de contrôle des établissements privés hors contrat.

au pas des écoles privées⁵⁷ constituent autant d'atteintes à la liberté de l'enseignement, qu'il faut mettre en lien avec l'extension de l'instruction obligatoire qui commence à 3 ans et non plus 6 ans⁵⁸, et s'accompagne d'une obligation de formation jusqu'à la majorité⁵⁹. Si l'on ajoute le service civique, l'embrigadement de la jeunesse au profit de l'État est presque complet.

En matière de vie associative et sportive, la loi confortant le respect des principes de la République du 24 août 2021 vient encadrer, contrôler et sanctionner davantage. Elle institue un « contrat d'engagement républicain » conditionnant la délivrance d'agrément ou de reconnaissance d'utilité publique. Elle démultiplie les possibilités de dissolution⁶⁰. Elle chamboule le droit des cultes⁶¹.

En matière de liberté d'expression, la censure et la répression des idées dissidentes atteignent leur sommet. Les lois sont de plus en plus restrictives, et prétendent même sonder les reins et les cœurs en punissant la haine. Les condamnations pleuvent, pour des motifs dérisoires ou ubuesques⁶². Des médias sont interdits de diffusion a priori par décision européenne (au détriment du droit français et du pouvoir de l'Arcom) pour le seul fait d'être financés par la Russie (*Russia Today* et *Sputnik*, Conseil UE, 1^{er} mars 2022, n° 2022/351)⁶³, et leurs avoirs sont gelés par la Direction

57. Loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, cf. N. Sild, « L'éducation », *RFDA* 2021, p. 845.

58. Loi n° 2019-791 du 26 juillet 2019 pour une école de la confiance.

59. En lieu et place des 16 ans révolus, art. L. 114-1 du code de l'éducation.

60. C. Amblard, « Dissolution administrative : une exception au principe de liberté ! », *Juris associations* 2022, n° 653, p. 31.

61. P. Delvolvé, « Les cultes », *RFDA* 2021, p. 856.

62. Six mois de prison avec sursis pour une pancarte « Mais qui ? », T. correctionnel Metz, 20 octobre 2021 ; trois mois de prison avec sursis pour l'inscription « Qui ? » sur un bob, T. correctionnel Compiègne, 11 janvier 2022. Cette interrogation « qui ? » étant considérée comme « provocation publique à la haine ou à la violence » envers la communauté juive.

63. Aux dires des spécialistes, « les motifs retenus peinent à convaincre », Gr. Weigel, « La suspension précipitée des activités de diffusion de *Russia Today* et de *Sputnik* », *Légipresse*, n° 401, mars 2022, p. 147. À l'inverse, la chaîne CGTN (China Global Television Network), qui relève de la compétence de la France pour sa diffusion en Europe depuis 2021, n'a fait l'objet d'aucune censure, malgré les

générale du Trésor. La plateforme Rumble est obligée d'interdire l'accès aux Français depuis le 1^{er} novembre 2022, sur décision du gouvernement.

La liberté d'expression des médecins a particulièrement fait l'objet d'attaques au nom d'une unanimité factice imposée par le pouvoir, tirée de la Science ou d'un prétendu consensus scientifique⁶⁴. Ainsi, le médecin ne peut exprimer que des « données confirmées » ou des « informations scientifiquement étayées », devant « se garder de présenter comme des données acquises des hypothèses non encore confirmées ». Surtout, il ne peut communiquer qu'en tenant compte « des recommandations émises par le conseil national de l'ordre » (décret n° 2020-1662 du 22 décembre 2020). Le Conseil d'État, à deux reprises⁶⁵, a validé ces restrictions, « justifiées par l'intérêt général qui s'attache à la bonne information du public sur les questions de santé », et « n'excèdent pas les limites que la protection de la santé justifie d'apporter à la liberté d'expression des médecins » (CE, n° 448293, 28 septembre 2022, cons. 3). De surcroît, les radiations du tableau de l'Ordre des médecins se multiplient à l'encontre de médecins qui n'ont fait qu'exercer leur liberté de prescription (article R4127-8 du code de la santé publique), comme celle infligée au Pr Stéphane Gayet (CHU de Strasbourg) sur plainte de l'Ordre lui-même (23 septembre 2022). Plus grave encore, les interdictions d'exercer prononcées sur le fondement de leur liberté de parole contre des médecins s'exprimant dans le cadre de leurs missions parlementaires, pourtant protégées (art. 26, al. 1^{er} de la Constitution), comme celle frappant le sénateur Alain Houpert (4 novembre 2022) ou le député Martine Wonner (25 novembre 2022). Il en va de même chez les pharmaciens, à l'instar du Dr Amine Umlil, responsable de la pharmacovigilance à l'hôpital de Cholet, révoqué de ses fonctions par le Centre national de gestion (CNG)

mises en garde d'universitaires français, cf. M. Holzman, P. Batto, « La France ne doit pas servir de base à la propagande chinoise en Europe! », *Le Figaro*, 7 mars 2021.

64. Cette volonté fait suite à celle de l'OMS de développer, pour la première fois, une stratégie de communication mondiale, cf. L. Mucchielli, « La pensée confinée. Une analyse de la fabrique de l'information légitime durant la crise sanitaire », N. Chapon, L. Mucchielli (dir.), *Le confinement. Genèse, impacts et controverses*, coll. *Sociétés contemporaines*, Presses Universitaires de Provence, 2022.

65. Il avait rejeté deux requêtes en référé-liberté, CE, réf., n° 448344 et 448367, 12 janvier 2021.

le 4 février 2023 pour « actions de propagande anti-vaccinale qui vont à l'encontre de la politique de santé publique mise en place pour faire face à la crise sanitaire du Covid-19 ».

Le Comité de scientifiques créé en 2020 s'en prend également à certains médias qui « distillent de manière répétée des informations tendancieuses ou fausses » et « mettent sur un pied d'égalité [...] des opinions scientifiquement marginales, douteuses ou erronées, et des avis largement partagés par les scientifiques » (Note d'actualisation n° 4, 19 janvier 2022). Sous un langage orwellien, le comité cherche simplement à faire taire toute voix dissonante, par l'autocensure et la maîtrise des idées, au profit d'une unique expression validée par le pouvoir politique : « Il s'agit d'insister sur l'importance d'une autorégulation des activités d'information scientifique, indispensable à une politique de santé publique favorisant l'autorégulation des citoyens ».

Le secret professionnel est de surcroît souvent mis à mal : celui des médecins, par diverses tentatives de divulgation du secret médical⁶⁶ ; celui des avocats, de moins en moins opposable par la multiplication des obligations de déclaration faisant de lui un « auxiliaire de la répression »⁶⁷ ; celui des ministres du culte, objet de nombreuses vindictes⁶⁸.

En dernier lieu, l'on peut évoquer la pratique de plus en plus fréquente de la psychiatrisation des adversaires, allant de l'étudiant qui a lancé un œuf sur le président de la République (27 septembre 2021) au Pr Fourtillan, figure de proue des opposants à l'injection d'ARNm interné deux fois en 2021, en passant par l'internement de l'homme qui avait perturbé le journal télévisé de France 2 aux cris de « Macron, démission ! »

66. Le gouvernement avait déposé un amendement octroyant aux chefs d'établissement scolaire un accès au statut vaccinal et virologique des élèves, lors de l'examen du projet de loi « vigilance sanitaire » (17 octobre 2021), amendement supprimé par les sénateurs.

67. F. Safi, « L'opposabilité du secret professionnel de l'avocat : un pas en avant, deux pas en arrière... », *Droit pénal*, n° 1, janvier 2022, étude 2, § 26.

68. Au sein de la commission des lois de l'Assemblée Nationale, un Groupe de travail sur les éventuelles suites législatives du rapport sur les abus sexuels dans l'Église entend « s'interroger sur l'unicité du régime légal du secret professionnel et sur la possibilité de distinguer différents types » (Communication, 16 février 2022, p. 16).

(4 novembre 2021) ou de celui qui a proféré des menaces de mort à son encounter (7-8 octobre 2022).

Le dernier aspect de cette société disciplinaire relève d'une logique religieuse, impliquant un discours unanime fondé sur des dogmes incriticables, des gestes imposés (le gel hydroalcoolique remplaçant l'eau bénite), et une sorte de religion civile qui distribue les droits en fonction du niveau d'adhésion du citoyen aux consignes gouvernementales. Face à la peur de la mort, les citoyens reprennent des mécanismes religieux et s'adonnent à des rituels ou des pratiques superstitieuses, comme la croyance magique en l'efficacité des panneaux et fléchages, du masque en extérieur, de la friction répétée des mains avec du gel ou en la vertu infaillible du vaccin, véritable sauveur face à la pandémie (malgré l'absence d'efficacité sur la transmission et la contamination, et la présence d'effets secondaires lourds et nombreux). Le discours stigmatisant les « antivax » s'apparente quant à lui à la recherche d'un bouc émissaire, autorisant et canalisant la violence (symbolique) et l'exclusion sociale.

En conclusion, la crise du covid amplifie et actualise un phénomène déjà à l'œuvre de transformation de la société, notamment sous l'influence de la pensée néolibérale qui postule l'effacement de la distinction entre le public et le privé, et la prise en main complète des gouvernés par les gouvernants⁶⁹. C'est ce que confirme le Pr Yuval Harari, estimant que « le covid est crucial car c'est ce qui convainc les gens d'accepter, de légitimer la surveillance biométrique totale »⁷⁰.

Au-delà des éléments incontestables d'une dictature sanitaire (anormalité de l'exercice du pouvoir, limitations drastiques des libertés, caractère temporaire des exceptions à la légalité), la présence d'éléments d'un autre ordre permet d'affirmer qu'il s'agit d'une évolution plus sensible du système dans sa globalité : état d'urgence permanent ; contrôle social inédit ; emploi massif d'une technopolice (surveillance vidéo par caméra et drones, reconnaissance faciale, outils biométriques) ; discours politiques

69. Rien d'étonnant dès lors aux déclarations absurdes des ministres, telle Mme Wagon enjoignant aux Français d'abandonner la maison au profit de l'appartement, ou de Mme Pompili recommandant de ne prendre qu'une douche par semaine, qui plus est froide...

70. Communication lors de l'Athens Democracy Forum 2020, *The New Abnormal: Reimagining Democracy*, 2 octobre 2020.

apocalyptiques; propagande incessante (mensonges, manipulations, désinformations)⁷¹. Nous assistons aux prodromes d'une sorte de totalitarisme 2.0, à prétexte sanitaire aujourd'hui, écologique, climatique ou militaire demain. Il y a surtout une propension à employer et à justifier les moyens les plus liberticides comme s'ils étaient normaux parce qu'ils sont efficaces, ou réputés tels.

Le terrible rapport sénatorial ne cesse de vanter l'usage des « outils numériques » afin de « permettre d'exercer un contrôle effectif, exhaustif et en temps réel du respect des restrictions par la population, assorti le cas échéant de sanctions dissuasives, et fondé sur une exploitation des données personnelles encore plus dérogatoire »⁷². Ces mêmes sénateurs ont déposé une proposition de loi instituant une Autorité de contrôle de l'identité numérique « permettant d'identifier les utilisateurs établis sur le territoire français de plateformes et réseaux sociaux » (n°61, 14 octobre

71. Le Pr Russell L. Blaylock, éminent neurologue américain, vient de publier une étude critique soulignant que « La pandémie de COVID-19 est l'un des événements de maladies infectieuses les plus manipulés de l'histoire, caractérisé par des mensonges officiels dans un flux sans fin dirigé par les bureaucraties gouvernementales, les associations médicales, les commissions médicales, les médias et les agences internationales », « Covid Update: What is the truth? », *Surgical Neurology International*, 2022, 13, 167.

72. *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur les crises sanitaires et outils numériques: répondre avec efficacité pour retrouver nos libertés*, n° 673, 3 juin 2021, p. 56. Il détaille: « le contrôle des déplacements: bracelet électronique pour contrôler le respect de la quarantaine, désactivation du pass pour les transports en commun, détection automatique de la plaque d'immatriculation par les radars, portiques de contrôle dans les magasins, caméras thermiques dans les restaurants, etc. ;

- le contrôle de l'état de santé, via des objets connectés dont l'utilisation serait cette fois-ci obligatoire, et dont les données seraient exploitées à des fins de contrôle;

- le contrôle des fréquentations, par exemple aller voir un membre vulnérable de sa famille alors que l'on est contagieux;

- le contrôle des transactions, permettant par exemple d'imposer une amende automatique, de détecter un achat à caractère médical (pouvant suggérer soit une contamination, soit un acte de contrebande en période de pénurie), ou encore la poursuite illégale d'une activité professionnelle (commerce, etc.) en dépit des restrictions ».

2021). Il s'agit pour eux d'abonder dans le sens de l'histoire, celui de l'Union européenne, avec le développement du portefeuille européen d'identité numérique contenant tous les aspects de la vie sociale (identification, moyens de paiement – monnaies virtuelles –, accès à internet, titre de transport, dossier médical...). Le Parlement européen et le Conseil de l'UE ont trouvé un accord pour une Législation sur les services numériques (23 avril 2022) prévoyant la création de cet « espace numérique sûr et ouvert »⁷³.

Il convient dès lors de prendre au sérieux la menace d'institution d'une société de surveillance, quelle que soit la bonté du prétexte. La CNIL a mis en garde contre « le risque d'accoutumance et de banalisation de tels dispositifs attentatoires à la vie privée et de glissement, à l'avenir, et potentiellement pour d'autres considérations, vers une société où de tels contrôles deviendraient la norme et non l'exception »⁷⁴. Elle n'a, pour l'instant, pas été entendue, et risque de ne pas l'être du tout.

Dans un langage technocratique, le rapport du Sénat donne le ton : « des technologies intrusives sont nécessaires, et des traitements de données dérogatoires aussi : il s'agit en effet de croiser des données personnelles, y compris des données sensibles relatives à l'état de santé, avec des données de géolocalisation et des données bancaires. Rien d'impossible techniquement »⁷⁵. Au-delà d'une simple gestion de crise sanitaire, le but ultime est bien la société de surveillance, et c'est pourquoi les sénateurs recommandent comme chantiers législatifs à venir « l'identité numérique, du numérique en santé, et plus largement de tout ce qui permet d'aller vers un État-plateforme, dont la flexibilité permettra de réagir plus efficacement à toute situation de crise »⁷⁶. Cet État-plateforme n'est qu'un enfer totalitaire digne de la série d'anticipation *Black Mirror*.

73. <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/04/23/digital-services-act-council-and-european-parliament-reach-deal-on-a-safer-online-space/>.

74. Délibération n° 2021-097 du 6 août 2021 portant avis sur un projet de décret modifiant le décret n° 2021-699 du 1^{er} juin 2021.

75. *Rapport d'information fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective sur les crises sanitaires et outils numériques : répondre avec efficacité pour retrouver nos libertés*, n° 673, 3 juin 2021, p. 126.

76. *Id.*, p. 127.