

**FIGAROVOX/TRIBUNE** - En pleine résurgence de la crise du Covid-19, le pouvoir politique prend des mesures drastiques pour enrayer l'épidémie. Le professeur de droit s'inquiète du délitement de l'État de droit au profit du politique dans la gestion de cette crise.

*Professeur de droit à Paris I, Muriel Fabre-Magnan est l'auteur de nombreux ouvrages de droit. Elle publie, entre autres, [L'institution de la liberté](#) (PUF, octobre 2018).*

Les scientifiques se plaignent souvent de l'inculture générale dans leur discipline, mais l'inculture juridique est également patente, et peut-être plus problématique encore. On entend ainsi régulièrement accuser l'État de droit d'être la source de tous les maux contemporains, au point qu'il faudrait s'efforcer de l'affaiblir.

Mais l'État de droit n'est pas le respect de la hiérarchie des normes ; il n'est pas responsable de la dérive des droits de l'homme, des empiètements de l'Union européenne sur la souveraineté des États-Nations, et encore moins des excès de zèle bureaucratiques et technocratiques. L'État de droit est fondamentalement le contraire de l'arbitraire, que celui-ci résulte d'une absence d'État ou au contraire d'un abus de pouvoir par l'État.

Or depuis deux ans, la saga juridique autour du Covid-19 à laquelle nous assistons illustre – *ad nauseam* – le remplacement du droit par l'arbitraire du pouvoir. En cette période de crise sanitaire, les décisions politiques sont certes sans aucun doute particulièrement difficiles à prendre, tant l'articulation entre des objectifs divers et parfois antinomiques est délicate, que ce soit les enjeux de santé publique, la préservation des libertés individuelles, la soutenabilité du système public hospitalier, ou encore le maintien des activités économiques. Mais, précisément, le respect des principes et des procédures minutieusement forgés par le droit serait plus que jamais nécessaire.

En d'autres termes, si la situation que nous vivons actuellement est très préoccupante, c'est bien parce qu'elle est symptomatique du délitement de l'État de droit.

## **La confusion des places et l'atteinte à la séparation des pouvoirs**

L'État de droit suppose d'abord une séparation des pouvoirs. L'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 le dit avec une force particulière : « *toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Une société démocratique ne peut prétendre être constituée sans séparation des pouvoirs. Car, comme l'avait si bien théorisé Montesquieu, « *pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* ». Or nous assistons au contraire aujourd'hui à la concentration du pouvoir, et à la prétention de certains à occuper toutes les places.

L'hyper-présidentialisation du régime conduit ainsi à neutraliser le parlement. Elle est encore accrue par le renoncement des juridictions supérieures (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation) qui, tétanisées par les risques sanitaires, ont validé et cautionné pour l'essentiel toutes les décisions gouvernementales.

Dès mars 2020, a été instauré un Conseil scientifique Covid-19 qui a immédiatement rendu des arbitrages de type politique, au lieu de se contenter, ce qui serait bien plus précieux et qui fait cruellement défaut, d'un état des lieux scientifique objectif. Cet abus de pouvoir ayant été justement dénoncé, l'exécutif a redressé la barre et veillé à ce que ce soit désormais le Conseil de défense

sanitaire (autre mécanisme d'exception conduisant à déroger au fonctionnement régulier des institutions) qui annonce les décisions de nature politique.

La même dérive est flagrante au comité d'éthique. Cette institution a pour rôle de donner son avis sur le point de vue moral des questions, pas de seconder le gouvernement en lui apportant sur un plateau une justification pour son action politique. Il aurait certes fallu nommer un autre président que le président actuel qui a avoué son incompetence pour la fonction en affirmant : « *Je ne sais pas ce que sont le bien et le mal* ». Tel est pourtant précisément le rôle du comité d'éthique, comme l'affirme expressément le Décret n°83-132 du 23 février 1983 portant création d'un Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé. Selon l'article 1<sup>er</sup> de ce décret, le comité a en effet « *pour mission de donner son avis sur les problèmes moraux qui sont soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé, que ces problèmes concernent l'homme, des groupes sociaux ou la société tout entière* ». Or comme le disait Cambacérès, « *la morale est le sentiment du juste et de l'injuste, du bien et du mal, de l'honnête et du déshonnête* ». Le pluralisme des valeurs, qui est sans conteste l'un des acquis de nos sociétés contemporaines, ne signifie pas la disparition des valeurs et de la morale. La recherche du bien et du mal est certes souvent tâtonnante, certes elle suppose de douter avant de trancher, et aussi la conscience d'un certain relativisme culturel, mais on ne peut faire société sans accord sur un socle de valeurs communes.

## **Le reniement de la liberté**

Les partis politiques, et en particulier la gauche, avaient déjà abandonné les questions de souveraineté et de sécurité à l'extrême-droite. Celle-ci voit désormais tomber également dans son escarcelle la défense des libertés fondamentales. Les politiques feraient bien d'y réfléchir très sérieusement en cette période électorale troublée.

S'il est une chose certaine en régime démocratique, c'est que la liberté est le principe et les atteintes à la liberté l'exception. Les règles juridiques qui encadrent ces atteintes à la liberté sont très claires et incontestables : nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés fondamentales des restrictions qui ne seraient pas tout à la fois justifiées et proportionnées par rapport au but recherché.

Or, depuis le début de la pandémie, les atteintes aux libertés ont été au contraire marquées par la démesure et la disproportion.

La dernière décision du gouvernement de transformer prochainement le passe sanitaire en passe vaccinal en est un exemple flagrant. Si l'objectif est d'établir un certificat permettant de limiter la propagation de l'épidémie, comment justifier que quelqu'un qui viendrait de se faire tester et dont le test est négatif serait plus dangereux que le détenteur d'un passe vaccinal qui, comme il est aujourd'hui scientifiquement avéré, peut être porteur du virus ? Les plus hautes juridictions de notre pays se déshonorerait à ne pas s'opposer fermement à une atteinte aussi patente au principe de proportionnalité.

Les juridictions doivent aussi, selon la formule connue des juristes, restituer aux faits leur exacte qualification. Or ce qui est mis en place désormais par le gouvernement est une obligation vaccinale qui ne dit pas son nom. Le ministre de la santé a ainsi récemment reconnu devant un média que « *le passe vaccinal est une forme déguisée d'obligation vaccinale* ». Mais s'il s'agit d'une obligation et non plus d'une simple possibilité offerte aux citoyens, le gouvernement doit, au nom du principe de

proportionnalité, apporter des preuves additionnelles. Il doit faire la démonstration que cette atteinte supplémentaire à la liberté individuelle et à l'intégrité corporelle est nécessaire pour l'objectif qu'il s'est fixé – faire disparaître le virus ou au moins en limiter la circulation. S'agissant du premier objectif, les scientifiques les plus sérieux reconnaissent qu'il est illusoire. Le Professeur Alain Fischer, président du Conseil d'orientation de la stratégie vaccinale, a ainsi affirmé que « *La probabilité d'éradication est quasi-nulle. Dans l'histoire moderne microbiologique, le seul virus éradiqué, après des efforts colossaux de vaccination, c'est la variole* ». Quant à la circulation du virus, là encore selon l'avis des spécialistes, l'avenir probable du virus est de devenir, comme la grippe, un phénomène endémique et moins létal. Toujours selon Alain Fischer, « *l'hypothèse la plus probable* » est « *qu'il s'atténue et qu'il se comporte comme les autres coronavirus, en nous donnant de simples rhumes* ».

L'instauration d'un passe vaccinal ne permettrait plus de dire que les personnes ont encore le choix, dès lors qu'elles seraient désormais privées d'activités essentielles pour leur vie quotidienne ou professionnelle. Nous avons essayé de montrer ailleurs (*L'institution de la liberté*, PUF, 2018) le danger de ces manipulations de la liberté et du consentement, et la pente totalitaire où engage leur usage abusif. Le mécanisme est explicité par O'Brien dans le terrifiant *1984* d'Orwell : « *Nous ne nous contentons pas d'une obéissance négative, ni même de la plus abjecte soumission. Quand, finalement, vous vous rendez à nous, ce doit être de votre propre volonté* ».

Certes les droits et libertés doivent être mis en balance avec d'autres intérêts publics, mais cette mise en balance ne signifie pas que ces droits et libertés doivent toujours céder devant les raisons de sécurité et de santé. Même lors de la "première vague", c'est-à-dire lorsque l'on ignorait encore les modes de contamination du virus, il est absolument et radicalement inadmissible d'avoir empêché certains d'assister à l'enterrement d'un membre de leur famille. Ce dernier exemple est l'un des signes d'une autre pathologie institutionnelle de notre temps : l'effondrement éthique.

## **L'effondrement éthique**

Traditionnellement, la bioéthique était aussi gouvernée par un principe de proportionnalité. Ainsi, l'importante loi Huriet du 20 décembre 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales affirma qu'« *aucune recherche biomédicale ne peut être effectuée sur l'être humain [...] si le risque prévisible encouru par les personnes qui se prêtent à la recherche est hors de proportion avec le bénéfice escompté pour ces personnes ou l'intérêt de cette recherche* ». Surtout, elle ajoutait que « *les recherches biomédicales sans bénéfice individuel direct ne doivent comporter aucun risque prévisible sérieux pour la santé des personnes qui s'y prêtent* ».

Une des lois bioéthiques ultérieures, la loi du 9 août 2004, a abrogé tout le chapitre consacré aux recherches sans bénéfice individuel direct. Elle substitua à cette formulation très claire une distinction absconse entre les « *recherches interventionnelles* » (ou non), définies comme celles « *qui comportent une intervention sur la personne non justifiée par sa prise en charge habituelle* ». A ainsi été noyée l'exigence éthique fondamentale qu'une atteinte à l'intégrité corporelle ne peut être justifiée si elle est hors de proportion avec le bénéfice individuel direct de la personne. A été de surcroît supprimée la règle susvisée selon laquelle, en l'absence de bénéfice individuel direct, l'intervention ne doit comporter aucun risque prévisible sérieux pour la santé des personnes.

Progressivement, nos exigences éthiques s'amenuisent, avec le soutien du comité d'éthique qui, petit pas par petit pas, accompagne le mouvement.

Déjà, si on y regardait de plus près, la formule de la loi Huriet était à certains égards problématique. En effet, mettre en balance un risque prévisible encouru par une personne qui ne retire aucun bénéfice direct d'une expérimentation avec l'intérêt d'une recherche est une atteinte directe à l'impératif catégorique kantien selon lequel il faut agir « *de telle sorte que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen* ».

La présente crise sanitaire risque de nous faire franchir encore un pas supplémentaire.

Il faut préciser au préalable ce dont on parle ici. L'une des conditions d'un débat serein est en effet de s'entendre, et donc d'explicitier, les faits à partir desquels on raisonne. Sur le vaccin, sans être scientifique, on tient ici pour acquis qu'il est raisonnablement efficace et qu'il est donc avantageux, pour les adultes, dans un bilan bénéfices/risques, de se vacciner. Toujours dans une interprétation favorable à la vaccination, on peut admettre, comme la majorité des scientifiques semblent le dire, que les effets secondaires immédiats connus, dont il ne faut certes pas sous-estimer la gravité, ne sont cependant pas d'une ampleur telle qu'il faille déconseiller formellement le vaccin.

Restent les effets négatifs potentiels de plus long terme. Toute personne qui affirmerait que le vaccin n'aura aucun effet négatif grave dans le long terme perdrait immédiatement toute crédibilité et ferait la preuve d'une grande ignorance. Faut-il égrener toutes les affaires où on a découvert ultérieurement un grave risque pour la santé qu'on ignorait au moment où le produit a été utilisé ou inoculé : le Distilbène, l'encéphalopathie spongiforme bovine (la "vache folle"), le sang contaminé, l'amiante, le Mediator, etc., etc. ? Peut-on sérieusement dire (ce qu'on a fait sans sourciller à toutes les époques...) qu'avant on ne savait pas, mais que maintenant on sait tout ? La liste des affaires citées montre que, s'il y a une certitude pour les juristes, c'est que le mépris et l'abandon des règles éthiques finissent toujours devant les tribunaux par des procès en responsabilité. Comme l'avait si bien dit Catherine Labrusse-Riou, « *les procès déjouent les convenances étouffantes du consensus et font apparaître la relativité du progrès, l'incertitude des données scientifiques, la conscience du risque à ne pas prendre* ». Il y aurait, à ce propos, un chapitre supplémentaire à ouvrir sur les contrats conclus avec les laboratoires pharmaceutiques, et la façon dont on les laisse tirer profit de façon exorbitante de la situation sans qu'ils aient à assumer les risques corrélatifs (les médias disent l'inverse avec assurance, mais il n'y a pas la place de développer ici ce débat plus technique), alors même qu'ils ont reçu pour les produire des subventions publiques.

La question morale et juridique qui se pose consiste alors à savoir ce qu'il convient de faire quand on ne sait pas.

Pour les enfants de moins de 12 ans, pour lesquels les scientifiques disent, dans leur très grande majorité, que sauf pour ceux présentant quelques comorbidités, le risque individuel de décès est quasiment nul, comment éthiquement justifier leur vaccination obligatoire ?

Par une mascarade, le pouvoir en place déguise la réalité et nie officiellement qu'il s'agisse d'une obligation. Le Comité Consultatif National d'Éthique, répondant le 16 décembre 2021 au Ministère des Solidarités et de la Santé sur les enjeux éthiques de la vaccination des enfants de 5 à 11 ans contre la Covid-19, ose quant à lui affirmer, pour donner son feu vert à cette vaccination, que « *la ligne directrice dans cette réflexion éthique du CCNE a été dictée par le bénéfice individuel de l'enfant* », même s'il insiste tout de même sur le fait qu'elle ne doit être ni obligatoire ni incluse dans un passe sanitaire.

La vraie raison qui motive en réalité le gouvernement (et il faut bien le dire une partie importante de la population) est d'éviter que les adultes de leur entourage soient contaminés, car il semble avéré que les enfants sont une source importante de contamination. Il s'agirait donc essentiellement, par la vaccination des enfants, de protéger la population générale.

L'acceptation d'un tel raisonnement est le signe d'un affaissement considérable de la morale. Les esprits sont désormais tellement habitués à l'utilitarisme et à l'importation des raisonnements marchands dans tous les domaines de la vie, qu'on ne comprend plus ce que Kant appelait la dignité de la personne humaine. Arthur Koestler l'a redit de façon plus sombre, car il a vécu dans sa chair l'abandon de ce principe. Dans son livre majeur, *Le Zéro et l'Infini*, il affirmait qu'« *il n'y a que deux conceptions de la morale humaine et elles sont à des pôles opposés* » : l'une d'elles « *déclare l'individu sacré, et affirme que les règles de l'arithmétique ne doivent pas s'appliquer aux unités humaines – qui, dans notre équation, représentent soit zéro, soit l'infini* » ; l'autre conception « *part du principe fondamental qu'une fin collective justifie tous les moyens, et non seulement permet mais exige que l'individu soit en toute façon subordonné et sacrifié à la communauté – laquelle peut disposer de lui soit comme d'un cobaye qui sert à une expérience, soit comme de l'agneau que l'on offre en sacrifice* ».

À nouveau si nous étions certains que la vaccination des enfants pouvait mettre fin à la pandémie, ou à tout le moins certains qu'il n'y a aucun risque pour eux à long terme, leur vaccination obligatoire pourrait être envisagée, comme c'est le cas pour d'autres vaccins. Mais qui oserait soutenir publiquement qu'il en est ainsi pour le présent vaccin ?

## **De la valeur des principes**

Certains se diront que tout cela n'a pas d'importance, que nous vivons dans une démocratie et qu'il n'y a donc rien à craindre, ou encore qu'il est nécessaire d'en passer par là pour se débarrasser du virus. Leur seule ligne théorique est le pragmatisme, et les impératifs catégoriques kantien sont rejetés comme appartenant à une époque révolue, ou éventuellement à un choix moral individuel et subjectif.

Ils confondent en réalité pragmatisme et utilitarisme, car cette morale qu'ils pratiquent couramment, et qui semble aujourd'hui la seule audible, est une mise en balance généralisée des intérêts en présence. La seule rationalité de l'être humain serait celle du bilan coûts/avantages.

Une telle balance est cependant bien fruste, qui néglige dans ses pesées et ignore dans ses calculs l'essentiel, car l'essentiel est toujours ce qui ne se compte pas. Comment compte-t-on le sacrifice imposé aux jeunes, dans une période de la vie déjà marquée par la fragilité ? Comment compte-t-on les conséquences sur les enfants en bas-âge du port du masque, par eux ou par leur entourage ? Comment compte-t-on la détresse existentielle des personnes qui n'ont pu enterrer leurs proches ?

Le résultat de leurs calculs n'est alors pas très convaincant. Si vraiment l'objectif était de vacciner le plus de monde possible, comment expliquer qu'il n'y ait pas eu une levée des brevets pour les pays pauvres ? Comment prétendre déceimment qu'il s'agit de préserver le système de santé quand depuis des années celui-ci a été l'objet d'une casse méthodique ?

Notre démocratie n'est pas un acquis irréversible. Elle est faite du respect de règles ou, comme le dit Olivier Jouanjan dans son magistral dernier livre (*Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, 2017), d'un minimum de formes. Sans le respect de la séparation des pouvoirs, du principe de liberté, ou dans d'autres domaines encore de la présomption d'innocence, la

démocratie n'est plus garantie. On ferait bien de le méditer avec le minimum d'humilité qui convient. Quand, abstraction faite des autres questions, les médias et les politiques se précipitent pour moquer le tribunal constitutionnel polonais au motif que ses juges sont nommés par le pouvoir politique, on ferait mieux de se renseigner d'abord sur le mode de nomination de nos propres juges constitutionnels. Qu'aurait-on dit ainsi d'une cour constitutionnelle polonaise, hongroise, ou russe, dont les anciens présidents de la République seraient membres à vie ?

Or ce "deux poids deux mesures" se paye. L'absurdité des mesures privatives de libertés et la multiplication des règles punitives et vexatoires se payent. L'instauration d'une mise à l'index des non vaccinés et d'une division entre les citoyens se paye. Les atteintes à la liberté, la démission de nos juridictions supérieures face aux abus de pouvoirs, la pérennisation de l'état d'exception se payent aussi.

Le prix de tout cela est même en réalité très cher : la délégitimation du droit et de nos institutions.

Ceux qui nous gouvernent portent une très lourde responsabilité. En même temps qu'ils proclament la nécessité du rétablissement de l'autorité, de la verticalité, et de la République, ils contribuent à dissoudre un peu plus un droit déjà fortement fragilisé.

L'heure est grave. Faut-il expliquer ce qu'il advient d'une société où le droit n'est plus légitime ?