



N° 3, 2020, Vol. 63
Issue 3, 2020, Vol. 63

JOURNAL DE
MÉDECINE LEGALE
DROIT MEDICAL
VICTIMOLOGIE
DOMMAGE CORPOREL
Expertise - Déontologie - Urgences
JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE

N° 1, 2020, Vol. 7 de la série F
Issue 1, 2020, Vol. 7 of the series F

DROIT, SANTÉ ET SOCIÉTÉ
SÉRIE "E" DU JOURNAL DE MÉDECINE LEGALE
A SERIES "E" OF THE FRENCH JOURNAL OF FORENSIC MEDICINE
LAW, HEALTH & SOCIETY

SOMMAIRE
CONTENTS

COVID 19 : LA PEUR DES VIRUS, DÉCIDER FACE À L'URGENCE

COVID 19: FEAR OF VIRUSES, MAKING URGENT DECISIONS

3

COVID-19 :
VERS UN NOUVEAU MONDE ?
UNE ANALYSE DE LA PANDÉMIE
À TRAVERS LE REGARD
DES SCIENCES SOCIALES
ET HUMAINES

*Covid-19: towards a new world? Analysis
of the pandemic from the point of view
of social and human sciences*

Yves SAINT-GEOURS

4

LA PANDÉMIE DE COVID-19 :
UN CHOC SALUTAIRE DANS
LE CONTEXTE D'UNE CRISE
DE L'URGENCE, DE L'AUTORITÉ
ET DE LA LIBERTÉ ?

*The Covid-19 pandemic: a salutary shock
in the context of a crisis of emergency,
authority and freedom?*

Christian BYK

11

LA PERCEPTION
DES CAUSES DES ÉPIDÉMIES
PAR LES POPULATIONS
ET LES POUVOIRS PUBLICS,
DE LA FIN DU XVII^e SIÈCLE À LA
PREMIÈRE GUERRE MONDIALE

*Causes of epidemics as perceived by
populations and public authorities from late
17th century to the First World War*

Vincent-Pierre COMITI

19

LA PANDÉMIE DE COVID-19
OU LE DIALOGUE ENTRE
HISTOIRE ET PHILOSOPHIE

*The covid-19 pandemic or the dialogue
between history and philosophy*

Anne Marie MOULIN

AVANT-PROPOS
FOREWORD

INTRODUCTION

HISTOIRE DE VIRUS, HISTOIRE DE PEURS
HISTORY OF VIRUSES, HISTORY OF FEARS

25

L'ADAPTATION
DU SYSTÈME
DE SANTÉ FRANÇAIS
FACE À LA PANDÉMIE
DE COVID-19
PAR LE DÉVELOPPEMENT
DES USAGES
DE LA TÉLÉMÉDECINE

*Adapting the French healthcare system to the
covid-19 pandemic through the development
of telemedicine uses*

Amandine CAYOL

31

L'ÉGALITÉ D'ACCÈS AUX SOINS
OU LA PRISE EN CHARGE
SANITAIRE DES PERSONNES
ÂGÉES DÉPENDANTES
EN PÉRIODE DE PANDÉMIE

*Equal Access to Care or Health Care for
Dependent Older Persons in Times of
Pandemic*

Guylène NICOLAS

41

LES MESURES NORMATIVES
DE LA POLITIQUE SANITAIRE
DE LUTTE CONTRE LA
PANDÉMIE DE COVID-19
AU BRÉSIL : LES INTERACTIONS
ENTRE L'ACTION DU
GOUVERNEMENT FÉDÉRAL
ET CELLE DES ÉTATS

*Standard measures of health policy in the fight
against the pandemic of covid-19 in brazil:
interactions between federal government
policies and states policies*

Fernando AITH

LA PRISE DE DÉCISION ET LA POLITIQUE SANITAIRE
DECISION-MAKING AND HEALTHCARE POLICIES

LES SYSTÈMES DE SANTÉ FACE AUX ÉPIDÉMIES

49L'AVENIR DES SYSTÈMES
DE SANTÉ APRÈS LE VIRUS :
REGARDS CROISÉS FRANCE
ET BRÉSIL*The future of health systems after the virus:
views between France and Brazil***Fernanda ZHOURI****58**LA RÉPUBLIQUE D'IRLANDE
FACE À L'ÉPIDÉMIE
DE CORONAVIRUS*The Republic of Ireland facing the coronavirus
epidemic***Antoine MASDUPUY****63**LE SAVANT ET LE POLITIQUE.
LA PRISE DE DÉCISION
EN TEMPS DE PANDÉMIE :
QUE S'EST-IL PASSÉ AU QUÉBEC
(CANADA) ?*The scientist and the politician. The decision-
making process during the Covid-19
pandemic: what happened in the Quebec
province (Canada)?***Michèle STANTON-JEAN****68**L'UTILISATION DES DONNÉES
MOBILES DANS LA LUTTE
CONTRE LA COVID 19 :
UNE OCCASION RÊVÉE POUR
LA COOPÉRATION SANITAIRES
EUROPÉENNE*The use of mobile data to fight Covid-19:
A golden opportunity for European health
cooperation***Nathalie DEVILLIER****75**L'APRÈS COVID : REPENSER
LA DÉMOCRATIE EN SORTANT
DE LA FASCINATION
NUMÉRIQUE*Post-COVID: Rethinking Democracy
Out of the Digital Fascination***Eric DACHEUX et Daniel GOUJON****85**POURQUOI L'APPLICATION
STOPCOVID NE PARVIENT-ELLE
PAS À TRADUIRE L'INTÉRÊT
GÉNÉRAL ?*Why does StopCovid app fail to translate
the idea of general interest?***Virginie TOURNAY****90**STOPCOVID, UN NOUVEAU
VIRUS POUR LA VIE PRIVÉE ?
Stopcovid, a new virus for privacy?**Catherine BOURRILLON****98**L'ÉMERGENCE DES OUTILS
NUMÉRIQUES DANS
LE CONTEXTE D'ÉTAT
D'URGENCE SANITAIRE.
ENJEUX ET CONDITIONS
D'APPLICATION FACE AU DROIT
AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE*Digital tools and public health emergency.
Issues and conditions of application with
regard to the right to privacy***Alejandra DELFIN ROSSARO
et Emmanuelle RIAL-SEBBAG****105**INTERVIEW
DU PR EMMANUEL HIRSCH*à propos de la publication du livre
Pandémie 2020 – Éthique, société, politique
(Les éditions du Cerf, Paris)***par Christian BYK****108 RECOMMANDATIONS AUX AUTEURS** *INSTRUCTIONS TO AUTHORS***3^e de couverture / 3rd of Cover** *BULLETIN D'ABONNEMENT* *SUBSCRIPTION FORM*



COVID-19 : VERS UN NOUVEAU MONDE ? UNE ANALYSE DE LA PANDÉMIE À TRAVERS LE REGARD DES SCIENCES SOCIALES ET HUMAINES

AVANT-PROPS

*COVID-19: TOWARDS A NEW WORLD? ANALYSIS
OF THE PANDEMIC FROM THE POINT OF VIEW
OF SOCIAL AND HUMAN SCIENCES*

Yves SAINT-GEOURS*

Comme l'a souligné avec justesse Madame Audrey Azoulay, directrice générale de l'UNESCO, « l'épidémie de Covid-19... résonne profondément au cœur de la mission de l'UNESCO. La Covid-19 nous dit (en effet) que la coopération scientifique est essentielle lorsqu'il s'agit de traiter un problème de santé publique mondial. Elle nous dit qu'il faut assurer une éducation continue, alors que tant d'enfants aujourd'hui ne peuvent pas aller à l'école. Elle nous rappelle brutalement l'importance d'une information de qualité et fiable, à une époque où les rumeurs sont florissantes. Elle nous parle du pouvoir de la culture et de la connaissance pour renforcer le tissu humain et la solidarité, à une époque où tant de personnes dans le monde doivent garder une distance sociale et rester à la maison. »

La pandémie de Covid-19 constitue, au-delà de la crise sanitaire qu'elle engendre, un traumatisme humain, social, économique et culturel, dont le poids s'ajoute à celui des profondes mutations qui affectent l'humanité. Il est nécessaire de mobiliser l'ensemble des sciences sociales et humaines pour rechercher et analyser les premiers éléments de cet événement planétaire et sans aucun précédent, afin d'apporter à tous les acteurs de la lutte contre cette pandémie des pistes de réflexion susceptibles d'orienter positivement leurs décisions. Christian Byk a raison lorsqu'il écrit : « le premier guide de toute politique visant à lutter contre les épidémies

est sans doute de se rappeler que celles-ci n'ont pas qu'une dimension médicale. Elles constituent un tout incluant une dimension historique, économique, sociale et culturelle, qui contribue également à orienter les choix conduisant à l'élaboration d'une politique sanitaire. » Or, en ce début du XXI^e siècle, ces choix doivent se faire à un moment où nos sociétés font face à d'importantes transformations sociales. Les épidémies catalysent les effets de ces changements et nous mettent au pied du mur, en nous interrogeant dans l'urgence sur ce qui viendra après.

L'État survivra-t-il comme vecteur de la société ? Avons-nous des modalités alternatives de gouvernement ? Quels modes de vie seront les nôtres demain ? Nous faudra-t-il renoncer à ce qui nous a apporté sécurité et confort matériels ? Que sauvegarderons-nous alors de nos libertés : l'autonomie et sa quête perpétuelle d'épanouissement individuel, un espace limité de liberté relationnelle, mais construit sur le respect d'autrui et une solidarité active, ou la capacité de s'adapter à toutes les situations par la gestion de l'urgence ?

C'est le rôle et le devoir de la Commission nationale française pour l'UNESCO d'apporter sa contribution à ces interrogations et au débat qu'elles doivent susciter. C'est pourquoi, je remercie chaleureusement l'ensemble des contributeurs du présent ouvrage d'avoir permis à la CNFU de porter ce message de connaissance et d'expérience pluridisciplinaire au service d'un idéal universel toujours en construction. ■

* Ambassadeur (e.r),
Président de la Commission nationale française pour l'UNESCO



INTRODUCTION

LA PANDÉMIE DE COVID-19 : UN CHOC SALUTAIRE DANS LE CONTEXTE D'UNE CRISE DE L'URGENCE, DE L'AUTORITÉ ET DE LA LIBERTÉ ?

*THE COVID-19 PANDEMIC: A SALUTARY SHOCK
IN THE CONTEXT OF A CRISIS OF EMERGENCY,
AUTHORITY AND FREEDOM?*

Christian BYK

RÉSUMÉ

Le premier guide de toute politique visant à lutter contre les épidémies est sans doute de se rappeler que celles-ci n'ont pas qu'une dimension médicale. Elles constituent un tout incluant une dimension historique, économique, sociale et culturelle qui contribue également à orienter les choix conduisant à l'élaboration d'une politique sanitaire. Or, à l'aube du XXI^e siècle, ces choix doivent se faire à un moment où nos sociétés font face à d'importantes transformations sociales et les épidémies catalysent les effets de ces changements, et nous mettent au pied du mur en nous interrogeant dans l'urgence sur ce qui viendra après. L'État survivra-t-il comme vecteur de la société ? Avons-nous des modalités alternatives de gouvernement ? Quels modes de vie seront les nôtres demain ? Nous faudra-t-il renoncer à ce qui nous a apporté sécurité et confort matériels ? Que sauvegarderons-nous alors de nos libertés : l'autonomie et sa quête perpétuelle d'épanouissement individuel, un espace limité de liberté relationnelle mais construit sur le respect d'autrui et une solidarité active ou la capacité de s'adapter à toutes les situations par la gestion de l'urgence ?

MOTS-CLÉS

Pandémie, Covid-19, Politique sanitaire, Urgence, Autorité, Liberté.

ABSTRACT

The first guide to any policy aimed at fighting epidemics is undoubtedly to remember that they do not only have a medical dimension. They constitute a whole including a historical, economic, social and cultural dimension which also contributes to guiding the choices leading to the development of a health policy.

However, at the dawn of the 21st century, these choices must be made at a time when our societies are facing major social transformations. And epidemics are catalyzing the effects of these changes and putting us urgently at the wall by questioning ourselves on what will come next. Will the State survive as a vector of society? Do we have alternative forms of government? What lifestyles will ours be tomorrow? Will we have to give up what has given us material security and comfort? What will we then safeguard from our freedoms: autonomy and its perpetual quest for individual fulfillment, a limited space of relational freedom but built on respect for others and active solidarity or the ability to adapt ourselves all situations through emergency management?

KEYWORDS

Pandemic, Covid-19, Health policy, Emergency, Authority, Freedom.



L'ÉMERGENCE D'UNE NOUVELLE ONTOLOGIE SOCIALE

La pandémie de Covid-19, comme d'autres risques sanitaires ou événements qui dérèglent brutalement le fonctionnement ordinaire de nos sociétés, joue un rôle de catalyseur des transformations sociales. Elle nous fait prendre conscience de ce qui n'était encore pour beaucoup qu'une impression latente et diffuse, et mobilisant nos peurs et nos angoisses, elle nous « invite » à des choix déchirants, mais qu'en partie les circonstances ont déjà réglés.

Nous croyions être à l'image de ce que nos modes de pensée et les médias nous rapportaient. Nous avions déjà basculé dans un au-delà que nous révèle la force des mesures prises pour nous faire passer l'épreuve de la pandémie. Ces mesures sont d'abord justifiées par une urgence, d'autant plus réelle que nous nous étions mal préparés à faire face(1). Mais, au fur et à mesure où nous faisons connaissance avec le virus tel qu'il est, nous nous installons dans l'urgence, la variabilité étant uniquement celle des actions que l'autorité publique prend pour s'adapter à l'évolution de la pandémie. C'est la politique de « la résilience », une manière de trouver des biais pour déjouer un virus qui est toujours présent et auquel d'autres succèderont. Et, cette adaptation des gouvernements à une flexible politique et des citoyens à une intériorisation subjective de la réalité pandémique pourrait, si elle perdurait dans le temps de l'épidémie, être la clé d'une possible réussite de la politique sanitaire de pays européens comme l'Italie, voire... la France. Il y aurait là, bien sûr, des causes historiques, culturelles, sociologiques, voire mythiques (les qualités d'un peuple ne se mobilisent vraiment que dans des circonstances exceptionnelles !) à cela. Mais, nous faisons l'hypothèse que l'urgence rythme déjà suffisamment notre vie sociale pour nous y être accoutumés, y compris dans l'opposition, la rébellion à son égard. Nous sommes entrés dans une société, une économie de l'urgence, de l'immédiateté, de l'impulsivité, des passions. Et nous avons déjà admis que c'est dans ce cadre que nos libertés s'exercent(2)

I. DE L'URGENCE CONTINGENTE

L'état d'urgence a une histoire et une pratique, qui démontrent qu'il s'agit d'un cadre juridique temporairement nécessaire pour lutter contre une grave et soudaine pandémie.

a) Un cadre juridique qui a une histoire

1° **L'état d'urgence** permet au gouvernement, dans une situation de péril imminent causé par des troubles graves à l'ordre public ou par des fléaux et catastrophes soudaines, de prendre les mesures appropriées pour combattre cette situation, en s'affranchissant des règles et procédures de droit commun, y compris dans le domaine des libertés et droits fondamentaux. **Emprunté à la République romaine**, ce révélateur supposé des vertus des Romains reste, à travers l'Histoire, un « remède » contesté(1). Les uns ont mis en avant le risque d'une pente glissante qui conduirait à la dictature(2). Les autres ont rappelé avec Rousseau qu'en cas de péril, « *il est évident que la première intention du peuple est que l'État ne périsse pas.* »(3)

2° **En droit français contemporain**(4), l'état d'urgence résulte de la loi du 3 avril 1955(5) adoptée dans le cadre des événements d'Algérie. Mis en œuvre trois fois au cours de cette période, l'état d'urgence a également été appliqué trois fois en outre-mer durant les années 1980, puis en 2005, à l'occasion d'emeutes dans les banlieues, et entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017 à la suite des attentats commis par « l'État islamique ». « Déclaré par décret pris en conseil des ministres, (l'état d'urgence) confère aux autorités civiles, dans l'aire géographique à laquelle il s'applique, des pouvoirs de police exceptionnels, portant sur la réglementation de la circulation et du séjour des personnes, sur la fermeture des lieux ouverts au public et sur la réquisition des armes. Le décret instituant l'état d'urgence peut prévoir un renforcement des pouvoirs de police en matière de perquisition et de contrôle des moyens d'information. Au-delà de douze jours, la prorogation de l'état d'urgence ne peut être autorisée que par la loi. »(6).

(1) Dominique Albertini, « L'état d'urgence, une histoire d'exceptions », *Libération*, 9 avril 2020.

(2) César en abusa mais ce fut à ses dépens un certain 15 mars 44 av. J-C. Quant au général de Gaulle, chacun sait comment il répondit à cette crainte lors de sa conférence de presse du 19 mai 1958, sur fond d'insurrection en Algérie : « croit-on, qu'à 67 ans, je vais commencer une carrière de dictateur ? ».

(3) J-J Rousseau, *Du contrat social*/Édition 1762/Livre IV/Chapitre 6 : la dictature, Marc Michel Rey, 1762 (p. 283-290).

(4) Olivier Beaud, Cécile Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, 2^e édit, LGDJ, Paris, 2018.

(5) Légifrance, loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, version consolidée au 15 mai 2020, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000695350>

(6) Sénat, Étude de législation comparée n° 156 - janvier 2006 - L'état d'urgence, https://www.senat.fr/lc/lc156/lc156_mono.html



b) Un cadre juridique temporaire

1° Calqué sur le modèle de la loi de 1955, l'état d'urgence sanitaire a été provisoirement introduit, à l'occasion de la pandémie de Covid-19, dans le code de la santé publique(7) jusqu'au 21 avril 2021 par la loi du 23 mars 2020(8). La même loi a prévu l'entrée en vigueur de l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois à compter du 24 mars 2020, date prolongée jusqu'au 10 juillet par la loi du 11 mai 2020(9).

2° Elle reprend, en effet, le critère de « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »(10) justifié, en l'espèce, par la pandémie de Covid-19. Et, les mesures prévues à l'article L.3131-15 csp pour lutter contre une catastrophe sanitaire apparaissent bien nécessaires dès lors, comme le rappelle ce texte, qu'elles « sont strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu (et qu') il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. »(11) En tout état de cause, elles « cessent d'avoir effet en même temps que prend fin l'état d'urgence sanitaire. »(12) Toutefois, la diversité de ces mesures, en ce qu'elles touchent à de nombreux aspects de l'exercice des libertés publiques, notamment à la liberté d'aller et de venir et au respect de la vie privée, conduisent à s'interroger sur leur totale pertinence.

II. LES CRAINTES SUSCITÉES PAR L'ÉTAT D'URGENCE

Elles portent à la fois sur l'ampleur des restrictions possibles aux libertés publiques et leur contrôle limité, mais aussi sur des conséquences plus insidieuses dans le temps, à savoir l'intégration progressive de la notion d'urgence dans le droit ordinaire et sa pratique.

(7) Art. L3131-12 à 20 du code de la santé publique.

(8) Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n°0072 du 24 mars 2020 ; on lira à propos des nombreux commentaires suscités par cette loi : Antonin Gelblat et Laurie Marguet, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 avril 2020, <https://doi.org/10.4000/revdh.9066>

(9) Loi du n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, 9 mai 2020, JORF n° 116 du 12 mai 2020.

(10) Art. L3131-12 c.s.p.

(11) Art. L3131-15 c.s.p. dernier alinéa.

(12) Art. L3131-14 c.s.p.

a) L'urgence sanitaire : de larges pouvoirs et peu de contrôle

1° En dehors des pouvoirs propres du Premier ministre(13) et de ceux que le code de la santé publique confèrent au ministre de la santé(14), l'article L3131-15 du code de la santé publique prévoit dix catégories de mesures, que le gouvernement peut mettre en œuvre et qui limitent singulièrement la liberté individuelle (liberté de circulation, placement à l'isolement et les conséquences de ces restrictions sur la vie privée et familiale) comme les libertés collectives (interdiction des rassemblements, et donc limitation de la liberté d'expression politique et religieuse) et également la liberté du commerce et de l'industrie (réquisitions, fermetures administratives générales). Mais malgré cette liste impressionnante, « **L'état d'urgence ne confère... nullement un blanc-seing à l'État** »(15). En effet, nos valeurs et nos droits les plus fondamentaux ne peuvent être restreints comme la dignité, le droit à la vie et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants.

2° De fait, il faut plus que nuancer : la dignité des personnes décédées et de leurs familles a été affectée par les conditions de fin de vie et de deuil qui leur ont été imposées. De même, dans de nombreux établissements pour personnes âgées dépendantes, celles-ci ont souffert de délaissage, voire de maltraitance. La priorité de soins apportée aux malades de la Covid-19 a également privé d'accès aux soins d'autres malades. Et que dire des conditions de « mise en danger » de la santé des personnels au contact des malades, de la durée et de la multiplicité des mesures de restriction imposées par l'état d'urgence sanitaire ? De même si les enquêtes sanitaires pour retrouver les personnes qui ont été en contact avec des personnes infectées est indispensable pour permettre des mesures visant à réduire la circulation du virus, un projet d'application mobile est-il

(13) « Le Premier ministre peut, en vertu de ses pouvoirs propres, édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire, en particulier en cas de circonstances exceptionnelles, telle une épidémie avérée, comme celle de Covid-19 que connaît actuellement la France » CE, référé, ord. du 22 mars 2020, n°439674, <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-22-mars-2020-demande-de-confinement-total>

(14) L'article L. 3131-1 du code de la santé publique énonce qu' « en cas de menace sanitaire grave appelant des mesures d'urgence, notamment en cas de menace d'épidémie, le ministre chargé de la santé peut, par arrêté motivé, prescrire dans l'intérêt de la santé publique toute mesure proportionnée aux risques courus et appropriée aux circonstances de temps et de lieu afin de prévenir et de limiter les conséquences des menaces possibles sur la santé de la population ».

(15) Catherine Le Bris, « La sauvegarde des libertés en temps de « guerre » contre le coronavirus », *The Conversation*, 27 mars 2020, <https://theconversation.com/la-sauvegarde-des-libertes-en-temps-de-guerre-contre-le-coronavirus-134913>



utile pour ces enquêtes et dans quelles conditions de proportionnalité est-il possible d'envisager sa mise en œuvre ?(16) S'y ajoutent des « dommages collatéraux » en dehors du domaine de la santé comme la suspension du cours ordinaire de la justice(17).

Quant au contrôle, qu'il soit saisi pour que les mesures de restriction des libertés soient étendues(18) ou pour les limiter, le juge se trouve dans une position difficile, car la nécessité des circonstances semble bien faire loi au point de ne plus motiver parfois certaines décisions-les plus sensibles ?- que du bout des lèvres(19).

L'**examen de la jurisprudence** administrative montre que le juge, principalement *via* la procédure de référé-liberté - l'activité ordinaire des juridictions ayant été suspendue - essaie d'analyser le plus concrètement possible la diversité des situations qui lui sont soumises.(20) Pour sa part, le juge judiciaire a notamment ordonné en

(16) CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid »,
https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_du_24_avril_2020_portant_avis_sur_un_projet_dapplication_mobile_stopcovid.pdf ;

Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif à l’application mobile dénommée « StopCovid », <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation-2020-056-25-mai-2020-avis-projet-decret-application-stopcovid.pdf> ;
CNCDH, *Avis sur le suivi numérique des personnes*, 28 avr. 2020, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_2020_-_3_-_200424_avis_suivi_numerique_des_personnes.pdf ;

Amérique_des_personnes.par ;
Communiqué du 26 mai 2020, La CNCDH souligne les dangers de l'application StopCovid,
https://www.cncdh.fr/sites/default/files/200526_cp_stopcovid.pdf
Nathalie Devillier, Backtracking : comment concilier surveillance du Covid-19 et respect des libertés ? The Conversation, 26 mars 2020, <https://theconversation.com/backtracking-comment-concilier-surveillance-du-covid-19-et-respect-des-libertes-134843> ; Amnesty International déclaration publique conjointe, « Déclaration : Le recours aux technologies de surveillance numérique pour combattre la pandémie doit se faire dans le respect des droits humains », 2 avr. 2020. Cette déclaration a été signée par une centaine de groupe de la société civile, 2 avril 2020, <https://www.amnesty.org/fr/documents/pol30/2081/2020/fr/>

(17) CNCDH, *Une autre urgence : le rétablissement d'un fonctionnement de la justice*, 28 avr. 2020, <https://www.cncdh.fr/fr/publications/avis-une-autre-urgence-le-retablissement-dun-fonctionnement-normal-de-la-justice>) et de celui des élections municipales ; pour l'espace européen et l'espace francophone, on lira : Jean-Paul Jean, Les systèmes de justice face à la pandémie du Covid-19, Le club des juristes, <https://www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/que-dit-le-droit/les-systemes-de-justice-face-a-la-pandemie-du-covid-19/>

(18) CE, référé, ord. du 22 mars 2020, n° 439674 : demande de confinement total.

(19) Cons. cons, Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, on y lit sans autre motivation 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. »

(20) Conseil d'Etat, Dernières décisions (référés) en lien avec l'épidémie de Covid-19, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/dernieres-decisions-referes-en-lien-avec-l-epidemie-de-covid-19>.

droit du travail des mesures de protection des salariés, allant jusqu'à la fermeture d'une usine(21).

La variété et le nombre restreint des affaires ne permettent toutefois guère de dire que le juge joue un rôle essentiel pour assurer un contrôle de l'ensemble des mesures prises en application de l'état d'urgence sanitaire(22). En outre, comme le relève avec pertinence l'avis de la CNCDH, « la loi du 23 mars 2020... porte certainement (au contrôle juridictionnel) l'une des plus graves atteintes. Par une disposition unique d'apparence technique portant sur des délais de procédure, la loi suspend le contrôle de constitutionnalité des lois par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) pendant trois mois, précisément jusqu'au 30 juin 2020. En jugeant, dans sa décision n° 2020-799 du 26 mars 2020, cette disposition non contraire à la Constitution, le Conseil constitutionnel prive les citoyens d'une garantie particulièrement précieuse pour leurs droits et libertés. »(23) Toutefois, on doit se réjouir que, dans sa décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, le Conseil constitutionnel a opportunément rappelé que « s'agissant du contrôle des mesures de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement : la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée, que si le juge intervient dans le plus court délai possible » et en a tiré la conséquence que l'article L3131-17 du code de la santé publique impliquait qu'il formule une réserve à son égard.(24)

(21) Cf. affaire Amazon : CA Versailles, 14^e ch, 24 avril 2020, N° RG 20/01993 - N° Portalis

DBV3-V-B7E-T234, AMA ZON FRANCE LOGISTIQUE C/UNION SYNDICALE SOLIDAIRES et autre, <https://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2020/04/Arrêt-de-la-cour-d'appel-de-Versailles-du-24-avril-2020.pdf>
et affaire Renault : Covid-19 : faute d'avoir correctement consulté son CSE et sa CSSCT, Renault est obligé de suspendre son activité à Sandouville, Editions législatives, 11 mai 2020, ordonnance de référé rendue le 7 mai, le tribunal judiciaire du Havre, <https://www.editions-legislatives.fr/actualite/covid-19-faute-d'avoir-correctement-consulte-son-cse-et-sa-cssct-renault-est-oblige-de-suspendre-son>

(22) Certains commentateurs n'hésitent pas à parler de « contrôle superficiel » - Hélène Christodoulou, L'État de droit déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire : menaces et encadrements, Observatoire de la justice pénale, 13 mai 2020, <https://www.justicepenale.net/post/l-%C3%A9tat-de-droit-d%C3%A9stabilise%C3%A9-%C3%A9t-est-urgence-sanitaire-menaces-et-encadrements> – voire, pour le Conseil d'Etat d'«organe de labellisation juridictionnelle des décisions prises par le Premier ministre » - P. Cassia, Le Conseil d'Etat et l'état d'urgence sanitaire : bas les masques, *Médiapart*, 11 avr. 2020,

(23) *Op. cit.* note 73. III L'affaiblissement des mécanismes de contrôle.

(24) Conseil constitutionnel, décision n°2020-800 DC du 11 mai 2020, « 41. La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible.

43. En second lieu, les dispositions du cinquième alinéa du paragraphe II de l'article L. 3131-17 prévoient que les mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement interdisant toute sortie de l'intéressé hors du lieu où se déroule la quarantaine ou l'isolement ne peuvent se poursuivre au-delà d'un délai de quatorze jours sans que le juge des



S'agissant enfin du **contrôle parlementaire**, contrairement au dispositif de la loi de 1955, qui a prévu que le Parlement intervienne après un délai de 12 jours, la loi relative à l'urgence sanitaire prévoit que le Parlement ne statuera sur sa prolongation qu'un mois après sa proclamation !

L'état de droit régresserait-il alors et faut-il s'inquiéter de voir le droit d'exception nous conduire à un droit du Far West(25), non plus à l'Ouest du Pecos (26) mais à l'Ouest du Rhin ?

b) L'urgence durable

La crise sanitaire engendrée par la pandémie de Covid-19 nous révèle un phénomène déjà latent, celui de l'intégration progressive et discrète des mesures d'urgence sanitaire dans de nombreux domaines de notre droit commun. Cet effet pernicieux pourrait bien trouver une explication dans un phénomène socio-politique déjà consacré par notre organisation sociale : notre société est devenue une société de l'urgence.

1° L'urgence intégrée au droit ordinaire

À cet égard, la Commission nationale consultative des droits de l'homme s'est déclarée « inquiète... d'une tendance à justifier par l'urgence des actes et pratiques administratives qui, objectivement, n'en relèvent pas et qui portent atteinte à la sécurité juridique, en mettant en péril les principes d'intelligibilité, d'accessibilité et de transparence des normes » et elle « s'interroge sur le recours systématique à l'entrée en vigueur anticipée de textes normatifs »(27). Elle ajoute que « L'état d'urgence

libertés et de la détention, préalablement saisi par le préfet, ait autorisé cette prolongation. Toutefois, aucune intervention systématique d'un juge judiciaire n'est prévue dans les autres hypothèses. Dès lors, ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître les exigences de l'article 66 de la Constitution, permettre la prolongation des mesures de mise en quarantaine ou de placement en isolement imposant à l'intéressé de demeurer à son domicile ou dans son lieu d'hébergement pendant une plage horaire de plus de douze heures par jour sans l'autorisation du juge judiciaire. »

Pour un commentaire, on lira : Vincent Sizaire, Consolidation du domaine de la liberté. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *in Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, 28 mai 2020, <https://journals.openedition.org/revdh/9437>

(25) Nicolas Molfessis, *Le risque du Far West*, LexisNexis sa - la semaine juridique - édition générale - n° 15 - 13 avril 2020, pp 734-736.

(26) *Le Juge* est la vingt-sixième histoire de la série Lucky Luke par Morris (dessin) et René Goscinny (scénario), publiée en album en 1959. Cette histoire, qui se déroule à l'ouest de la rivière Pecos, s'inspire du véritable juge Roy Bean, qui exerçait au Texas dans un saloon transformé en tribunal.

(27) CNCDH avis sur l'état d'urgence et l'état de droit, 28 avril 2020, 020, https://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_2020_-_2_-_200424_000.pdf

sanitaire rompt avec la répartition des compétences en matière de restriction des droits et libertés » et « s'inquiète de l'étendue de ces pouvoirs et de leur partage entre plusieurs autorités. »(28)

La CNCDH dénonce également l'extension dans le temps, au-delà de la fin de l'état d'urgence sanitaire, et à d'autres domaines (droit du travail, par exemple) des mesures que la loi du 23 mars 2020 autorise. Elle estime, en conséquence que « le dispositif établi par la loi du 23 mars 2020 conduit à une concentration entre les mains de l'Exécutif du pouvoir de restreindre les droits et libertés que la République n'a jamais connue en temps de paix. » Cela a pour conséquence « un affaiblissement des mécanismes de contrôle. »(29)

Or, « le droit est un système où prévalent l'imitation et les effets dominos (de sorte que) dès lors qu'une partie essentielle de notre droit se trouve suspendue, l'exception chasse le principe et il n'est plus possible de tolérer l'ancien droit, celui de l'ancien monde. Par hypothèse, le droit d'exception lui fait perdre son autorité et sa légitimité. L'univers juridique est un réseau de connexions et d'interdépendances, comme l'est l'économie. Les uns accepteraient-ils de subir une règle que le droit d'exception a écartée pour d'autres. »(30) La sécurité juridique aurait-elle fait place à la flexibilité juridique, c'est-à-dire à la nécessité pour le droit et les juristes de s'adapter à une société qui vit au rythme de l'urgence et de l'immédiateté ?

2° De l'état d'urgence à la société de l'urgence

- De nombreux auteurs et instances en matière de droits de l'homme dénoncent cet emballage du droit.

Ils nous rappellent qu'en 2017, la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme introduisit dans le droit commun, jusqu'au 31 décembre 2020, les assignations à résidence administratives, les perquisitions, après avis du juge des libertés et de la détention, ainsi que les contrôles aux frontières ; ces mesures pouvant être prises exclusivement en prévention du terrorisme mais hors période d'état d'urgence(31).

[avis_etat_durgence_sanitaire_et_etat_de_droit.pdf](#)

(28) *Op. cit.* note 73, II La mise en cause de l'équilibre des pouvoirs.

(29) *Idem*, III^e partie de l'avis.

(30) *Op. cit.* note 175.

(31) Loi n° 2017-1510 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, rapport de Marc-Philippe Daubresse fait au nom de la mission de contrôle et de suivi de la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme, 26 fév.2020, https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/redaction_multimedia/2020/2020-Documents_pdf/20200226_Report_Senat_SIIT.pdf



Faisant sien ce constat, l'avocat Raphaël Kempf affirme que « l'érosion continue des libertés individuelles observée depuis le 11 septembre 2001 connaît, en France, une accélération brutale avec le confinement de la population et l'état d'urgence sanitaire. » Il pose la question : « en l'absence de contre-pouvoirs, les droits fondamentaux succomberont ils à un virus ? »(32)

Et Hélène Christodoulou en conclut que « L'État de droit (est) déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire »(33). S'il faut raison garder, on doit néanmoins se réjouir que ces critiques éveillent les juristes et, au-delà, à « prendre conscience de l'**insuffisance** ou de l'inadaptation **des analyses théoriques**, jusqu'alors disponibles » sur l'état d'urgence(34).

***Au regard du rôle de l'État**, les termes du débat ne semblent cependant pas totalement nouveaux car, comme l'observait Guy Braibant, « en règle générale, l'État...n'aime pas les crises. Il existe sans doute des crises provoquées volontairement par l'État, pour vider un abcès ou faciliter des mutations. Mais ce sont là des exceptions. L'État, quel que soit le régime, constitue un élément de continuité, de permanence, de stabilité relative ; il agit protégé de règles générales et uniformes, de procédures formalisées, de structures impersonnelles, lourdes et hiérarchisées ; il n'est pas à son aise devant les surprises et les catastrophes qui demandent de la responsabilité, de l'imagination, de l'improvisation. Pourtant, on peut affirmer que paradoxalement, loin de l'affaiblir, les crises ont plutôt tendance à renforcer l'État, et, du même coup, à entraîner un recul du droit »(35). On pourrait même rappeler les mots de Machiavel : « dès l'instant que le salut de l'État est en jeu, aucune considération de justice ou d'injustice, d'humanité ou de cruauté, de gloire ou d'ignominie, ne doit plus intervenir. Tout moyen est bon qui sauve l'État et maintient sa liberté. »(36)

(32) Raphaël Kempf, « Et le gouvernement décida de confiner les libertés », *Le Monde diplomatique*, mai 2020, <https://www.monde-diplomatique.fr/2020/05/KEMPF/61747>

(33) Hélène Christodoulou, L'État de droit (est) déstabilisé par l'état d'urgence sanitaire , Observatoire de la justice pénale, 13 mai 2020, <https://www.justicepenale.net/post/l-%C3%A9tat-de-droit-%C3%A9stabilis%C3%A9-%C3%A9par-l-%C3%A9tat-d-urgence-sanitaire-menaces-et-encadrements>

(34) Véronique Champeil-Desplats, Histoire de lumières françaises : l'état d'urgence ou comment l'exception se fond dans le droit commun sans révision constitutionnelle, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017/2, volume 79, pp. 205-227, <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2017-2-page-205.htm>

(35) Guy Braibant, *L'Etat face aux crises*, Pouvoirs, *Les pouvoirs de crise*, 1979, p. 6 et suivantes.

(36) Ph. Ardant, Pierre Dabzes, Introduction, *Pouvoirs, Les pouvoirs de crise*, 1979.

G. Braibant continue dans son analyse : « les dégâts peuvent être limités par l'action de l'opinion publique et le contrôle du juge ; mais la première risque d'être divisée, et le second arrive généralement après la bataille. La jurisprudence sur les circonstances exceptionnelles a un rôle ambigu : elle place des bornes aux abus, mais en même temps elle leur ouvre la voie » et ajoute « le pire est que les crises laissent derrière elles, comme une marée d'épais sédiments de pollution juridique. Les lois exceptionnelles et les tribunaux spéciaux survivent aux circonstances qui les ont fait naître, de même que les forces d'intervention. Le provisoire dure. »(37)

Et si des résistances existent et peuvent sembler victorieuses, l'évolution de l'histoire se ferait toujours aux dépens des libertés. Ainsi, « rétrospectivement, le projet de constitutionnalisation de l'état d'urgence initié à la fin de l'année 2015 et qui a fini par être abandonné, ne s'avère avoir été que le prélude presque indolore d'une histoire plus cynique. À la fin de cette histoire, l'état d'urgence aura formellement cessé, mais il se sera matériellement installé dans le droit commun, sans avoir eu besoin de révision constitutionnelle. Ce que n'a pu faire le constituant, le législateur n'a pas été, ou si peu, empêché de le faire. »(38)

***Vis-à-vis du temps qui rythme la société**, l'urgence s'est aussi imposée comme un signe de la modernité contemporaine. Dans son ouvrage consacré au culte de l'urgence, Nicole Aubert nous montre que nous vivons un changement de la texture du temps : « nous sommes passés de la notion de rythme (âges de la vie, rythme des saisons) à la notion de mesure : le temps est éclaté en instants au cœur desquels l'être humain se disperse, tout en accédant au sentiment de démultiplication et de puissance que cela procure... Les revers de la médaille sont l'absence de recul ... On peut aussi s'interroger sur la place que, dans un tel contexte, notre société ménage à ceux qui ne vont pas vite... Ce 'culte de l'urgence' témoigne (ainsi) d'un désir de maîtrise du temps dans sa dimension la plus immédiate. Quelle place alors pour un temps qui se cherche, tâtonne dans un pas hésitant, dans une main qui affine son geste ou dans la conscience de quelqu'un qui rêve? »(39)

(37) *Op. cit.* note 185.

(38) Véronique Champeil-Desplats, *op. cit.* note 183, para.10 ; lire également : Véronique Champeil-Desplats, « Le temps de l'état d'urgence » in J. L. Halpérin, S. Hennette-Vauchez, E. Millard (dir.), *L'état d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Presses Universitaires de Paris-Nanterre, Nanterre 2017, pp. 25 et suivantes.

(39) Nicole Aubert, *Le culte de l'urgence : la société malade du temps*, Edition Flammarion, Paris 2003, <http://files.caferuis8.webnode.fr/200000046-ed960ef88b/n-3%20le%20culte%20de%20l-urgence%20correction.pdf>



Et de conclure, « avec l'avènement du règne de l'urgence, aboutissement de la logique d'accélération forcenée inhérente au système capitaliste, ce n'est pas l'épaisseur du temps qui ressurgit, c'est sa violence. »(40)

Faire survivre l'État dans l'urgence et par l'urgence serait ainsi amoindrir nos libertés, notamment parce que n'ayant plus la possibilité de s'inscrire dans la durée et de promouvoir un projet, l'homme serait bien en mal de résister à cette pression qui l'amène à consommer et se consumer dans l'instant pour ne plus se poser de questions. Cet état d'urgence, en devenant notre état ordinaire, nous aura peut-être permis de survivre à une pandémie, mais aura contribué à ne plus nous permettre de découvrir ce qu'est vivre. C'est pourquoi, afin de combattre cette dérive, il nous faut analyser la question de l'urgence « dans une perspective large et synthétique ... embrassant une série de terrains divers ... (médecine, économie, justice, environnement, politique, culture, etc.), mais aussi en s'appuyant sur de nombreux domaines théoriques (philosophie, sociologie, psychologie, sciences économiques, etc.) »(41)

CONCLUSION

Prenons comme point de départ de nos réflexions conclusives le constat que fait l'historien des épidémies, P. Bourdelais : « La santé publique, qui est caractérisée, longtemps, par la lutte contre les épidémies, me paraît présenter la double particularité d'avoir été depuis deux siècles au confluent de deux grands mouvements ayant porté les sociétés occidentales : une adhésion

au progrès, y compris scientifique, d'une part ; un développement de l'individualité et de la citoyenneté d'autre part. »(42)

Or, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, l'individu-citoyen s'oppose de plus en plus à l'individu-consommateur. Quand ce dernier s'approprie avec une grande célérité les nouvelles technologies, le premier en craint et, parfois-même, en amplifie les risques jusqu'à croire que ceux-ci résultent de complots(43). C'est ainsi que se perd la confiance en ceux, experts et politiques, qui gèrent les crises liées à la survenance de risques technologiques ou sanitaires. Et parce que ces décideurs, intervenant dans une situation à chaque fois « nouvelle », ne tirent pas la leçon des crises précédentes, tout en tâtonnant dans un brouillard aggravé par leur communication, la démocratie libérale se fissure aussi inexorablement que se produit le changement climatique.

Alors que faire ? Pour continuer à paraphraser Lénine, qui avait également proclamé que le « communisme, ce sont les soviets plus l'électricité »(44), je dirai volontiers que la démocratie, fut-elle sanitaire, c'est inventer un mode adapté d'exercice collectif de la responsabilité, plus l'usage de la rationalité au service d'une perspective - je n'ose dire une utopie - commune. Or, confondre urgence et immédiateté dans la gestion de crise, lier rationalité et autorité de l'État dans l'élaboration des politiques, exercer la liberté sans perspective commune ni sens de la responsabilité, c'est faire du pouvoir, qu'il soit collectif ou individuel, politique ou scientifique, une puissante force de désintégration de l'espace politique. ■

(40) Nicole Aubert, « L'urgence, symptôme de l'hypermoderne : de la quête de sens à la recherche de sensations », *Communication et organisation*, 29 | 2006 : Figures de l'urgence et communication, pp. 11-21, <https://journals.openedition.org/communicationorganisation/3365?lang=en>

(41) Jérôme Thomas, Christophe Bouton, *Le temps de l'urgence*, Lormont, Le Bord de l'eau, séries: « Diagnostics », 2013, <https://journals.openedition.org/lectures/11761>

(42) P. Bourdelais, « Le contrôle des grandes crises épidémiques », *Les Tribunes de la santé*, 2009/1, n° 22, pp. 41-51, para.5, <https://www.cairn.info/revue-les-tribunes-de-la-sante1-2009-1-page-41.htm>

(43) Gérald Bronner, La théorie du complot va dans le sens des intuitions du cerveau, entretien avec Rebecca Fitoussi, Public Sénat, <https://www.publicsenat.fr/article/debat/gerald-bronner-la-theorie-du-complot-va-dans-le-sens-des-intuitions-du-cerveau-182648>

(44) « Que faire ? » est un texte écrit par Lénine en 1901 et publié l'année suivante. Quant à la définition du communisme, elle figure dans le discours prononcé par Lénine au 8^e congrès des Soviets en 1919.



LA PERCEPTION DES CAUSES DES ÉPIDÉMIES PAR LES POPULATIONS ET LES POUVOIRS PUBLICS, DE LA FIN DU XVII^E SIÈCLE À LA PREMIÈRE GUERRE MONDIALE

*CAUSES OF EPIDEMICS AS PERCEIVED BY POPULATIONS
AND PUBLIC AUTHORITIES FROM LATE 17TH CENTURY
TO THE FIRST WORLD WAR*

Vincent-Pierre COMITI*

HISTOIRE DE VIRUS, HISTOIRE DE PEURS

RÉSUMÉ

Au cours des siècles passés, les autorités invoquèrent des facteurs à l'origine des épidémies, comme des maladies de façon plus générale, inaccessibles ou peu accessibles, comme l'environnement et le climat, ou découlant de la responsabilité des individus eux-mêmes.

Les habitants expriment, eux, souvent leur abandon et des conditions de vie délétères.

MOTS-CLÉS

Perception des causes des épidémies, Etiologie des épidémies dans les siècles passés, Histoire des épidémies, Epidémies et détresse des populations.

ABSTRACT

In past centuries, as causes of epidemics and indeed of diseases more generally, the authorities cited factors that were inaccessible or almost, such as the environment and the climate or resulting from the responsibility of individuals themselves.

The inhabitants often express the fact of being abandoned and deleterious living conditions.

KEYWORDS

Perception of causes of epidemics, Aetiology of epidemics in past centuries, History of epidemics, Epidemics and distress of populations.

Il existe une indéniable parenté de réactions des sociétés vis-à-vis des causes des épidémies, quel que soit le lieu, quelle que soit l'époque. Les réactions des autorités et les réactions des populations concernées divergent profondément. Cet article ne se veut aucunement exhaustif, ces réactions peuvent varier même si, (notre connaissance actuelle), le mode de transmission des germes peut être ignoré, mais certaines circonstances sont ressenties : rôle de la famille dans l'éclosion de la tuberculose (phthisie) qui peut être à l'origine d'une conception héréditaire erronée de la maladie au XIX^e siècle notamment, rôle des marais par exemple dans l'apparition du paludisme (fièvres intermittentes ou paludisme), réunion avec promiscuité dans des lieux clos (casernes écoles, monastères) et développement du typhus ou (maladie des camps), « souillure » des eaux et propagation des typhoïdes. Un schéma classique consiste à déceler quatre réactions qui se succèdent dans le temps. Pour ce qui a trait aux autorités, après une phase souvent d'absence de perception du danger à venir, vient la volonté de rassurer et de

* Ancien responsable du département d'histoire de la médecine, Laboratoire d'Anthropologie physique, Collège de France



minimiser le phénomène. Ces deux phases entraînent un retard dans l'information des professionnels de la santé comme de la population, phénomène d'autant plus préjudiciable que les soins en sont retardés et que des sources spontanées d'information décrivent, parfois de manière totalement irréfléchie et inexacte l'étendue et la gravité du mal, ainsi que les traitements possibles. C'est aussi le temps de la fuite de ceux qui le peuvent et celui des actes malveillants vis-à-vis de certaines catégories bien précises de personnes, perçues comme responsables de la maladie, comme « profiteurs de la situation » ou comme incompétents.

Les principales victimes sont les personnes pauvres et défavorisées ou recluses. Il ne s'agit pas d'une règle intangible, comme l'âge des populations atteintes peut varier, mais qu'on se souvienne des effroyables épidémies de diphtérie tuant les enfants ou de la variole moins sélective.

Puis vient le temps de l'action, bien souvent c'est l'objet de joutes âpres entre les partisans de la préservation de la santé et les partisans d'une reprise la plus rapide possible de la vie commune, économique notamment. Il en est souvent ainsi lors des quarantaines et l'exemple méditerranéen est particulièrement démonstratif à cet égard. Cette troisième phase est celle de la mobilisation des moyens jugés nécessaires pour combattre ce fléau et l'établissement de projets pour les temps futurs.

La dernière phase est celle du retour, non pas à la « normale » mais à une situation où l'oubli s'abat sur la zone géographique concernée, mais il faut ici s'arrêter car, dans de nombreux cas des mesures positives sont prises pour pallier les inégalités sociales et sanitaires présentes avant l'épidémie, et qui dans la très grande majorité des cas, a frappé principalement les populations les plus pauvres, les populations les moins favorisées, répétons-le. J'ai choisi de suivre l'ordre chronologique et, sans être pour le moins du monde exhaustif de prendre des exemples et des illustrations dans des cadres divers.

Notons, pour conclure cette introduction, les rapports particulièrement ambigus entre l'expertise scientifique, consultative et principalement sanitaire ici, et le pouvoir politique décisionnel, se basant très diversement sur l'expertise déclarée en fonction de ses options.

C'EST AVANT TOUT LA DÉTRESSE HUMAINE ET LA PEUR QUI SONT AU CENTRE DES RÉACTIONS DES INDIVIDUS

Face à ces souffrances les actions et les modalités de la gestion de ces crises, leur « police », au sens de police sanitaire et sociale, leur « police » au sens de la cité et de la société, présentent de profondes similitudes. J'ai hésité à employer une deuxième fois le terme de « police » au

sens de la société tout entière, car ce sont les villes, et singulièrement les villes principales, qui en temps de calme comme en temps d'orage sanitaire, accaparent l'attention prioritaire des autorités.

UN XVII^E SIÈCLE ENCORE IMPRÉGNÉ PAR LES ANALYSES DE SYSTÈME ET LES MÉTAPHORES

À nous arrêter vers le milieu du XVII^e siècle, nous sommes encore dans une conception ou signes, considérations métaphoriques, panachage d'éléments comme perçus comme favorables, facilitateurs ou proprement étiologiques sont considérés sur le même plan : « Voilà à peu près l'origine de la confection de la chaleur naturelle destinée pour cuire & digérer en l'estomac et d'autres ventricules tous les aliments qui leur sont nécessaires, faisant une transpiration suave & sans aucune mordicatio, & comme elle se compose de la substance la plus douce des aliments, l'autre au contraire le fait de tout ce qu'il y a de plus acre & mordicants, c'est à scavoir de salubres, épiceries, & toutes autres choses de haut goust, laquelle au lieu de cuire & digérer les aliments les brulle & les corrompt par le moyen de leur humidité, & lors fait une transpiration & chaude & mordicante, laquelle incontinent produit la fièvre & plusieurs autres grandes maladies car ce qui est brûlé s'appelle mélancolie, principes des Fièvres quartes, & autre maladies... » (Rochas, (Henry de) [fut conseiller et médecin du roi], *Nouvelles desmontrations pour cognoistre la cause des fièvres intermitentantes & continues, dysenteries...* Paris : chez l'auteur, 1645, 142 p. (ici p. 6 et 7). La suite de la démonstration fait appel à un système très homogène. Son exposé expose l'action de la lune, de Mars et Saturne sur la bile ou la rate pour expliquer la cause de nombre de maladies. Ici la cause, entre autres éléments, fait référence à des causes (directes ou pas) qui sont hors d'atteinte.

Au début du siècle des Lumières, dans le chapitre consacré à la lèpre Delamare [Conseiller Commissaire du Roy au Châtelet de Paris] est explicite, Titre XII, *De la lèpre Chapitre premier ; Des maladies contagieuses en général. Que la lèpre est une des plus dangereuses. Sa description : les soins qui ont toujours été pris pour l'éviter, & ce qui a été observé par les Anciens, & en France, pour séparer de toutes sociétés ceux qui en sont frappés.* (Delamare, *Traité de la police*, Amsterdam : Compagnie 1729, tome 2, 616-1016-40 p.).

Nous allons nous y arrêter, car il expose une constante : les autorités disent n'être en rien responsable de la maladie ; la lèpre fait partie des maladies particulièrement graves : « Ce sont celles dont la contagion est si grande que les corpuscules qui sortent des malades qui en sont attaquéz, infectent & corrompent tout l'air qui les environne, tout ce qu'ils touchent, & tout ce qui les approche, en sorte qu'un



seul étant négligé, peut communiquer son mal à toute une Ville, & quelquefois à une Province entière. La Lepre est de ce nombre, & la plus ancienne qui nous soit connue » (ici p. 527).... « Ce fléau du Ciel s'est aussi fait sentir autrefois en Europe, & la France aussi-bien que les autres états de cette partie du monde, en a été affligée pendant un assez longtemps » (ici p. 528). Le malade est isolé ou banni. Relativement bien diagnostiquée (c'est-à-dire correspondant à l'affection causé par un bacille), cette affection va progressivement s'éteindre du territoire français et diminuer d'intensité à partir de la Renaissance.

Même évocation causale par Delamare pour ce qui a trait à la peste : « *De toutes les maladies qui arrivent aux hommes, il n'y en a point de plus dangereuses que celles-ci ; elle a souvent désolé & ravagé en peu de mois les Provinces entières, & les a rendues désertes : c'est l'un des derniers fléaux dont dieu a menacé son Peuple, Lorsqu'il s'écarteroit de son devoir, & qu'il abandonneroit le culte saint du Seigneur & des preceptes de sa Loy* » (Id. p. 537). Il ajoute : « *Ce n'est pas toujours la malignité de l'air ou la corruption des alimens qui causent cette dangereuse maladie ; une affliction subite & violente, une tristesse habituelle, une profonde mélancholie, peuvent quelquefois, disent les Médecins, tellement renverser le tempérament & troubler les humeurs, qu'elles causent ce mauvais effet* » (Ibid.). Delamare confirme l'attitude souvent rencontrée, et « efficace » : « *Il est aisé de comprendre qu'une telle maladie demande de la part de la Médecine, de puissants remèdes, & de celle des Magistrats, de grandes précautions pour en arrêter le progrès. Tous ceux qui en ont écrit conviennent, que dans cette triste conjoncture il n'y a point de remède plus efficace que celui d'une prompte fuite dans un lieu éloigné & pour longtemps ; pestis tempore, fuge citô, procul, tarde revertaris ; ce sont leurs propres termes* » (Ibid.).

L'air corrompu, « *pestilentiel* » doit être combattu énergiquement, de même que la mendicité : « *L'infection que fait ordinairement le grand concours des pauvres Mendians, a été regardée de tout temps comme l'une des causes les plus certaines de maladies contagieuses ; c'est pourquoi l'on a toujours pris grand soin, lorsque cette calamité arrive, de faire cesser autant qu'il a été possible, la mendicité ; cela est trop évident pour avoir besoin d'être beaucoup approfondi* » (Id. p. 548). Quant au chapitre VIII, « *De la Quarantaine, & de la discipline qui doit être observée par les Convalescents de la Maladie contagieuse, & par les Gens de leurs Maisons, pour ne point infecter les autres* », il témoigne de la remarquable constance de l'isolement et de l'évitement. L'une des manières de projeter la cause en dehors du champ civil et sociétal est de rejeter la cause de l'affection sur l'individu et sa famille, ici l'hérédité. La tuberculose (ou phthisie en première approche), fait écrire à Portal, au sein de Histoire de l'Académie royale des sciences : « *On observe, à la vérité que plusieurs individus d'une même*

famille, sont successivement attaqués de cette maladie : mais en examinant les circonstances de cette observation, on voit qu'il est bien plus naturel de regarder la phthisie comme héréditaire que comme contagieuse. » (Portal, « Observations sur la phthisie de naissance », *Histoire de l'Académie des sciences*, Paris : Imprimerie royale, 1784, VII-773 p., (ici p. 10), et : « *Ne voit-on pas encore tous les jours des personnes qui périssent de la phthisie dans un âge très avancé, & qui ont perdu leurs parents de la même maladie dans leur plus tendre jeunesse ? Ce n'est donc pas par la contagion qu'on peut raisonnablement expliquer de pareils faits... n'est-ce-pas que les hommes aiment mieux imputer à des causes étrangères qu'à leur propre constitution, les maux auxquels la foible humanité les expose* » (ici, p. 633).

Mais restons au sein du XVIII^e siècle. Des documents précieux donnent la parole aux habitants.

LES CAHIERS DE DOLÉANCES DE LA RÉVOLUTION FRANÇAISE

Les Cahiers de doléances de la Révolution française de 1789 contiennent, par rapport aux demandes de suppression des priviléges, des documents sur la santé et les causes de son altération. Il s'agit de témoignages où les biais d'expression existent, mais sont assez faibles. Ces cahiers témoignent des plaintes et des reproches de la population française, des campagnes notamment : la fatigue et les travaux pénibles, un environnement malsain font partie des doléances : (Bligny-Bonaurand (E.) [Archiviste du département du Gard, responsable de la publication], *Cahiers de doléances de la Sénéchaussée de Nîmes pour les Etas Généraux de 1789*, t.1, Nîmes : Chastaner, 1908 LV-584 p.) « *Dans les manufactures de soie, on employait depuis les enfants en bas âge jusqu'à des vieillards infirmes. Ces prolétaires vaillants s'estimaient trop heureux de trouver abondamment du travail, dussent-ils y laisser leur santé, y contracter de nombreuses maladies, tares ou déformations professionnelles* ». (ici p. XXX)

« *Ils ont l'honneur d'exposer que leur communauté est assez malheureuse pour posséder un terrain peu fécond, étroit et ingrat, d'une culture très dure, impropre à la récolte des grains les plus précieux, fort maigre et difficile au labourage, à quoi certains particuliers pourraient parvenir, si le temps n'était point si dur. En pratiquant des défrichements coûteux, la plus grande partie des habitants sont obligés de cultiver par leurs bras. C'est [ce] qui porte atteinte à leur santé. Le pays étant extrêmement fiévreux [et] malsain, les frais de culture ou les maladies fréquentes leur enlèvent leur [subsistance] nécessaire* ». (ici, p. 31) (Mandement d'Allègre)



Dans un autre de ces cahiers, le caractère malsain du voisinage des étangs est souvent repris à côté d'indication sur le manque de « vêtue » :

« *L'on désirerait beaucoup la suppression de l'étang de Lindre, dont les brouillards et marais occasionnent souvent des maladies épidémiques et des fièvres dans toutes les saisons de l'année [ce qui] porte un préjudice notable aux cultivateurs dans les terrains qui avoisinent ledit étang, par les eaux qui ne s'écoulent que très difficilement par les barrages, surtout dans les temps d'inondation, et qui s'étendent jusque dans les champs et près quelquefois prêts à récolter.* » « Cahier des plaintes et doléances des habitants et communauté d'Assenoncourt, à présenter par leurs députés à l'assemblée du bailliage de Dieuze, et, de là, aux États généraux », (Etienne (Charles), publ., *Cahiers de doléances des baillages des généralités de Metz et Nancy pour les Etats généraux de 1789*, première série de Meurthe-et-Moselle, (t.2), Nancy : Berger-Levrault, 1912, VIII-443p. (ici, page 19, article 22).

Comme un leitmotiv, revient le prix du sel qui entraîne des gênes à son achat et par voie de conséquence, beaucoup de maladies au sein de différents bétails comme au sein de la communauté humaine. Il convient de signaler, encore et encore, combien la séparation entre la médecine humaine et animale fut fâcheuse et à l'origine de beaucoup d'épidémies communes mal perçues, mal comprises et mal traitées. Depuis le néolithique la déforestation et les élevages mal organisés sont sources d'épidémie. La sollicitation de l'eau fut elle aussi responsable d'un grand nombre d'affections.

« *Que nous sommes voisins d'un étang qui occupe un terrain immense dont nous tirerions par la culture une grande quantité de grains et de fourrages, et qui répand parmi nous un air corrompu et des maladies* » (Lindre-Basse, article 15, ici., p. 216).

« *Que Sa Majesté daigne jeter un coup d'œil sur cette malheureuse province. Sa stérilité et son insalubrité ne sont que trop connues ; il (sic) ne pourra que lui accorder des secours, ce qui engagerait infailliblement les propriétaires et cultivateurs à l'améliorer et pratiquer des égouts pour donner des écoulements aux eaux croupissantes et qui corrompent la pureté de l'air qui donne des maladies épidémiques, qui la désolent et la ravagent* » (article 23, p.190, Marcilly-en-Viltette). (Bloch (Camille), [Camille Bloch était alors Inspecteur général des bibliothèques et des archives], *Cahiers de doléances du baillage d'Orléans pour les Etats généraux de 1789*, Orléans : imprimerie orléanaise, 1906, LXXV-800 p.

La demande de suppression de la gabelle et son lien avec les maladies des êtres humains et des animaux est récurrent. Une autre demande très fréquente est tout simplement d'avoir des soins, soins de médecins et soins

en hôpitaux ; la demande (et les reproches) au pouvoir central témoigne d'un sentiment d'abandon et d'indifférence. Nous remarquons aussi que cette *Collection de Documents inédits sur l'histoire économique de la Révolution française publiés par le Ministère de l'instruction publique* est précieuse pour connaître la vie sociale et économique de la France à la fin du XVIII^e siècle, comme l'est le Plan Terrier quelques années auparavant.

« *On prie aussi qu'il soit demandé d'ordonner aux médecins et chirurgiens de se transporter dans les paroisses où il y a des maladies et d'y traiter grattisse (sic) les pauvres et les personnes peu riches. Combien de malheureux périssent parce qu'il faut payer trop cher un chirurgien ou médecin, et qui par le plus simple, traitement leur aurait sauvé la vie. Il devrait être aussi ordonné à chaque chirurgien ou médecin d'en choisir un parmi eux, dans la ville où ils demeurent ou dans leur élection, pour donner chaque année aussi « gralys » un cours public d'accouchement. N'est-il pas triste que, dans la campagne surtout... de malheureuses mères soient contraintes, n'ayant pas le moyen d'appeler un médecin ou chirurgien, de confier leur vie et celle de leurs enfants à des personnes ignorantes ?* » (Bridrey (Emile), [Docteur en droit], *Cahiers de doléances du Baillage de Cotentin (Coutances et secondaires)*. (Sauxemesnil, Paris : Imprimerie nationale, 1908, 806 p. (ici, p. 502-503)). Contrairement aux comités ou conseils en matière de santé, qui se multiplièrent au XIX^e et XX^e siècle, les assemblées chargées de rédiger les Cahiers de doléances voient se côtoyer médecins, certes, mais aussi nombre d'autres représentants de corporations et métiers divers.

Nous avons ici formalisé l'une des plaintes essentielles provenant des populations qui nous ont précédés : le sentiment d'abandon. J'ai retrouvé des reproches du même ordre au sein des archives départementales du Nord, du Finistère ou des Hautes Pyrénées ou de Suisse (exemple de la vaccine au début du XIX^e siècle ou de la diphtérie à la fin du siècle : les soins font défaut comme les praticiens).

Il est temps, en ce début du XIX^e siècle, de lire Fodéré, dont l'influence fut majeure dans la première moitié du siècle :

« *Après avoir secoué la poussière de certains préjugés, nés, les uns, d'idées superstitieuses qui se sont mêlées partout; les autres, de l'amalgame qu'on a voulu faire des choses physiques avec ce qui appartient à la vie, nous allons donner notre définition de l'épidémie : nous entendons par là une maladie quelconque qui se trouve très répandu et par suite d'une ou de plusieurs causes communes et de prédispositions dont un grand nombre d'individus se sont trouvés munis pour la contracter. Il n'y a qu'à supposer, en effet, pour concevoir comment*



une maladie qui ne serait que particulière put devenir générale, qu'un certain nombre d'individus ont été exposés à la même cause, qui n'aurait agi dans d'autres cas que sur une ou deux personnes, et qu'ils ont apporté à la production de la maladie la même disposition. Cette dernière condition est, comme nous le verrons par la suite, aussi nécessaire que la présence des causes pour que leur effet ait lieu. Un homme, par exemple, dont les organes de la circulation et de la respiration sont dans un état d'excitation (ce qu'on peut regarder comme une disposition à l'inflammation), s'expose à un courant d'air froid, à la pluie, au vent, prend une boisson froide, ou se couche à terre : il sera très ordinaire qu'il soit pris d'une pleurésie ou d'un rhumatisme aigu, si les muscles étaient fatigués par le travail ou par la marche ; ce qui n'arrivera pas à celui qui se trouvait auparavant calme et tranquille. Supposons actuellement que les conditions du premier soient les mêmes pour une troupe d'ouvriers, de moissonneurs, de laboureurs, pour une armée, et nous aurons une maladie épidémique. Il est aisément de faire l'application de ce cas simple et très familier à toutes les autres maladies. Les changements de saisons et les variations de la température produisent souvent des maladies chez ceux qui ne sont pas garantis et qui y sont disposés ; et s'il s'en trouve un grand nombre, voilà une épidémie... Ce sera la boule de neige qui, en roulant, a acquis le volume d'une montagne » « Fodéré (E.M.M.), *Leçons sur les épidémies et l'hygiène publique faites à la faculté de médecine de Strasbourg* », Paris/Strasbourg : F.G. Levrault, 1822, t. 1, V-523 p.), (ici p. 24-26) [Fodéré était professeur au sein de cette faculté].

Mais attardons nous sur le croup (Lacroix (J.-B.), *Tableau d'une épidémie de croup qui a régné à Gueret sur la fin de 1821 et au commencement de 1822*, Paris : Crochard, Librairie, 1822, 56 p.)

L'auteur, après avoir dressé la topographie de la localité s'attarde sur les causes :

« Causes. Au nombre des causes qui ont prédisposé à contracter la maladie, il faut mettre en première ligne l'enfance ; aucun individu n'en a été atteint au-dessous d'un an ni au-dessus de douze. Les autres causes prédisposantes ont été, en général, la faiblesse, de l'enfant, rarement un état contraire, quelquefois des maladies antérieures, la présence d'un catarrhe pulmonaire ou d'une angine tonsillaire, enfin les variations de température : c'est presque toujours aux changements de tems, que nous avons vu la maladie se manifester. Peut-être a-t-il existé, en outre, un état particulier, quoiqu'inappréciable, de l'atmosphère, qui n'a pas été, étranger à sa production. Bien qu'elle ait frappé un plus grand nombre de filles que de garçons, il me semble que cette particularité doit être attribuée spécialement

à la faiblesse du sexe féminin, dont la délicatesse et la susceptibilité nerveuse sont si grandes à tout âge. Il n'a été possible de remarquer dans, l'intérieur de la ville, aucune circonstance qui ait influé sur son développement ; on l'a observée dans tous les quartiers : elle y a frappé indistinctement les enfants du riche et ceux du pauvre, ceux qu'on élevait avec le plus de soin comme, ceux qu'on abandonnait à eux-mêmes... » (ici, p. 15).

L'âge, le sexe, le temps, le passage subit du chaud au froid sont invoqués. L'affection frappait indifféremment, selon lui, le riche comme le pauvre.

Au milieu du XIX^e siècle la fièvre puerpérale est l'objet de nombreux débats et discussions et l'antisepsie, puis l'asepsie, voir le simple lavage des mains comme l'usage des masques pour se protéger comme pour protéger les autres individus n'est pas reconnu, mis à part quelques cas particuliers. Ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle par exemple, que l'usage du masque est reconnu progressivement comme une protection.

Dans cet ouvrage, (Charrier (Amédée) ; *De la fièvre puerpérale, épidémie observée en 1854 à la maternité de Paris*, Paris : Labé, 1855, 99 p.) l'auteur invoque des causes bientôt balayées par le simple lavage des mains (Semmelweis vers 1847) Il cite un certain nombre de facteurs favorisants comme la chlorose ou chloro-anémie, le fait d'être primipare ou de subir des saignées et écrit : « La cause prochaine de la fièvre puerpérale est insaisissable comme la cause de toute maladie épidémique ; mais l'ensemble des symptômes, et surtout leur caractère spécial, doit nous porter à admettre qu'elle est due à une altération primitive de tous les liquides de l'économie ; qu'elle est produite par un principe toxique qui échappe à toutes nos recherches, que nous observons dans ses effets, et dont nous ignorons entièrement l'essence. Mais, si la genèse de la maladie nous échappe, il n'en est pas de même de certaines causes prédisposantes. » (ici, p. 46)

UNE ÉPIDÉMIE SOUDAINE ET TERRIFIANTE : LE CHOLÉRA

Les épidémies de choléra du milieu du XIX^e siècle sont assez bien identifiées. Le médecin des épidémies de Dole montre la fuite des personnes aisées (Billot, docteur), *Rapport à l'Académie de médecine sur l'épidémie de choléra qui a régné, depuis le 20 juillet jusqu'au 15 octobre 1854, dans les communes de Dôle, Authume, ...* », Poligny : imprimerie Mareschal, 1854, 26 p.) « Nous sommes arrivé au moment de la plus grande intensité de l'épidémie ; on a effectivement constaté ce jour-là 53 décès, chiffre énorme, quand on remarque que la population était réduite à peu près à ses deux tiers, environ 6 000 habitants, par l'émigration successive de la classe aisée ...



ses magasins, ses fenêtres étaient fermés; ses rues désertes, autrefois si fréquentées, n'étaient parcourues que par les convois funèbres, quelques rares voyageurs, ou les personnes à la recherche de médecins. De grands feux de bois résineux, allumés sur divers points, projetaient le soir, sur ses maisons en deuil, leurs lueurs sinistres et vacillantes; tout en un mot offrait l'aspect de la désolation... » (ici p. 6). Il insiste sur l'incidence parmi les gens pauvres : « Pour notre compte, nous avons remarqué, dès notre arrivée, qu'elle sévissait avec intensité, et presque exclusivement, sur la classe pauvre et la classe ouvrière habitant les carrefours, les rues étroites, les logements les plus malsains, c'est-à-dire mal aérés, humides, privés de soleil et de lumière, et surtout sur les personnes épuisées par les privations et les excès de toutes sortes. » (ici p. 9)

La cause essentielle lui échappe, mais il s'attarde sur les causes prédisposantes : « L'action de l'air froid et humide, surtout pendant la nuit, les transitions de température, l'habitation dans les lieux bas et humides, l'entassement des individus, les travaux excessifs, la fatigue, les veilles, les affections tristes de l'âme, la crainte, la frayeur, suites d'une préoccupation trop vive de l'épidémie, toutes les passions débilitantes, l'abus des aliments sous le double rapport de la qualité et de la quantité, les excès de boissons spiritueuses, les indigestions, sont autant de causes prédisposantes au développement de cette maladie. Ajoutons que les conseils hygiéniques incendiaires qui ont été recommandés et généralement accueillis et suivis, tels que préparations camphrées, usage de thé, de camomille, de rhum, de café, et nourriture stimulante de toute espèce ont eu pour résultats de provoquer, pendant l'épidémie, des dérangements des viscères intestinaux qui ne tardaient pas à prendre tous les caractères de la forme cholérique. » (ici p. 12). On retrouve ici le rejet sur les habitudes et dispositions des individus, et le fait que la maladie dominante « imprègne » l'ensemble de la pathologie. Les causes et/ou les facteurs favorisants sont encore très largement reportés sur les individus eux-mêmes.

IMPORTANCE DES LAZARETS ET DES QUARANTAINES

Si les quarantaines sont établies dès le Bas Moyen Age, elles se codifient au niveau international à partir du XIX^e siècle, à l'occasion de plusieurs conférences internationales. Voici un assez bon exemple du mécanisme des quarantaines.

« Les Lazarets dont la création remonte au temps des Croisades, furent institués d'abord pour recevoir les lépreux; ils servirent plus tard à renfermer les individus, les vêtements et les marchandises arrivant de pays suspects. La durée de cet isolement se nomme quarantaine, parce que dans le principe, elle était invariablement

fixée à 40 jours. Les provenances, qui comprenaient les hommes, les animaux, les effets et les marchandises, sont partagées en diverses catégories, suivant le certificat qui leur a été délivré au point de départ, par les agents consulaires ou les administrations sanitaires; ce certificat qui a reçu le nom de Patente indique en quelques mots l'état sanitaire du pays où a lieu l'embarquement, et celui de l'équipage et des passagers. L'ordonnance du 9 août 1822 mettait sous le régime de la patente brute les provenances qui avaient été depuis leur départ infectées d'une maladie pestilentielle, qui venaient de pays infectés, ou qui avaient communiqué avec des lieux, des personnes, ou des choses susceptibles de transmettre la contagion. Elle appliquait la patente suspecte aux provenances des pays où régnait une maladie réputée pestilentielle, ou de pays qui, quoique exempts de soupçons, étaient, ou venaient d'être en libre relation avec des pays qui s'en trouvaient entachés. La patente était nette, si aucune des applications ci-dessus ne pouvait atteindre les pays ou les provenances... »

En fait les autorités appliquèrent parfois des mesures très définitives.

La loi du 9 mars 1822 était particulièrement stricte : L'article 7 de cette loi est ainsi conçu : *Toute violation des lois et règlements sanitaires sera punie : De la peine de mort, si elle a opéré communication avec des pays, dont les provenances sont soumises au régime de la patente brute, avec ces provenances ou avec des lieux, des personnes ou des choses placées sous ce régime. De la peine de réclusion et d'une amende de 200 francs à 20 000 francs, si elle a opéré communication avec des pays dont les provenances sont soumises au régime de la patente suspecte, avec ces provenances ou avec des lieux, des personnes ou des choses placées sous ce régime. ART. 9 La peine de mort sera prononcée en cas de violation du régime de la patente brute. ART. 11 - Sera puni de mort, tout individu faisant partie d'un cordon sanitaire, ou en faction pour surveiller une quarantaine, ou pour empêcher une communication interdite, qui aurait abandonné son poste ou violé sa consigne* (ici p. 99-100).

L'étiologie « atmosphérique » perdurera jusqu'au XX^e siècle. Comme dans de nombreux domaines du savoir, l'étiologie médicale s'imprègne des connaissances développées dans les autres champs du savoir. En voici un exemple à proposer de la « grippe », affection pour laquelle deux précisions s'imposent : le terme est ici générique et aucun germe, à la fin du XIX^e siècle n'est de façon unanime, reconnu comme étant l'élément en dehors duquel l'affection n'existe pas. L'auteur reconnaît ainsi l'influence indiscutable, de la direction des vents d'Est et Nord Est ou Nord durant les jours qui précèdent l'épidémie, l'abaissement de l'influence électrique au-dessous de la normale, les écarts assez brusques de la



température observée sur la température moyenne normale de l'époque correspondante, les écarts analogues de la pression barométrique, enfin et surtout la coïncidence avec une élévation de cette pression et l'abaissement de l'influence électrique, (Dignat (P.), *L'épidémie de grippe de 1894-1895 à Paris et les conditions météorologiques concomitantes*, Clermont (Oise) : imprimerie Aix frères, 1895, 28 p. [Dignat était ancien chef de clinique à la Faculté de médecine de Bordeaux]. L'auteur n'écarte pas la possibilité de l'existence de germes mais développe, par de longues considérations, courbes et tableaux, une théorie aérienne, sans levier d'actions possibles.

LA RÉTICENCE DE CERTAINS MÉDECINS

Parfois ce sont les médecins qui craignent l'emploi de mesures préventives ou thérapeutiques. Un exemple nous en est donné par la circulaire relais du 26 mai 1916 à propos de la diphtérie, maladie qui pouvait provoquer de très importantes épidémies frappant de grands ensembles géographiques en peu de temps. Le ministre de l'Intérieur s'adresse aux préfets pour relais aux sous-préfets. Il rappelle une circulaire du 12 novembre 1915 sur la prophylaxie de la diphtérie et il constate que dans : « un grand nombre de cas les médecins hésitaient à pratiquer les injections préventives de sérum, en raison des appréhensions que leur inspirerait l'apparition d'accidents sérieux. » (Archives départementales des Hautes Pyrénées, 5M56, n°2525). Il a donc saisi l'Académie de Médecine (Conseillère du Gouvernement), sur l'emploi du sérum antidiplétique. Netter fait un rapport et indique que les accidents graves consécutifs à la première injection ou aux réinjections sont très rares. L'emploi du sérum antidiplétique fit chuter de manière spectaculaire le nombre de décès d'enfants.

ET REVINT LA GRIPPE

Boillon (Louis), *Considérations cliniques sur l'épidémie de grippe observée dans l'arrondissement de Pontarlier (Doubs) pendant l'année 1918*, Thèse de la Faculté de médecine et pharmacie de Lyon, Doctorat en médecine, imprimeur-éditeur de la faculté de médecine de l'université, 1918, 53 p. La description faite ici a acquis un statut pérenne que l'on retrouvera dans nombre de descriptions postérieures : mauvaise hygiène et indiscipline des individus : crachats, mauvaise hygiène des mains, possibilité d'une immunité acquise protectrice, bénignité chez certaines populations ici les enfants.

« Un fait domine l'histoire de la grippe, connue d'ailleurs depuis longtemps : la contagion. La grippe peut être considérée comme le type des maladies contagieuses.

Il semble démontré que l'agent infectieux se transporte par l'air, projeté à courte distance par les gouttelettes de salive qu'expectore le malade au moment des quintes de toux. Cette notion est confirmée par l'extrême contagiosité des formes respiratoires ; elle est plus discutable chez les sujets qui ne toussent pas, dans les formes légères en particulier, où toute la symptomatologie se réduit à une courbature généralisée avec fièvre et céphalée, sans participation appréciable des muqueuses des premières voies digestives et respiratoires. » (ici p. 12)

« Lorsqu'un cas de grippe apparaît dans un village, la dissémination de la maladie s'explique d'elle-même. Il suffit d'avoir vu le manque d'hygiène vraiment désespérant des habitants des campagnes pour s'en rendre compte : salles basses, mal aérées, lits enfermés dans des alcôves ou entourés de rideaux, fenêtres constamment fermées, même par un beau soleil, accumulation des occupants dans une chambre unique, surchauffée dès les premiers froids, où les repas sont pris à proximité du lit des malades qui crachent dans un mouchoir, une serviette, ou plus souvent à même le sol et presque sur les murs. Ajoutons à cela la curiosité des voisins qui viennent voir les sujets malades, séjournent auprès du lit, aident à les soigner, et rentrent ensuite dans leur famille sans prendre la précaution, cependant élémentaire, de se laver les mains. Il est certain que, si la gravité de l'épidémie en Suisse a pu être attribuée en grande partie au défaut de résistance résultant des restrictions alimentaires, l'épidémie que nous avons observée dans nos régions est devenue menaçante à certains moments, par suite de l'inapplication des notions les plus élémentaires d'hygiène individuelle et sociale. » (ici p. 13-14)

UN RAPPEL CONSTANT SUR L'IMPORTANCE DE L'HYGIÈNE

En 1932, l'étiologie d'un certain nombre de maladies infectieuses est connue, comme les germes des fièvres typhoïdes et la fondamentale loi du 15 février 1902 sur la santé publique demeure la référence en matière de santé publique. Parmi tous les exemples, j'ai choisi de citer ici les Archives départementales des Hautes Pyrénées. Ainsi, l'Inspecteur départemental d'hygiène s'adresse au Maire de Rabastens de Bigorre : « Au cours de l'enquête que j'ai été amenée à faire à Rabastens au sujet des cas (trois) de fièvres typhoïdes, j'ai appris que la plupart des maisons de cette commune manquent de fosses d'aisance, que les particuliers mettent les matières fécales dans des comports qui sont vidées un peu partout et surtout dans des canaux ou ruisseaux. Cette déplorable habitude peut devenir extrêmement dangereuse en cas d'épidémie et je redoute que les cas actuels de typhoïde ne deviennent pour la population le début le début d'une catastrophe. » (Archives départementales des Hautes Pyrénées, 5M56,



n° 2525). L'inspecteur signale qu'il n'y a pas d'adduction d'eau potable et que l'eau provient de la nappe souterraine. Il rappelle la loi du 15 février 1902. Il demande, pour l'immédiat, que soient établies des fosses étanches et demande au maire qu'il prenne, dans les plus brefs délais un arrêté portant règlement sanitaire. Il lui indique que les habitants lui reprocheraient son inaction si la situation devenait grave et si cela devait entraîner des dépenses pour les particuliers, on pourrait lui en vouloir. C'est pourquoi il lui annonce son aide.

EN GUISE DE CONCLUSION

Sans être trop caricatural, il me semble que, dans les temps passés, les autorités invoquèrent des facteurs à l'origine des épidémies, comme des maladies de façon

plus générale, inaccessibles ou peu accessibles, comme l'environnement et le climat, ou découlant de la responsabilité des individus eux-mêmes.

Les habitants expriment, eux, souvent, leur abandon et des conditions de vie délictueuses.

Sur des sujets voisins :

Comiti (Vincent-Pierre), « Les maladies d'autrefois », *La recherche*, octobre 1980, p. 1044-1051.

Comiti (Vincent-Pierre), « Le changement étiologique en médecine de 1825 à 1850 », Communication présentée le 22 novembre 1986 devant la Société française d'histoire de la médecine, *Histoire des sciences médicales* 1986, 20 (4), p. 415-424.

Comiti (Vincent-Pierre), « L'étiologie et la causalité ou histoire du jeu de la responsabilité médicale et sociale », *Actions et recherches sociales*, 1990 (1), p. 21-31. ■



LA PANDÉMIE DE COVID-19 OU LE DIALOGUE ENTRE HISTOIRE ET PHILOSOPHIE

THE COVID-19 PANDEMIC OR THE DIALOGUE
BETWEEN HISTORY AND PHILOSOPHY

Anne Marie MOULIN*

RÉSUMÉ

La pandémie de Covid-19 aura-t-elle opéré un choc salutaire en révélant des capacités de solidarité et de rénovation morale et ouvert des possibles qui paraissaient inimaginables ? L'Histoire des épidémies fournit quelques points de comparaison mais s'avère insuffisante devant la singularité du confinement planétaire qui a suivi la pandémie. C'est la philosophie qui rend le mieux compte de la sidération et du repli sur soi qui devraient, comme le veut sa démarche, éclairer l'avenir.

MOTS-CLÉS

Covid-19, Pandémie, choc, Histoire, Philosophie, Valeur de la vie, Mort.

ABSTRACT

Is it possible to expect a “beneficial shock” from the experience of planetary confinement, which has followed the Covid-19 pandemic? Can this new experience pave the way to unprecedented changes in our way of life and to an improvement of the human condition? The chapter reviews the lessons of past pandemics to conclude to the uniqueness of the Covid event and suggests that the confinement of mankind has created a situation analogous to the philosophical experience of radical doubt before reconstruction, without a guarantee that this shock will operate for the best.

KEYWORDS

Covid-19, Pandemic, Shock, History, Philosophy, Value of Life, Death.

* * *

Christian Byk a titré le numéro du *Journal de Médecine Légale* sur la pandémie de Covid-19, qu'il coordonne : « Un choc salutaire ». Ce choc serait celui d'une crise marquée par un tiraillement entre mesures autoritaires et libertés, entre le déploiement des énergies et des initiatives et une dictature de salut public, le terme de salut convenant à une situation d'urgence autant politique que sanitaire.

La pandémie de Covid-19, qui a débuté en Chine en 2019, n'a pas été en fait une totale surprise. Depuis les années 1990, en totale contradiction avec le rêve d'éradication des maladies infectieuses, voire des microbes tout court, le thème des maladies émergentes ou réémergentes avait amené à refourbir des concepts et des instruments qui avaient été jusque-là plus ou moins remisés, comme la quarantaine. Le rêve avait fait place à une préoccupation réaliste des échanges ordinaires entre les bactéries, les virus, les parasites et les hommes. Mais entrer en pandémie, c'est une autre affaire. Le mot vient du sénateur Claude Huriet dans ce numéro. Entrer en..., l'expression est solennelle. Est-ce qu'on entrerait en pandémie comme on entre en religion, par une porte qui se referme comme dans la clôture d'un monastère, avec un bruit sépulcral ? Assurément, il y a eu choc, et le discours présidentiel d'Emmanuel Macron a tout fait pour choquer ceux qui n'étaient pas choqués, et assurer une mise au pas de la nation.

L'idée même de « choc salutaire », un oxymore, laisse à vrai dire perplexe. Les bénéfices d'un choc sont loin de tomber sous le sens. La réanimation chirurgicale vise à

HISTOIRE DE VIRUS, HISTOIRE DE PEURS

* Directrice de recherche émérite au CNRS
Professeure associée à l'Université Senghor d'Alexandrie
Unité SPHERE, CNRS/Université de Paris
anne.saintromain@gmail.com



« déchoquer » les blessés et rattraper une tension artérielle effondrée par les hémorragies. La médecine s'efforce de remédier aux dégâts du « stress », un concept dû à Hans Selye, stress aigu ou chronique, état d'épuisement consécutif aux traumatismes définis de manière de plus en plus large par les sociétés contemporaines(1). Mais la médecine a aussi inventé les chocs thérapeutiques. Pendant la Grande Guerre, les neuropsychiatres (les deux disciplines n'avaient pas encore accompli leur séparation), confrontés à des désordres graves du comportement et de l'humeur chez les rescapés du conflit, les ont soumis à des chocs électriques pour les ramener de force à la vie « normale »(2). Ce n'est que récemment que les historiens ont inventorié toute une littérature médicale sur cette expérimentation enfouie dans les archives et qui avait suscité peu de contestations, malgré les séquelles des électrochocs généreusement administrés qui dépassaient souvent les limites admises de sécurité pour le calibrage du courant. En psychiatrie civile, on a connu aussi plus tard la mode des électrochocs, destinés à soigner les états confusionnels, les dépressions, les aboulies, et même les schizophrénies... A côté des électrochocs, il y a eu aussi les « cures de Sakel », des injections d'insuline plongeant le patient dans un pré-coma hypoglycémique : le réveil avec administration d'un bol de soupe hypersucré mimait une nouvelle naissance. Ces types de cure ont été progressivement abandonnés dans les années 1970. La pandémie peut-elle figurer dans l'Histoire l'exemple d'un « choc salutaire » ?

I. UNE REVUE HISTORIQUE

L'histoire a été la première discipline mise à contribution pour étaler le choc de la survenue de la pandémie. La régression à des mesures oubliées d'isolement et l'appel à la « distanciation sociale » ont été l'occasion de balayer les antécédents historiques, à la recherche de repères et d'enseignements, afin d'atténuer le dépaysement tout en suggérant que malgré tout il y avait quelque chose de changé : on n'avait pas pour rien inlassablement célébré l'ère des révolutions médicales, enchainant l'avènement de la théorie bactérienne des maladies, de l'antibiothérapie, de la biologie moléculaire, de l'analyse des génomes, des protéomes etc.

Les historiens ont inventorié les conséquences des épidémies, revivant leurs drames chacun à leur façon. C'est ainsi que le récit de la « peste d'Athènes » par

(1) Hans Selye, *The Stress of Life*, McGraw-Hill, 1956.

(2) Marie Derrien, « La tête en capilotade ». Les soldats de la Grande Guerre internés dans les hôpitaux psychiatriques français, thèse sous la direction d'Isabelle von Bueltzingsloewen, université de Lyon 2, 2015.

Thucydide au 5ème siècle avant J-C a inspiré au cours des siècles d'innombrables relectures(3) dépendant du cadre mental et des préoccupations des générations successives. On peut retenir l'importance du rôle des médecins pendant l'épidémie. Tout d'abord ils étaient là, ils n'avaient pas tous déserté, comme cela arrivera parfois par la suite. Au témoignage de Thucydide, ils se démenaient pour trouver des remèdes au terrible mal et répondre à l'attente des malades et aux supplications des mourants. Lucrèce, le philosophe épicurien à Rome, quand il narre l'épisode athénien dans son poème *De la Nature*, rappelle leur présence impuissante :

« La médecine en deuil suivait leur agonie(4). »

Et, autre analogie, comment un contemporain pourrait-il être insensible à l'observation de Thucydide que les rescapés de l'épidémie, au nombre desquels l'historien athénien se comptait, peuvent, au moment de la « seconde vague », soigner sans danger les nouvelles victimes, ce que je traduis machinalement, en praticien du 21^e siècle, comme la reconnaissance d'une « immunité » protectrice, précisément celle que nous nous efforçons d'évaluer aujourd'hui chez les personnes avec un antécédent d'infection par le Covid-19 ?

Au cours d'une fresque haute en couleurs, chaque grande pandémie suggère de multiples facettes et malgré les lacunes de la documentation, tant pour le continent africain que pour l'Orient Extrême, on peut tenter une liste des figures récurrentes au cours de l'épidémie. Le spectre du désordre y tient la première place : « l'anomie » décrite par Thucydide, ou la cessation du règne de la loi et la menace du retour à la sauvagerie. Et surtout la terreur populaire, responsable de comportements aberrants jusque-là inimaginables.

C'est à cette panique qu'ont voulu remédier les gouvernements en 2020, tant par leurs frénétiques communiqués sur les bilans sanitaires que par les assurances ressassées que la situation était bien en mains. Ce qui a amené les publics à douter des uns et des autres, et à soupçonner derrière les discours officiels l'inquiétude et la désorganisation, voire le mensonge. Comment l'art politique de la communication s'est-il déployé en fonction des incertitudes scientifiques et a-t-il aidé à tenir le gouvernail par temps de tempête(5), à la hauteur d'une éthique modulée par l'urgence ?

(3) Alice Gervais, Thucydide et la littérature de l'épidémie. A propos de la « Peste d'Athènes », Bulletin de l'Association Guillaume Budé, Année 1972, 31, pp. 395-429.

(4) Lucrèce, De Natura Rerum, traduction André Lefèvre, Société d'éditions littéraires, 1899, Livre VI, vers 1192.

(5) Hervé Chneiweiss et Jean-Yves Nau, *Éthique, Avis de tempête, Les nouveaux enjeux de la maîtrise du vivant*, Alvik, 2003.



Les peuples réclament des coupables : la recherche des boucs émissaires est un trait récurrent de toutes les épidémies. Plusieurs catégories sociales peuvent en faire les frais, mais dans l'histoire de l'Occident, ce sont souvent les mêmes qui reviennent incarner un autre lui-même menacé et menaçant en raison du projet subversif qui lui est prêté : étrangers en tous genres, nomades, juifs, minorités, déshérités... L'obsession de désigner une origine géographique à l'épidémie et un lieu réservoir du mal, nourrit les fantasmes et les imprécations : en 2020, on veut accoler un passeport aux virus de notre temps comme le « virus chinois » dénoncé par Donald Trump. La rancœur accumulée par les populations n'épargne d'ailleurs pas les pouvoirs en place, accusés d'avoir failli à la « preparedness » (préparation) requise par la modernité et dramatisée par l'éventualité d'une guerre froide entre la Chine et l'Occident ou entre l'Amérique et le reste du monde.

La peur qui pousse les hommes à des comportements extrêmes connaît évidemment des antidotes qui là encore s'alignent dans une perspective transhistorique. Une culpabilité intense suscite toutes les formes de demande d'intercession divine, variant en fonction des cultes dominants. Les processions traversent les siècles, les foules viennent implorer les saints protecteurs. Aujourd'hui des clercs s'impatientent des limitations des célébrations qui peuvent soulager les consciences et fournir un répit aux angoisses. En Afghanistan, les mollahs bravent l'interdit des prières en groupe ; en Israël des religieux restent attachés au quorum, le *minyan* imposé par la tradition pour les prières collectives et les enterrements, et refusent de se conformer au confinement.

Au bout des arguments et raisonnements historiques, se fait pourtant jour l'évidence : la pandémie de Covid-19 est survenue dans un contexte unique qui a défié la prévision. L'épidémiologiste Arnaud Fontanet, au cours d'une conférence très pédagogique au Collège de France sur sa discipline, définie comme « une science du risque en santé publique », s'était avancé jusqu'à dire, en 2019 : « Les nouvelles sont plutôt bonnes(6) : À l'Ouest rien de nouveau(7). Il est toujours difficile d'être prophète, même dans sa discipline !

A partir de cette convergence sur le constat, familier aux historiens, que l'Histoire ne se répète pas, et que ses leçons sont par définition difficiles à tirer, l'Histoire est envisageable sous un angle différent, celui de l'évènement et de sa radicale nouveauté. Le terme d'évènement a été introduit dans le vocabulaire de l'épidémiologie. Il

désigne un noeud de circonstances qui ont transformé un timide virus faisant son apprentissage de l'organisme humain en un feu d'artifice : tel les « clusters » de cas autour des rassemblements et des célébrations de masse : grands matches ou rencontres de fans ou de fidèles. La surveillance des épidémiologistes s'est déportée sur les « événements » comme foyers de contagion, on y retrouve les pèlerinages incriminés de longtemps dans les épidémies de choléra : ils ont été interdits ou restreints, comme l'*oumrah* à la Mecque en Arabie ou à Touba en Afrique.

L'attention aux « clusters » de cas fait un peu revivre les théories du *nidus* au 19^e siècle(8) : le « nid » était un foyer incriminé pour expliquer la contagion, unissant l'air et l'eau en un complexe malsain : landes maléfiques (berrichonnes) de la Mare au Diable(9), marécages surmontés de brouillards méphitiques. Dans les villes encombrées d'ordures, les puanteurs préfiguraient les maladies épidémiques avec lesquelles elles étaient identifiées. Ces « nids », selon les hygiénistes, n'attendaient que « le facteur x », le « fomite », l'amadou qui mettrait le feu aux poudres. Fomite, du latin *fomes*, est le terme, récemment remis à l'honneur, utilisé par Fracastoro, le médecin vénitien du pape Paul III en 1509,(10) en qui on a voulu voir un précurseur génial du rôle des microbes(11) :

« Par *fomes* je veux dire des vêtements, des objets en bois et des choses de ce genre, qui, bien que pourtant n'étant pas eux-mêmes corrompus peuvent préserver les *germes* (c'est nous qui soulignons) d'origine de la contagion et infecter par leur moyen. »

A la fin du 19^e siècle, l'hygiéniste Max von Pettenkoffer a tenu tête à Robert Koch en contestant que le vibron que celui-ci avait découvert en 1894 à Calcutta puisse être la cause unique des épidémies de choléra. Au moment de l'épidémie de Hambourg de 1892(12), Pettenkoffer a néanmoins rebâti une « équation » où le germe intervenait comme un « facteur x », conjointement avec des circonstances de lieu et de temps (y) et la sensibilité

(8) Sheldon Watts, *Epidemics and History. Disease, Power and Imperialism*, Yale University Press, London, 1999.

(9) Roman de Georges Sand (1846) où les héros sont piégés la nuit dans une forêt dense et humide où ils ne retrouvent pas leur chemin. <https://www.journals.uchicago.edu/toc/osiris/current>

(10) De contagione et contagiosis morbis et eorum contagio (De la contagion, des maladies contagieuses et de leur traitement), Venise, 1546,

(11) Vivian Nutton, The reception of Fracastoro's theory of contagion, the seed that fell among thorns, *Osiris*, 6, 1990, 196-234.

(12) Richard D Evans, *Cholera in Hamburg, Death, Society and Politics in the Cholera Years, 1830-1910*, Oxford, Clarendon Press 1987.



individuelle (z)(13). La théorie jugée dépassée du *nidus* pouvait donc inclure le microbe.

Après des décennies de confiance en une théorie simplifiée de la contagion, recherchant un chainon ou point de faiblesse, qu'il suffirait de briser (ce que j'appelle les théories de la « fêlure » ou de la « fissure »), nous en sommes revenus à une conception plus large de l'émergence microbienne, l'évènement qui lance la contagion, tant du côté de la nature que de la société. Côté nature, cela revient à reconnaître l'implication des organismes humains dans un milieu vivant qui les environne et même les habite. Côté société, c'est toute l'imbrication des hommes dans leurs activités ludiques et professionnelles, leurs voyages et leurs migrations, dont l'importance dans la propagation est illustrée *a contrario* par l'efficacité du confinement.

II. AU DÉBUT ÉTAIT LA PHILOSOPHIE

Tout le monde est donc d'accord sur la grande première qu'a constitué non pas tant la pandémie que le confinement de la planète qu'elle a entraîné partout, à quelques exceptions près. Certes les épidémies antérieures avaient laissé des souvenirs impérissables, mais finalement pas si impérissables que cela. Personne ne semblait se souvenir, y compris moi, pourtant étudiante en médecine à l'époque, de la pandémie grippale d'août 1968, quand le mai de la même année est encore présent dans la tête de ma génération.

Ce qui a été impressionnant est la désertification des villes, la récession des activités, l'enfermement plus ou moins volontaire, l'arrêt des déplacements et des voyages. Les hommes se sont immobilisés et séparés, on a assisté à une glaciation sociale. Tout cela a fait partie du « choc » décrit par Christian Byk, dont l'avenir dira s'il sera ou non « salutaire ». Une règle de fer s'est instaurée, plus ou moins intériorisée par la plupart des citoyens, au point de surprendre en France les témoins pensant que les Gaulois de l'hexagone étaient nés frondeurs, pour ne pas dire rebelles aux contraintes.

Après cette brève revue des grandes épidémies de l'Historie, nous voilà finalement persuadés à son terme que, quelles que soient les analogies entrevues et les leçons ébauchées, nous sommes en présence d'une authentique « catastrophe »(14), c'est-à-dire une rupture qui impose une réflexion à nouveaux frais. Après la consultation

historique, vient l'heure de la philosophie : la chouette, l'emblème d'Athéna, prend son vol au crépuscule et elle possède, comme la chauve-souris, autre animal emblématique, le don de vision nocturne.

Le confinement qui a jeté une telle ombre sur les activités humaines paraît en effet propice au retour sur soi qui caractérise la philosophie, et à la mise entre parenthèses qui marque le premier temps de la réflexion. On assiste (sous les masques ?) à une respiration suspendue (le souffle coupé !), proche de la démarche philosophique par excellence, la prise de recul nécessaire pour se concentrer sur l'essentiel et en partant de zéro trier le vrai et le faux, l'essentiel et l'accidentel. Le confinement ou repli sur soi suggère une comparaison avec le doute hyperbolique entamé par Descartes reclus en son fameux « poêle » en 1637, ou encore l'*éPOCHÉ* d'Edmund Husserl en 1913(15). Il s'agissait dans ce dernier cas pour le phénoménologue de suspendre provisoirement les affirmations sur la réalité du monde, afin de mieux identifier la visée humaine. Husserl avait emprunté le terme d'*éPOCHÉ* à la tradition du scepticisme antique, l'attitude de défiance vis-à-vis des représentations communes comme autant de possibles fantasmes, assurant la sérénité du sage (ataraxie), à l'écart des troubles.

Mais le vide imposé par la méthode de repli sur soi, marqué par un doute systématique, ne saurait se suffire à lui-même et prélude nécessairement à une reconstruction. Face à une pandémie dont la responsabilité serait partagée entre les pays entraînés par une modernité qui aurait accumulé toutes les sources de vulnérabilité(16), s'entrevoit la possibilité d'une reconstruction intégrale au nom de valeurs oubliées ou à inventer (mais lesquelles ?), une reconstruction à la hauteur du choc : a-t-on jamais vu un confinement à l'échelle de la planète ?

Le retour sur l’Histoire a pu trouver des traces de recherches en responsabilités, et avec l’expression des regrets des fautes commises, l’ébauche de bonnes résolutions. Mais l’ampleur de la façon dont le Covid-19 a ricoché sur la vie sociale et économique de la planète, a engendré une sincère appétence pour une remise à zéro, un changement qui prenne l’allure d’une « révolution » dont on peut dire qu’elle sera à la fois globale et locale. C’est là que les philosophes désignent les prémisses non d’une repentance à l’ancienne, mais d’un changement radical. Le président Macron a d’ailleurs admis, au début du confinement, apparemment avec sincérité, qu’il y a des valeurs qu’on avait oubliées et qu’il allait falloir remettre à l’honneur. Les utopies ont donc fleuri

(13) D Graham Burnett, Le facteur x. Le pari miasmatique du Professeur Petenkoffer, traduction de la description de l'expérimentation de Pettenkoffer ingérant une soupe de vibrions, 2009, <http://www.cabinetmagazine.org/issues/33/burnett.php>

(14) Françoise Lavocat, Pestes, incendies, naufrages, Écritures du désastre au dix-septième siècle, éd. Prepols 2011.

(15) Edmund Husserl, *Idées directrices pour une phénoménologie et une philosophie phénoménologique*, Gallimard, 1913, p. 101-103.

(16) Gérard-François Dumont, Éditorial Les quatre vérités du Covid-19, *Population et Avenir*, mai-juin 2020, 748, p. 3.



bon train, en économie et en politique, à l'école et à l'hôpital, à l'usine et dans l'entreprise.

Cette espérance d'un changement radical a été alimentée par le constat, dans tous les domaines, des contradictions de la production et de la consommation, du gaspillage des ressources et des injustices de leur répartition. La pandémie a aggravé les inégalités dont elle a révélé et avivé les contours. En même temps, l'épreuve commune a permis d'assister à des formes d'entraide et de solidarité inédites et inventives. Dans les médias, les entreprises, les assurances, des lobbys divers et variés ont fait passer des messages sur les trésors d'ingéniosité déployés. Des témoignages personnels attendent d'être rassemblés lors d'entreprises mémoriales qui ont déjà débuté(17). Un Conseil National de la Nouvelle Résistance a été créé le 13 mai 2020.

Avec la possibilité de révolution et d'avenue d'un futur « vrai », une observation vient néanmoins interférer, qui glace l'espérance. Le vocabulaire de la guerre a été souvent utilisé (sans faire l'unanimité) pour décrire la riposte à l'épidémie. Les plans de riposte aux épidémies ressemblent aux plans de mobilisation militaire, où chacun sait ce qu'il doit faire à la première alerte. La guerre est un modèle, qui n'est que trop familier, de concentration des énergies mutualisées dans un but belliqueux. La métaphore de la guerre est pour autant loin d'être recommandable. La mobilisation certes galvanise, mais elle a en général entraîné une adhésion des peuples à la ruée les uns contre les autres, preuve de la non-pertinence de la métaphore guerrière.

Précisément, la première preuve en faveur de l'utopie débutante aurait dû être la désertion des combats sur les nombreux fronts où ils sévissent. Bernard Henri Lévy(18) a fait des vocalises ironiques autour des bienfaits de l'unanimité de la planète contre le virus : au Yémen, les armes se seraient tuées pour un temps par accord entre les protagonistes lié au Covid-19. J'avais moi-même placé de timides espoirs dans la reconnaissance d'un combat commun entre Gaza et Israël, à cause du Covid-19(19). Mais pourra-t-on vraiment envisager une réflexion radicale sur la guerre et la paix, et assister à un changement mondial, à la hauteur du bouleversement opéré par le Covid-19 ?

Contrairement à ce que semblaient suggérer certains cessez-le-feu intervenus de loin en loin, la mobilisation contre la guerre n'aura pas lieu de toute évidence, et le

rêve de Jacques dans *Les Thibault*(20) d'une désertion globale des combattants sur tous les champs de bataille ne se réalisera pas plus qu'en 1914. Pas plus qu'une reconstruction de l'économie globale. Le rapprochement peut être tenté avec le 11 septembre qui fut aussi un choc terrible, dont on aurait pu attendre l'avènement de l'utopie : Bush annonçant le temps de la réflexion et renonçant à la riposte qui a déclenché les guerres sans fin du Moyen-Orient. Aujourd'hui l'embargo consécutif au gel du commerce ne semble guère avoir affecté les ventes régulières d'armements sophistiqués. Comment dès lors faire confiance à la révolution opérée par le Covid-19 ?

La guerre déclarée au Covid-19 n'est pourtant pas une simple fioriture rhétorique. Elle rappelle le thème de l'éradication des maladies infectieuses. Ce thème avait été particulièrement vivace au moment du succès remporté sur la variole, proclamé par l'OMS en 1979. Le terme d'éradication est ambivalent, peut-être parce qu'il contient la connotation d'arracher les racines, de créer un vide. A propos de ce vide, l'historien Mirko Drazen Grmek avait jadis exprimé une sorte d'angoisse devant la disparition du virus de la variole, coïncidant avec l'apparition officielle du VIH : non qu'il ait regretté l'éclipse d'un virus fâcheux, mais à cause du soupçon d'une béance dans un équilibre représenté par la pathocénose ou « l'ensemble des états pathologiques présents au sein d'une population déterminée à un moment donné(21) ». Depuis cette époque, le monde microbien a fait preuve d'une diversité plus grande encore que soupçonné, avec notamment la découverte des microbiotes attachés aux différents organes : à chaque organe son microbiote, et à chaque organisme son microbiome, d'où la reconnaissance d'équilibres instables à déchiffrer, qui incite à la prudence.

Quelles valeurs humaines s'agit-il donc de promouvoir ? On parle de la réalisation des aspirations des individus à une santé globale... Le terme global fait miroiter de nombreuses facettes : interdisciplinarité (santé animale et santé humaine, intégration de l'écologie), échanges et coopération entre pays, mais il peut aussi bien renvoyer à l'érosion des cultures(22), au rouleau compresseur d'une uniformisation imposée, au règne sans contestation des lois du marché(23), ce qu'on appelle couramment la

(20) Saga familiale due à Roger Martin du Gard, parue de 1922 à 1940.

(21) Mirko Drazen Grmek, « Préliminaire d'une étude historique des maladies », Annales E.S.C. 24, 1969, pp. 1437-1483.

(22) Dominique Kerouedan, « La santé globale, nouveau laboratoire de l'aide internationale ? », Revue Tiers-Monde, 2013, 215, 111-127.

(23) Anne Marie Moulin, « Quelle place pour la médecine dans la Santé internationale de demain ? », Colloque Médecine et Santé internationale, du passé à l'avenir, Paris, 6 mars 2020, à paraître dans les Comptes

(17) Crédit de l'Institut Covid-19 Ad Memoriam. La première réunion de son comité d'orientation a eu lieu le 12 juin 2020.

(18) Le virus qui rend fou, Grasset 2020.

(19) Anne Marie Moulin, « L'Après Corona ou la fin de la Trêve », L'Arche, juin 2020.



« globalisation », source de bien des maux. Qu'est-ce qui doit être trié et conservé dans la globalisation ? Le confinement a été imposé au nom du maintien de la vie, devenue une valeur en soi. Or ce choix est équivoque, l'affirmation nue de la valeur de la vie est inaudible(24). Le choix de la vie est celui d'une vie qui peut être qualifiée et ne se réduit pas à une durée, à une existence prolongée sans horizon. La comptabilité des morts due au Covid-19 en 2020 est tout d'un coup apparue intolérable comme si elle ne faisait pas partie de la vie. En même temps dans l'atmosphère d'urgence, des questions éthiques ont surgi sur le traitement des plus âgés et des plus vulnérables, ayant pu former la part du feu au cours de l'épidémie.

Avec cette interrogation sur la vie abstraite comme valeur suprême, c'est la question de la mort qui s'invite une fois de plus en philosophie, et de sa place dans la société. En 2014, on avait souri avec indulgence à la façon dont les Africains, au moment de l'épidémie d'Ebola, avaient refusé les enterrements à la va-vite(25). Dans beaucoup de cultures d'Afrique de l'Ouest, la mort n'est pour le défunt que le prélude à une lente « ancestralisation (26) » à laquelle participent toute sa parenté et même sa communauté. En raison du confinement, nos concitoyens européens ont accepté que les morts prennent silencieusement leur congé, à charge pour les vivants de retrouver plus tard une urne discrètement déposée dans un lieu ad hoc, puisque les enterrements étaient devenus trop compliqués à gérer, ce qui tombait bien : on était au bord de l'encombrement dans les cimetières. Cette acceptation silencieuse sera à nuancer par des bilans rétrospectifs : l'absence d'accompagnement des mourants (oh les vieillards tout seuls dans leur chambre !), l'absence de cérémonial entourant la mort ont traumatisé les familles et des équipes ont organisé des accommodements(27), mais dans l'ensemble, les populations ont obéi aux directives gouvernementales, tant la peur profonde leur avait coupé la parole. Ce silence « de la mer », qui avait pu être pour un Vercors

rendus de l'Académie des sciences d'outre-mer.

(24) Olivier Rey, *L'idolâtrie de la Vie*, Gallimard 2020.

(25) Frédéric le Marcis, « Traiter les corps comme des fagots - Production sociale de l'indifférence en contexte Ebola (Guinée). L'anthropologie au risque de l'Ebola, AM Moulin éd., Anthropologie & Santé - Revue internationale francophone d'anthropologie de la santé, 2015 [10.4000/anthropologiesante.1907]. [halshs-01247537]

(26) AM Moulin, post face à Les Survivantes. Paroles de femmes guéries d'Ebola, L'Harmattan, 2020.

(27) Marianne Berthod, note « La crise du Covid-19 dans les EHPAD pour le groupe Hôpital et fraternité », Collectif du Pacte civique, 20 juin 2020.

en 1942 la marque de la résistance(28), était là dicté par la terreur de la mort et des morts et de leur pouvoir contaminant, qu'il fallait à tout prix tenir à distance. Le thème de la mort est un thème philosophique par excellence : l'homme est, selon Heidegger, un « Être en vue de la mort », celle-ci détermine et borne son être, et fait partie de l'universelle condition humaine, bien que personne ne puisse mourir à la place d'un autre. Les réactions à la mort ont fait l'objet de beaucoup de recherches anthropologiques et constituent aujourd'hui un champ très riche de recherches. La défense contre la mort a pu être une défense contre les morts, ces êtres disparus continuant à exercer un empire sur les vivants, d'où la nécessité de leur fermer la bouche sous les honneurs ou de les désorienter en secouant leur cercueil comme à Bali, pour éviter qu'ils ne retrouvent le chemin de leur ancienne demeure(29). Avec le Covid-19, ce n'était pas tant les morts qui étaient redoutés que les êtres contagieux qui pouvaient transmettre le mal avant de mourir.

Or on était sur le point de célébrer l'augmentation régulière du nombre des centenaires et d'envisager même des perspectives d'immortalisation, on comptait passer de l'homme réparé à l'homme augmenté(30). C'est la hantise de la mort qui a fourni l'énergie du confinement, sans aller jusqu'à bannir la guerre. Comment énoncer les exigences éthiques qui permettront au choc subi d'apporter le salut ? Le confinement a ébranlé les évidences et les routines, et libéré des revirements possibles, tout en rappelant la contrainte essentielle de la mort. L'identification des mesures à mettre en œuvre risque de faire voler en éclats le consensus temporaire pour le grand changement, après le bombardement du confinement. Dans plusieurs articles de ce numéro spécial, l'éthique plus que jamais fille de la philosophie(31) et du droit, va explorer l'éventail des valeurs de la vie, les fausses et vraies évidences de la liberté et de la contrainte. Ce début d'analyse rétrospective sur les manquements et les oubliés, d'une part, les perspectives réalistes d'autre part, représente un travail de terrain dont les prémisses sont livrées ici, sur les effets d'un choc qui sera peut-être salutaire sinon révolutionnaire, mais réserve sûrement des surprises. La peur de la mort et la survie collective érigée en absolu permettront-elles de guider une renaissance de l'humanité ? ■

(28) Vercors, *Le silence de la mer*, Éditions de Minuit, 1942.

(29) David Napier, *Masks, Transformation and Paradox*, University of California Press, 1986.

(30) Hervé Chneiweiss, *L'homme réparé*, Plon, 2012.

(31) Claire Crignon. Locke médecin. Manuscrits sur l'art médical. Classiques Garnier, n° 11, 2016.



L'ADAPTATION DU SYSTÈME DE SANTÉ FRANÇAIS FACE À LA PANDÉMIE DE COVID-19 PAR LE DÉVELOPPEMENT DES USAGES DE LA TÉLÉMÉDECINE

*ADAPTING THE FRENCH HEALTHCARE SYSTEM
TO THE COVID-19 PANDEMIC THROUGH THE DEVELOPMENT
OF TELEMEDICINE USES*

LES SYSTÈMES DE SANTÉ FACE AUX ÉPIDÉMIES

Amandine CAYOL*

RÉSUMÉ

L'intérêt pratique de la télémédecine a été révélé au grand jour par la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19, laquelle a facilité son acceptation sociale par les professionnels de santé et par les patients. Les textes adoptés dans ce contexte ont permis d'assouplir les conditions permettant d'y recourir. La pérennisation des usages de la télémédecine après la fin de la pandémie suppose toutefois, d'une part, de s'assurer de la protection du secret médical et des données à caractère personnel et, d'autre part, de préciser les règles applicables concernant la responsabilité des professionnels de santé.

MOTS-CLÉS

Télémédecine, Télé-soin, E-santé, Covid-19, Secret médical, Protection des données personnelles, Responsabilité médicale.

ABSTRACT

The practical value of telemedicine was brought to light by the health crisis related to the Covid-19 pandemic, which facilitated its social acceptance by health professionals and patients. The texts adopted in this context have made it possible to relax the conditions for its use. However, the continued use of telemedicine after the end of the pandemic presupposes, on the one hand, ensuring the protection of medical confidentiality and personal data and, on the other hand, regulating the responsibility of health professionals using it.

KEYWORDS

Telemedicine, Telecare, E-Health, Covid-19, Doctor-patient confidentiality, Personal data protection, Medical liability.

« Les hommes n'acceptent le changement que dans la nécessité et ils ne voient la nécessité que dans la crise »
Jean Monnet, *Mémoires*, Editions Fayard, 1976, p. 129.

* Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie



INTRODUCTION

La santé numérique, ou « e-santé »(1), désigne tous les domaines où les technologies de l'information et de la communication (TIC) sont mises au service de la santé(2). Elle renvoie ainsi, en premier lieu, aux outils supports (tels que le dossier médical personnel, les objets connectés et applications mobiles), mais aussi en second lieu, à la « télémédecine informative »(3) (comme la télé information en ligne ou le e-learning en santé) et, en dernier lieu, aux pratiques des professions de santé (télémédecine clinique et télé-soin). La télémédecine clinique, définie comme « une forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication »(4), n'est donc qu'une des composantes de la « e-santé », et plus précisément de la télésanté(5) selon la loi du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé. Cette dernière a consacré à ses côtés, au sein de la télésanté, le « télé-soin »(6), défini comme « une forme de pratique de soins à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication (afin de mettre) en rapport un patient avec un ou plusieurs pharmaciens ou auxiliaires médicaux. »(7) L'usage de la télémédecine a débuté dès les années 1990 en France. En 2000, la Direction de l'Hospitalisation et de l'Organisation des Soins (DHOS) dépendant du ministère des Solidarités et de la Santé a lancé le plan « e-santé 2000 »,

lequel fut toutefois un échec(8). La loi du 13 août 2004(9) consacra timidement la télémédecine en indiquant qu'elle permet « entre autres, d'effectuer des actes médicaux (...) à distance, sous le contrôle et la responsabilité d'un médecin en contact avec le patient, par des moyens de communication appropriés à la réalisation de l'acte médical. »(10) Déjà favorable au développement du numérique dans le domaine de la santé depuis le début des années 2000(11), la Commission européenne a expressément incité, en novembre 2008, les États membres à « permettre un meilleur accès aux services de télémédecine en adaptant leurs législations nationales »(12). La loi HPST du 21 juillet 2009(13) a alors défini plus précisément la télémédecine(14), le décret du 19 octobre 2010 en détaillant les conditions de mise en œuvre et prévoyant cinq types d'actes(15) : la téléconsultation, la télé-expertise, la télésurveillance médicale, la téléassistance médicale et la réponse médicale apportée dans le cadre de la régulation médicale. La téléconsultation permet à un patient de consulter un professionnel médical à distance. La télé-expertise vise, quant à elle, la situation dans laquelle un professionnel médical donne son avis d'expert à distance. La télésurveillance médicale est le moyen de suivre un patient atteint de maladie chronique (insuffisance cardiaque, diabète, etc.) à distance grâce à des indicateurs (lesquels peuvent être collectés par des dispositifs médicaux). On parle, enfin, de téléassistance médicale, quand un professionnel de santé assiste à distance un autre professionnel de santé au cours de la réalisation d'un acte. Télémédecine et télé-soin apparaissent aujourd'hui comme des solutions pertinentes pour répondre aux défis que doit relever le système de santé français : évolution de la démographie médicale, inégalités territoriales d'accès aux soins(16), augmentation des maladies chroniques, vieillissement de la population, prise en charge de la dépendance. Le décret

(1) Le terme e-Health serait né fin 1999 lors du 7^e congrès international de télémédecine. John Mitchell, l'a alors défini comme « l'usage combiné de l'Internet et des technologies de l'information à des fins cliniques, éducationnelles et administratives, à la fois localement et à distance. »

(2) Laquelle a été définie largement par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en 1945 comme « un état de complet bien-être physique, mental et social. »

(3) P. Simon, *Télémédecine. Enjeux et pratiques*, Ed. Le Coudrier, 2015.

(4) CSP, art. L6316-1, al. 1.

(5) La télésanté est définie très largement par l'OMS comme « l'utilisation des systèmes de télécommunications pour protéger et promouvoir la santé » (Pr. Fernando Antezana, directeur de l'OMS, à Genève en déc. 1998). Pierre Simon, l'assimilant à la télémédecine informative, proposait dès lors, avant 2019, de la distinguer clairement de la télémédecine clinique : « la télémédecine correspond à l'exercice de la médecine à distance, grâce à des moyens technologiques, tandis que la télésanté concerne la diffusion de savoirs et d'informations à usage médical, grâce à ces mêmes moyens. » *Op. cit.*, p. 19). La loi du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé a fait le choix, en consacrant le télé-soin, de le regrouper avec la télémédecine clinique, au sein de la télésanté dont elle est désormais expressément une composante.

(6) Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019, art. 53 et suivants.

(7) CSP, art. L6316-2.

(8) Les causes de cet échec ont été analysées dans le rapport ministériel *Place de la télémédecine dans l'organisation des soins*, novembre 2008 : <http://www.sante.gouv.fr>.

(9) Loi n° 2004-810, 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

(10) Loi n° 2004-810, art. 32.

(11) Commission européenne, *Santé en ligne - améliorer les soins de santé des citoyens européens*, COM (2004) 356, avr. 2004.

(12) Commission européenne, *La télémédecine au service des patients*, COM (2008) 699, nov. 2008.

(13) Elle a abrogé les articles relatifs à la télémédecine issus de la loi du 13 août 2004.

(14) Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, art. 78.

(15) Décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010.

(16) M.-L. Moquet-Anger, « Télémédecine et égal accès aux soins », RDSS 2020, p. 13.



du 29 décembre 2017 portant définition de la Stratégie Nationale de Santé (SNS) pour la période 2018-2022 considère comme nécessaire de « généraliser dans la pratique quotidienne l'usage de la télémédecine, en premier lieu des téléconsultations et les télé-expertises et construire un cadre éthique de l'utilisation de la télémédecine, afin qu'elle bénéficie à l'ensemble de la population »(17), et de « développer l'usage des technologies en matière de prévention et de suivi des pathologies chroniques »(18). Ainsi, à compter de 2017(19)/2018(20), les téléconsultations ont été intégrées dans le parcours de soins et ont ouvert droit à facturation à l'Assurance maladie. La loi du 24 juillet 2019 a également eu pour objectif d'accroître le recours au numérique dans le domaine de la santé(21), notamment en déployant « pleinement la télémédecine et le télé-soin »(22).

L'intérêt pratique de la télémédecine a été révélé au grand jour par la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19, laquelle a facilité son acceptation sociale par les professionnels de santé et par les patients. L'Assurance-maladie a ainsi dénombré 601 000 téléconsultations entre le 1^{er} et le 28 mars 2020, contre 40 000 en février(23). Les textes adoptés dans ce contexte ont en outre permis d'assouplir les conditions de recours à la télémédecine. Si une accélération des usages de la télémédecine a ainsi été notable pendant la crise sanitaire (I), plusieurs points restent encore à préciser afin de permettre leur pérennisation après la sortie de crise (II).

L'ACCÉLÉRATION DES USAGES DE LA TÉLÉMÉDECINE PENDANT LA CRISE SANITAIRE LIÉE À LA PANDÉMIE DE COVID-19

La télémédecine a été le moyen, tant de juguler la crise sanitaire (A), que d'assurer la continuité des soins (B).

(17) Décret n° 2017-1866 du 29 décembre 2017, p. 23.

(18) *Ibid.* p. 39.

(19) LFSS n° 2017-1836 du 30 déc. 2017, art. 54.

(20) Arrêté du 1^{er} août 2018 portant approbation de l'avenant n° 6 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie signée le 25 août 2016 et décret n° 2018-788 du 13 sept. 2018 relatif aux modalités de mise en œuvre des activités de télémédecine.

(21) Elle met ainsi en œuvre les mesures annoncées par Emmanuel Macron, dans son discours du 18 septembre 2018, concernant le plan « Ma santé 2022 ».

(22) Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019, art. 53 et suivants.

(23) C. Stromboni, « Face au coronavirus, l'essor de la télémédecine », *Le Monde* 30 mars 2020 : https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/03/30/face-au-coronavirus-l-essor-de-la-telmedecine_6034961_3224.html.

La télémédecine comme moyen de juguler la crise sanitaire

Comme le souligne l'arrêté du 23 mars 2020, la télémédecine « permet à la fois d'assurer une prise en charge médicale et soignante à domicile pour les patients présentant les symptômes de l'infection ou reconnus atteints (de la) Covid-19 et de protéger les professionnels de santé de l'infection, ainsi que les patients qu'ils prennent en charge »(24).

Le recours à la télémédecine offre, en premier lieu, la possibilité d'assurer la prise en charge à distance des patients atteints de la Covid-19. Yann Bubien, directeur général du CHU de Bordeaux, témoigne ainsi de la télésurveillance de tels patients, suivis à domicile(25). L'usage de la télémédecine a été facilité par un décret du 9 mars 2020(26), lequel a posé des conditions dérogatoires de prise en charge des actes de télémédecine pour les personnes atteintes ou potentiellement infectées par le coronavirus. Il a ainsi prévu que la téléconsultation par vidéotransmission avec un médecin soit remboursée, même pour les patients qui sont en dehors du parcours de soins coordonné par le médecin traitant, y compris pour une primo-consultation. De telles mesures d'assouplissement ont été étendues par la suite au télé-soin. Un décret du 19 mars 2020(27) a ainsi posé des conditions dérogatoires de prise en charge des activités de télé-soin réalisées par les infirmiers pour les personnes dont le diagnostic d'infection à la Covid-19 a été posé cliniquement ou biologiquement. Peu importe là encore désormais la connaissance préalable du patient par le praticien.

Par ailleurs, ce décret du 19 mars prévoit la possibilité d'effectuer l'activité de télé-soin par téléphone lorsque le patient ne dispose pas du matériel requis pour une vidéotransmission. La même solution est reprise par un arrêté du 23 mars 2020 concernant la télémédecine : à titre dérogatoire, pour faire face à la pandémie de Covid-19, les professionnels de santé peuvent utiliser des outils numériques et des applications de communication « grand public » lorsqu'ils prennent en charge

(24) Arrêté du 23 mars 2020 prescrivant les mesures d'organisation et de fonctionnement du système de santé nécessaires pour faire face à l'épidémie de Covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

(25) Webinaire *Tech en santé et covid : quels apports concrets ?* 11 juin 2020 : <https://www.youtube.com/watch?v=ZLNQqm mouw4>.

(26) Décret n° 2020-227 du 9 mars 2020 adaptant les conditions du bénéfice des prestations en espèces d'assurance maladie et de prise en charge des actes de télémédecine pour les personnes exposées au covid-19.

(27) Décret n° 2020-277 du 19 mars 2020 modifiant le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020.



des patients présentant les symptômes de l'infection ou reconnus atteints de la Covid-19(28).

La télémédecine offre, en second lieu, une réponse efficace au risque de propagation du virus. Elle permet en effet de protéger les professionnels de santé de l'infection, ainsi que les patients qu'ils prennent en charge. Dans son avis du 14 mars 2020(29) relatif à la prévention et à la prise en charge de la Covid-19 chez les patients à risque de formes sévères(30), le Haut Conseil de la Santé Publique (HCSP) recommande ainsi de « diminuer au strict minimum le risque de contact de ces personnes fragiles avec le virus. » Pour ce faire, le HCSP préconise de « restreindre les consultations présentielle » et de « privilégier la télémédecine ou les consultations par téléphone. »

Si les téléconsultations se sont multipliées pendant la crise sanitaire, tel a aussi été le cas des télé-expertises. Le docteur Cécile Monteil a par exemple fait allusion à un robot utilisé au sein de l'APHP pour transmettre les avis de médecins spécialisés aux urgences sans se déplacer(31).

Moyen de juguler la crise sanitaire, la télémédecine a également permis d'assurer la continuité des soins pendant cette période.

La télémédecine comme moyen d'assurer la continuité des soins

Effrayés par le risque de propagation du virus, de nombreux patients ont eu des réticences à se déplacer à l'hôpital(32), voire chez des médecins libéraux, pendant la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19. Ceci a conduit à un fort développement des téléconsultations. Yann Bubien évoque ainsi jusqu'à 1 500 téléconsultations par semaine au CHU de Bordeaux (25 % des consultations), soit quatre fois plus que sur un mois « normal »(33).

(28) Arrêté du 23 mars 2020, art. 8, I.

(29) HCSP, *Avis provisoire. Recommandations relatives à la prévention et à la prise en charge du COVID-19 chez les patients à risque de formes sévères*, 14 mars 2020.

(30) Personnes âgées de 70 ans et plus, patients aux antécédents cardiovasculaires ou diabétiques insulinodépendants, personnes présentant une pathologie chronique respiratoire et celles présentant une insuffisance rénale chronique dialysées, ainsi que les patients atteints de cancer sous traitement.

(31) Webinaire *Tech en santé et Covid : quels apports concrets ?* précité.

(32) Chute de 60% du nombre de passages aux urgences à Bordeaux selon Yann Bubien : Webinaire *Tech en santé et Covid : quels apports concrets ?* précité.

(33) Webinaire *Tech en santé et Covid : quels apports concrets ?* précité.

La même attitude de défiance a été constatée concernant les soins paramédicaux. Afin de permettre une continuité des soins, plusieurs arrêtés successifs ont étendu le recours au télé-soin aux actes d'orthophonie(34), aux activités d'ergothérapeute et de psychomotricien(35) et aux actes de masso-kinésithérapie(36).

La crainte d'une contamination a été particulièrement forte pour les personnes dites « à risque », telles que les personnes âgées, les patients atteints d'une maladie chronique et les femmes enceintes. Afin de faciliter l'utilisation de la télémédecine pour le suivi médical de ces dernières, un décret du 21 avril 2020(37) a posé des conditions dérogatoires de prise en charge des actes de téléconsultation, lesquels peuvent désormais être réalisés par téléphone pour les personnes qui ne disposent pas du matériel nécessaire à la réalisation d'une vidéotransmission et qui relèvent d'une des situations suivantes : personne âgée de 70 ans ou plus, personne atteinte d'une affection de longue durée (ALD) ou femme enceinte. Une telle dérogation a par ailleurs été étendue à tous les patients (quelle que soit leur pathologie) résidant dans les zones blanches.

Une fois le confinement et le pic de la crise sanitaire passés, beaucoup de patients demandent à continuer les téléconsultations, ayant réalisé les nombreux avantages qu'elles présentent : gain de temps et d'argent du fait de l'absence de déplacement, accès au soin facilité pour les personnes peu valides ou résidant dans des zones dépourvues de tout professionnel de santé. Ceci laisse entrevoir une pérennisation du recours à la télémédecine.

LA QUESTION DE LA PÉRENNISATION DU RECOURS À LA TÉLÉMÉDECINE

La pérennisation du recours à la télémédecine suppose, d'une part, d'assurer la protection du secret médical et des données à caractère personnel (A) et, d'autre part, de préciser les règles applicables concernant la responsabilité des professionnels de santé (B).

La nécessité d'assurer la protection du secret médical et des données à caractère personnel

La relation de soin entre un médecin et son patient a toujours reposé sur un partage d'informations relatives

(34) Arrêté du 25 mars 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020, art. 1.

(35) Arrêté du 14 avril 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020, art. 1.

(36) Arrêté du 16 avril 2020 complétant l'arrêté du 23 mars 2020, art. 1.

(37) Décret n° 2020-459 du 21 avril 2020 modifiant le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020.



à la santé de ce dernier(38). Qu'elles soient directement transmises par le patient(39) ou portées à la connaissance du médecin lors de l'examen du corps du malade ou à l'issue de tests biologiques, ces informations sont couvertes en France par le secret médical(40). Le médecin a l'interdiction de les transmettre à autrui, même si ce principe a été assoupli en 2016(41) afin de permettre un échange d'informations au sein d'une même équipe médicale pour assurer une meilleure continuité des soins. Le développement de la télémédecine a cependant profondément modifié la question de la protection des informations relatives à la santé(42), du fait de « la dispersion des données dans des espaces qui ne sont pas toujours parfaitement sécurisés. »(43)

Le recours à la télémédecine requiert le traitement de nombreuses données à caractère personnel(44), notamment (mais pas seulement) de données de santé, définies comme celles « relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne. »(45) Le médecin pratiquant la télémédecine est, en conséquence, assujetti aux obligations issues du Règlement général sur la protection des données(46) (RGPD), entré en application en mai 2018. Un guide pratique à destination des médecins sur la protection des données personnelles a été publié par le Conseil national de l'ordre des médecins et la

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) le 20 juillet 2018(47).

Aux termes de l'article R. 6316-10 du Code de la santé publique, les professionnels de santé doivent s'assurer que l'usage des technologies utilisées pour leur téléconsultation est conforme aux modalités d'hébergement des données de santé à caractère personnel. La crise sanitaire a toutefois conduit à assouplir les conditions techniques initialement posées(48). L'utilisation de plateformes non sécurisées (telles que FaceTime, WhatsApp ou Skype) a alors créé un risque supplémentaire d'atteinte à la protection des données de santé(49). De telles mesures dérogatoires ne doivent donc pas être maintenues après la fin de la pandémie de Covid-19.

La pérennisation du recours à la télémédecine suppose, en outre, de préciser les règles applicables concernant la responsabilité des professionnels de santé.

La nécessité de préciser les règles applicables concernant la responsabilité des professionnels de santé

L'absence de toute précision, dans les divers textes relatifs à la télémédecine, au régime de responsabilité des professionnels de santé, conduit à l'application du droit commun de la responsabilité médicale(50).

La faute du professionnel de santé engage sa propre responsabilité lorsqu'il s'agit d'un libéral, mais celle de l'établissement de santé dans lequel il exerce si son statut est celui de salarié d'un établissement privé (sauf en cas de dépassement de sa mission ou de faute intentionnelle) ou d'agent public dans un établissement public (sauf en cas de faute personnelle détachable du service).

La téléconsultation ne présente pas de réelle spécificité, en termes de responsabilité civile, par rapport à une consultation en présentiel. Certains auteurs ont toutefois souligné que le fait de la victime(51) pourrait limiter plus fréquemment la responsabilité du professionnel de santé ou de l'établissement dans lequel il exerce. En effet, « La technologie utilisée peut, plus facilement que la rencontre physique, permettre au patient de cacher un certain nombre d'informations nécessaires au médecin

(38) C. Zorn-Macrez, *Données de santé et secret partagé*, PU Nancy, 2010.

(39) Notamment concernant ses antécédents personnels ou familiaux.

(40) CSP, art. L. 1110-4.

(41) Par la loi n° 2016-41, dite « de modernisation de notre système de santé », du 26 janvier 2016.

(42) Sur le secret médical en cas de recours à la télémédecine, voir C. Daver, « La télémédecine, entre progrès techniques et responsabilités », *D.* 2000, p. 527.

(43) L. Cluzel-Metayer, « La protection des données personnelles à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2020, p. 51.

(44) Lesquelles sont définies comme toute « information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (...) par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'immatriculation, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale » (RGPD, art. 4). Est en conséquence qualifiée comme telle toute information qui permet une identification, directe ou indirecte, de la personne.

(45) RGPD, art. 4, 15).

(46) Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016. Sur ce point, voir O. de Maison Rouge, « Les conséquences du RGPD pour les acteurs de la santé », *D. IP/IT* 2020, p. 298.

(47) <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-cnom-cnil.pdf>.

(48) Cf. 1^{re} partie de cet article.

(49) D. Jaafar et M. Gautier, « Covid-19 et données de santé : Raison et sentiments », *Gaz. Pal.* 16 juin 2020, p. 15.

(50) CSP, art. L 1142-1. En ce sens, DGOS, *Télémédecine et responsabilités juridiques engagées*, mai 2012, p. 2.

(51) Sur ce point, v. S. Théron, Les dommages liés à l'activité médicale : le rôle du fait de la victime, *RDSS* 2017, p. 1079.



pour accomplir son acte médical, son diagnostic par exemple.(52) »

Du fait de la multiplication des acteurs, c'est la télé-expertise qui soulève le plus de questions en matière de responsabilité. Il est, tout d'abord, possible de s'interroger sur l'existence d'une faute du médecin en raison d'une absence de recours à la télé-expertise(53). L'article R. 4127-32 du Code de la santé publique impose en effet au médecin d'assurer « des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents. »(54) La responsabilité du médecin (ou de l'établissement de santé dans lequel il exerce) peut également être recherchée lorsqu'il décide d'interroger un expert. Pour certains auteurs, il serait même alors le seul à devoir réparer le préjudice subi par le patient, à l'exclusion du télé-expert(55). Il est indéniable qu'une faute peut être

retenue à son égard en cas de mauvaise décision, du fait de sa liberté thérapeutique lui permettant de prendre librement la décision finale, quelle que soit la réponse de l'expert. Il pourrait notamment lui être reproché de ne pas avoir suivi les recommandations de ce dernier(56). Pour autant, ceci n'exclut pas l'existence d'une faute du télé-expert à l'origine du dommage subi par le patient. En ce cas, ce dernier devrait également pouvoir agir contre lui(57). En effet, comme le précise l'article R 4127-69 du Code de la santé publique, « L'exercice de la médecine est personnel ; chaque médecin est responsable de ses décisions et de ses actes ». Une condamnation *in solidum* devrait dès lors être retenue(58). ■

(52) M. Deguergue, « Télémédecine et responsabilités », *RDSS* 2020, p. 33.

(53) P. Simon, *in I. Poirot-Mazères (dir.), Santé, numérique et Droits*, PU Toulouse, 2018, p. 143.

(54) Civ. 1, 27 nov. 2008, n° 07-15.963 : en présence d'un doute diagnostique, une radiologue avait le devoir de recourir à l'aide de tiers compétents.

(55) E. Pidoux, « La responsabilité médicale au regard de la télétransmission et de la télémédecine », *LPA* 27 juil. 2000, p. 5 ; J.-M. Croels, *Le droit des obligations à l'épreuve de la télémédecine*, PU Aix-Marseille, 2006.

(56) L. Dusserre, H. Ducrot et F.-A. Allaërt, *L'information médicale, l'ordinateur et la loi*, 2^e éd., Éd. Médicales internationales, 1999, p. 185.

(57) M Contis, « La télémédecine : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives juridiques », *RDSS* 2010, p. 235 ; N. Ferraud-Ciandet, « Questions juridiques sur l'e-santé », *LPA* 3 mai 2007, p. 11 ; C. Aigouy et V. Vioujas, *La télémédecine dans les établissements de santé, Les études hospitalières*, 2014, p. 120 et s. ; N. Ferraud-Ciandet, *Droit de la télésanté et de la télémédecine*, Ed. HdF, 2011, p. 126 et s.

(58) M. Bouteille-Brigant, « Les enjeux de la e-santé au sein de la relation médicale », *D. IP/IT* 2019, p. 593 ; C. Corgas-Bernard, « Responsabilité civile médicale et nouvelles pratiques numériques : L'exemple de la télémédecine », *LPA* 18 août 2014, p. 27. Également en ce sens, DGOS, *Télémédecine et responsabilités juridiques engagées*, mai 2012, p. 3.



L'ÉGALITÉ D'ACCÈS AUX SOINS OU LA PRISE EN CHARGE SANITAIRE DES PERSONNES ÂGÉES DÉPENDANTES EN PÉRIODE DE PANDÉMIE

*EQUAL ACCESS TO CARE OR HEALTH CARE FOR DEPENDENT
OLDER PERSONS IN TIMES OF PANDEMIC*

Guylène NICOLAS*

LES SYSTÈMES DE SANTÉ FACE AUX ÉPIDÉMIES

RÉSUMÉ

Alors que le confinement a été justifié par la protection des plus faibles et plus spécifiquement des plus âgées, la prise en soin des personnes âgées hébergées en EHPAD a fait l'objet de critiques et de contentieux devant le juge des référés du Conseil d'Etat. Si l'EHPAD n'est pas un établissement hospitalier, la protection de la santé des résidents est évidemment essentiel. La qualité des soins, l'accès aux soins hospitaliers mais également l'existence de soins palliatifs se posent avec d'autant plus d'acuité en période de pandémie. Cette dernière est alors le révélateur des failles et faiblesses de notre système de santé alors que l'ensemble de la société est mobilisée pour préserver la santé des plus fragiles. Elle révèle le paradoxe de la protection de la santé des personnes dépendantes, premières consommatrices de soins mais victimes de la sélection dans l'accès aux services hospitaliers de réanimation.

MOTS-CLÉS

Egalité d'accès aux soins, Sélection des malades, Protection de la santé des personnes âgées, Protection des droits des personnes hébergées en EHPAD, Droit de la fin de vie, Pathosification des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

ABSTRACT

While the confinement was justified by the protection of the weakest and more specifically the elderly, the care of the elderly housed in EHPAD has been the subject of criticism and litigation before the Council of State. Although EHPAD are not hospitals, the protection of the health of residents is obviously essential. The quality of cares, access to hospital cares but also the existence of palliative cares are all the more acute in times of pandemic. A pandemic reveals the flaws and weaknesses of our healthcare system at a time when society as a whole is mobilised to preserve the health of the most vulnerable. It reveals the paradox of protecting the health of dependent people, the first consumers of care but victims of selection in access to hospital intensive care services.

KEYWORDS

Equal access to care, Selection of patients, Protection of the health of the elderly, Protection of the rights of people accommodated in EHPADs, Rights at the end of life, Hospital care in residential institutions for the dependent elderly.

« C'est dingue, quand on y songe : plonger le monde dans la plus grave récession depuis la Seconde Guerre mondiale pour une pandémie qui a tué pour l'instant moins de 100 000 personnes (sans parler de leur âge

* Maître de conférences-HDR de droit public, Aix Marseille Université, CNRS, EFS, ADES, Marseille, France. guylene.nicolas@univ-amu.fr



avancé) dans un monde de 7 milliards d'habitants ! »(1) : c'est un, parmi beaucoup d'autres, des constats perplexes que l'on a pu lire dans la presse pendant le confinement de 2020. « La lutte des âges » que paraît avoir générée la covid-19 touche l'ensemble du monde occidental si l'on en croit la synthèse de la presse internationale publiée par Courrier International en mai(2). On peut y lire que l'expression *boomer remover* (exterminateur de babyboomers) pour qualifier le SARS-CoV-2 a obtenu 700 000 *likes* aux Etats-Unis(3). Creusant la fracture existante entre les générations, le coronavirus a accentué les fragilités qui caractérisent les deux bornes de la société, la fragilité économique de la génération des 25-35 ans opposée à la fragilité physique des plus âgés. La pandémie a très lourdement touché ces derniers puisque 75 % des morts ont plus de 75 ans, l'âge médian se situant à 84 ans et la moitié d'entre eux ayant fini leur vie en EHPAD(4).

Dans ce domaine, comme dans bien d'autres, la période de confinement aura permis d'exacerber les questionnements sur le fondement de notre société et les valeurs que l'on entend y préserver. L'omniprésence de la maladie et de la mort a été un rappel puissant de notre vulnérabilité d'homme mais surtout des enjeux de notre civilisation telle que Margaret Mead en a défini les premiers signes de l'apparition avec le premier fémur cassé guéri(5). Protéger la vie des plus vulnérables d'entre nous au prix d'un déséquilibre durable de notre modèle économique est un arbitrage fort. Bernard Ars démontre que notre capacité collective à tenir compte de la fragilité contribue à l'érection de notre civilisation : « [...] l'effort permanent d'accueil et de soin envers les personnes les plus vulnérables de nos communautés participe de l'édification de notre société et de son intégration dans une nature où la fragilité n'est plus en soi intensifiée et légitimement susceptible d'être exclue »(6).

(1) Propos sur twitter, le 9 avril 2020, de Jean Quatremer, spécialiste des questions européennes pour *Libération*, repris dans l'article « Coup de chaud », *Le Canard*, n° 5191, 6 avril 2020, p. 1. Le nombre des victimes avait atteint un million en septembre 2020.

(2) *Coronavirus - La lutte des âges*, Courrier international, n° 1542 du 20 au 27 mai 2020.

(3) Kovács T., « Gare à ne pas renforcer l'exclusion des vieux », *Válasz Online*, 5 mai 2020, traduit et publié in *Courrier international*, n° 1542 du 20 au 27 mai 2020, p. 8.

(4) <https://www.santepubliquefrance.fr/maladies-et-traumatismes/maladies-et-infections-respiratoires/infection-a-coronavirus/articles/infection-au-nouveau-coronavirus-sars-cov-2-covid-19-france-et-monde>

(5) Fitzsimmons C., « Redonnons un avenir aux jeunes générations », *The Sydney Morning Herald*, 22 avril 2020, traduit et publié in *Courrier international*, n° 1542 du 20 au 27 mai 2020, p. 7.

(6) Ars B., *Fragilité, dis-nous ta grandeur !*, Paris, Cerf, 2013, p. 173.

En termes de santé publique, les arbitrages entre les fragilités sont d'abord d'ordre économique. Face à un virus inconnu, les pouvoirs publics ont dû faire des choix en fonction des ressources en soins disponibles (particulièrement le nombre de places dans les services de réanimation), de l'efficacité des moyens de protection (prise de température dans les aéroports, distribution de masques, dépistage...) et des coûts générés pour les finances publiques comme pour le marché. Ces choix politiques tiennent ensuite à l'équilibre entre la protection de la sécurité et des droits fondamentaux (la liberté du commerce, la liberté individuelle, la liberté de pratique cultuelle...). Comme le démontre Foucault, les politiques de santé publique traduisent toujours une emprise du pouvoir sur le corps(7). La lutte contre la pandémie a illustré combien la fragilité des équilibres choisis par les pouvoirs publics entre la protection des individus et celle de leur libre arbitre est incertaine. Doit-on, peut-on, préserver la santé des plus âgés au prix d'une perte de liberté et d'une contrainte d'enfermement ? La santé physique des résidents en EHPAD doit-elle être sacrifiée à leur santé mentale et à leur bien-être en les privant du contact de leurs proches ? Les décisions de politiques sanitaires prises pendant la période de pandémie ont de nouveau soulevé des questionnements sur les dérives « âgistes » de notre société. Le comité consultatif national d'éthique avait eu à se prononcer par deux fois sur des problématiques similaires, en 2018, plus largement, sur *les leviers pour une société inclusive pour les personnes âgées* et, en 2009, plus spécifiquement, sur *les questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale* parmi lesquelles la protection des plus vulnérables. Le confinement de 2020 a été, lui, l'occasion de trois avis(8) dont un, du 1^{er} avril 2020, dédié aux mesures de protection dans les EHPAD(9). En période de pandémie, cette construction progressive du positionnement éthique a été étayée par les communiqués scientifiques de l'académie de médecine. Cette dernière a relevé à son tour que « [la] covid-19 suscite de l'âgisme » et en a déduit que « cette confrontation intergénérationnelle [...] est l'occasion de rappeler le rôle essentiel joué par les séniors sur le plan familial, associatif et sociétal, ainsi que l'impérieuse nécessité de leur garantir la protection et le respect qui leur sont

(7) Sur ce point voir entre autre, Lazzarato M., « Du biopouvoir à la biopolitique », *Multitudes*, 2000/1 (n° 1), p. 45-57.

(8) CCNE, Réponse à la saisine du ministre des solidarités et de la santé, *COVID-19 : Enjeux éthiques face à une pandémie*, 13 mars 2020 et CCNE, Réponse à la saisine du Conseil scientifique Covid-19 du 4 mai 2020, *Enjeux éthiques lors du déconfinement : Responsabilité, solidarité et confiance*, 20 mai 2020.

(9) CCNE, Réponse à la saisine du ministère des solidarités et de la santé sur le renforcement des mesures de protection dans les EHPAD et les USLD, 30 mars 2020.



dus »(10). Mais, surtout, dès le 27 mars 2020, l'Académie a lancé une alerte face à la fulgurance de la crise sanitaire dans les EHPAD pour « permettre aux médecins et aux soignants d'exercer leur mission en accord avec leur devoir d'humanité ». Dès le début de l'épidémie, les difficultés de la prise en charge des malades les plus âgés et en perte d'autonomie ont été pointées. Outre le manque de moyens, particulièrement en masques et en test de dépistages, l'Académie a dénoncé la souffrance du personnel soignant « de ne pouvoir honorer les valeurs qui les animent, faute de bénéficier des conditions de soin requises » et insister sur l'urgence à leur apporter des renforts humains. De plus, elle a rappelé deux principes essentiels à la prise de décision médicale. Le premier tient à l'absence de caractère automatique de l'application des scores de prédition, ils apportent un éclairage utile « mais qui ne saurait être exclusif sauf à substituer la froideur d'un protocole à l'analyse clinique et humaine de chaque situation ». Le second concerne la réaffirmation de l'importance des soins palliatifs lorsqu'est prise la décision de ne pas transférer dans un établissement de recours ou en réanimation. Dans ce cas, l'Académie a rappelé le rôle essentiel des équipes mobiles de gériatries et de soins palliatifs ainsi que des acteurs associatifs. Elle a enfin souligné « l'écoute empathique et [les] sentiments d'humanité que le médecin se doit de manifester auprès du patient et de ses proches ».

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que le Conseil d'État ait été saisi de deux références du 15 avril 2020, l'un sur les conditions de prise en charge de la pandémie dans les EHPAD et le manque de moyens par l'Union nationale des syndicats Force ouvrière santé privée(11), l'autre sur l'accès aux soins des personnes âgées dans les EHPAD par l'Association *Coronavictimes* et autres(12). Cette dernière souhaitait, notamment, voir reconnaître la carence fautive de l'Etat à établir un protocole national d'admission des patients atteints d'une forme grave de la covid-19 dans les établissements de santé et leur accès aux soins de réanimation. L'absence de ce protocole aurait, selon l'association, entraîné un risque d'arbitraire dans le choix des personnes prises en charge en défaveur des résidents des EHPAD. Le Conseil d'Etat a ainsi examiné les conditions d'admission des malades atteints des formes

(10) Académie nationale de médecine, communiqué du 18 avril 2020, *Âgisme et tensions intergénérationnelles en période de Covid-19*, consultable à <http://www.academie-medecine.fr/communiques-de-l-academie-nationale-de-medecine-agisme-et-tensions-intergenerationnelles-en-période-de-covid-19/>

(11) CE, ordonnance N° 440002 du 15 avril 2020, *Union nationale des syndicats Force ouvrière*.

(12) CE, ordonnance N° 439910 du 15 avril 2020, *Association coronavictimes et autres*, com. Bioy X. « L'accès aux soins en période de pandémie », AJDA, 2020, p. 1487.

graves du SARS-CoV-2 pour examiner l'existence de critères discriminant les plus âgés. L'Union nationale des syndicats Force ouvrière soulevait également la carence fautive de l'Etat dans la prise en soin des personnes hébergées en EHPAD en ciblant l'absence de mesures de protection et de dépistage, du personnel comme des résidents, mais également celle de matériel d'oxygénation à haut débit pour ceux qui ne nécessitent pas une hospitalisation. Le Conseil d'Etat n'a relevé aucune des carences invoquées. Toutefois, les deux ordonnances sont l'occasion pour la Haute juridiction d'analyser l'ensemble des dispositifs d'accès aux soins mis en place en faveur des personnes hébergées en EHPAD dans la période spécifique de pandémie et le risque de saturation du système hospitalier qui en découlait.

Alors que le confinement a été justifié par la protection des plus faibles et plus spécifiquement des plus âgés, ces ordonnances illustrent les paradoxes de la prise en soin des personnes âgées hébergées. Si l'EHPAD n'est pas un établissement hospitalier, la protection de la santé des résidents est évidemment essentielle. La qualité des soins, l'accès aux soins hospitaliers mais également l'existence de soins palliatifs se posent avec d'autant plus d'acuité en période de pandémie. Cette dernière est alors le révélateur des failles et faiblesses de notre système de santé alors que l'ensemble de la société est mobilisée pour préserver la santé des plus fragiles. Elle révèle le paradoxe de la protection de la santé des personnes dépendantes, premières consommatrices de soins (I) mais victimes du tri dans l'accès aux services de réanimation (II).

I. L'ACCÈS AUX SOINS DANS LES EPHAD OU LE PARADOXE DE LA PROTECTION DE LA SANTÉ DES PERSONNES DÉPENDANTES

La pandémie de la covid-19 a frappé des établissements, tant hospitaliers que sociaux ou médico-sociaux qui dénonçaient depuis longtemps les manques de moyens auxquels ils devaient faire face. Le dénuement en moyens de protection des EHPAD, associé à la saturation des hôpitaux, a soulevé la question, douloureuse, du respect de l'égalité des soins offerts aux personnes hébergées (A). La dépendance de ces dernières et leur fragilité souvent extrême laissent entrevoir des choix de renoncement aux soins pour éviter une obstination déraisonnable (B).

A. Le principe d'égalité d'accès aux soins appliqué aux personnes âgées dépendantes

L'accès au soin est un droit fondamental dont « l'État se trouve [...] en première ligne des débiteurs, sous les traits



d'un service public constitutionnel »(13). Il découle de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 selon lequel « [la nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé [...] ». On soulignera pour notre propos que « les vieux travailleurs » sont spécifiquement mentionnés. L'article L. 1110-1 csp issu de la loi du 4 mars 2002(14) consacre ainsi : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne » ainsi que « l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé ». Issue de la combinaison du principe d'égalité avec celui de la protection de la santé, l'égalité d'accès aux soins est plus sensible. Louis Dubouis écrivait ainsi en 2010 que « le constat que l'on porte aujourd'hui demeure celui d'une profonde inégalité : des catégories importantes sont défavorisées en ce qui concerne l'accès aux soins au point, parfois, de devoir renoncer à ces derniers »(15). Depuis dix ans, de nombreuses mesures ont été prises pour garantir un égal accès aux soins particulièrement pour éviter une rupture d'égalité liée à la classe sociale ou aux territoires. Par exemple, la version de l'article L 1411-1 du csp, issue de la loi du 26 janvier 2016(16) énonce que la Nation « tend à assurer la promotion de conditions de vie favorables à la santé, l'amélioration de l'état de santé de la population, la réduction des inégalités sociales et territoriales et l'égalité entre les femmes et les hommes et à garantir la meilleure sécurité sanitaire possible et l'accès effectif de la population à la prévention et aux soins ». Le reste à charge zéro initié par la stratégie nationale de santé 2018-2022 offre un autre exemple récent(17).

Dès lors, les études relevant une rupture d'égalité dans l'accès aux soins des personnes âgées le font en lien avec la ruralité et l'isolement de ces dernières et/ou à leur situation précaire mais non spécifiquement de leur âge(18). Un sondage de l'observatoire de l'égalité d'accès

aux soins, en 2014, illustre le sentiment d'exclusion des soins ressenti par les français en fonction de leur couverture d'assurance maladie ou de leurs ressources, de la répartition de l'offre de soins dans leur région ou de leur lieu d'habitation mais presqu'aucun ne se considère victime d'une discrimination d'accès en soin en raison de son âge, de son handicap, de sa religion ou de son origine ethnique(19). La rupture d'égalité dans l'accès aux soins se fait donc, à l'inverse, en faveur des personnes âgées qui sont les premières consommatrices de soins : « un peu plus de la moitié des soins hospitaliers et des médicaments sont consommés par des personnes de plus de 60 ans »(20). Ainsi, selon la DRESS, « en 2018, les soins de longue durée aux personnes âgées s'élèvent à 11,3 milliards d'euros » et 85 % de cette dépense est consacrée aux personnes dépendantes hébergées en établissement(21). L'étude révèle également que la composante des soins en EHPA/EHPAD publics est le premier facteur de croissance en 2018. Selon Romain Roussel, ces dépenses de prise en charge pourraient doubler en part du PIB d'ici 2060(22).

Toutefois, la question reste de savoir quels soins sont dispensés en EHPAD. Si les dépenses de santé augmentent avec l'âge du fait de la dégradation de l'état de santé, elles sont différentes entre 80 et 94 ans car les personnes sont souvent en établissement. Outre la consommation de médicaments, les soins de ville cèdent alors leur place aux soins infirmiers, de kinésithérapie ou aux transports sanitaires(23). Les politiques publiques d'incitation à l'hospitalisation à domicile et en ambulatoire portent leur fruit depuis 2013 et l'on constate un ralentissement des activités des soins hospitaliers en MCO particulièrement pour les plus de 80 ans(24). La CNSA a observé une baisse de l'hospitalisation des résidents en EHPAD sur les années 2016-2017 concluant uniquement qu' « il conviendra de suivre cet indicateur sur une période plus longue pour être en mesure de conclure effectivement à

(13) Bioy X., « Le droit d'accès aux soins : un droit fondamental ? », Poirot-Mazères I. (dir.), *L'accès aux soins, principes et réalités*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, p. 41.

(14) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, *JO*, 5 mars 2002, p. 4118, art. 3.

(15) Dubouis L., « Propos introductifs sur l'accès aux soins », Poirot-Mazères I. (dir.), *L'accès aux soins, principes et réalités*, op. cit., p. 19.

(16) Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, *JO*, 27 janvier 2016.

(17) Décret n° 2019-21 du 11 janvier 2019 visant à garantir un accès sans reste à charge à certains équipements d'optique, aides auditives et soins prothétiques dentaires, *JO*, 12 janvier 2019.

(18) Bontron J.-C., « L'accès aux soins des personnes âgées en milieu rural : problématiques et expériences », *Gérontologie et société*, 2013/3 (vol. 36 / n° 146), p. 153-171.

(19) FHF, *Sondage IPSOS/FHF : observatoire de l'égalité d'accès aux soins*, 19 mai 2014, p. 11 consultable sur <https://www.fhf.fr/Presse-Communication/Espace-presse/Dossiers-de-presse/Sondage-FHF-Ipsos-Observatoire-de-l-equalite-d-acces-aux-soins>

(20) Grangier J., Mikou M., Roussel R., Solard J., « Les facteurs démographiques contribuent à la moitié de la hausse des dépenses de santé de 2011 à 2015 », *DREES, Études et Résultats*, n° 1025, sept. 2017, 6 p.

(21) DREES, *Les dépenses de santé en 2018, Résultats des comptes de la santé*, 2019, p. 98.

(22) Roussel R., « Personnes âgées dépendantes : les dépenses de prise en charge pourraient doubler en part du PIB d'ici à 2060 », *DREES, Études et Résultats*, n° 1032, oct. 2017, 6 p.

(23) DREES, *Les dépenses de santé en 2018, op. cit.*, p. 15 et s.

(24) *Ibid.*, p. 58.



une tendance à la baisse des hospitalisations des résidents des EHPAD »(25). L'analyse des chiffres de l'année 2020 seront donc déterminants pour démontrer une volonté récurrente d'éviter l'hospitalisation des personnes hébergées. Ils fondent la requête de l'association *Coronavictimes* selon laquelle « les personnes résidant dans les EHPAD ne sont désormais plus admises dans les établissements de santé lorsqu'elles sont atteintes par une infection susceptible d'être attribuée [à la] covid-19 »(26). Néanmoins, ces chiffres, à eux seuls, ne peuvent pas fonder une discrimination et une inégalité d'accès aux soins pour les personnes dépendantes. Ils sont uniquement des marqueurs évidents de l'évolution de la prise en charge des personnes âgées en institution, se suppléant à l'hôpital public. Ce choix est soutenable dans la mesure où les soins prodigues en EHPAD sont adaptés à la santé du résident et ne dérivent pas vers un refus de soins pour privilégier des soins palliatifs. Dans le cas contraire, la rupture d'égalité est évidente et les associations fondées à soutenir l'existence d'une atteinte grave et illégale au droit à la vie, au droit à la santé et au principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.

Le paradigme de la médicalisation en EHPAD avait été soulevé dès 2007 par Alain Villez à la suite de l'application de la loi du 2 janvier 2002(27). Il considérait alors qu' « affirmer la primauté de l'accompagnement et du soin de confort sur toute autre considération peut à l'évidence générer des effets thérapeutiques qui en revanche ne peuvent être corrélés au caractère médical de la prise en charge »(28). En période de pandémie, la question de l'accès à des soins adaptés des résidents d'EHPAD se pose donc avec plus d'acuité.

B. La prise en soin en EHPAD révélatrice d'une prise en charge de la fin de vie

Rappelons que dans l'acronyme EHPAD, le H est celui d'hébergement et non d'hospitalisation car la vocation première de ces établissements est celle d'une l'hôtellerie

(25) « En 2016, le taux médian observé s'élevait à 1,14% et la moyenne pondérée à 1,43%. Si les échantillons ne se superposent pas exactement entre les deux années, il semble néanmoins que les hospitalisations des résidents des EHPAD aient été moins fréquentes en 2017. En effet, leur taux médian s'élève en 2017 à 1,11%, et le taux moyen pondéré à 1,16% », CNSA, *La situation des EHPAD en 2017, Analyse de la gestion des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes et de la prise en charge des résidents*, avril 2019, p. 17 consultable sur https://www.cnsa.fr/documentation/cnsa_portrait_ehpad_2017_vf.pdf

(26) Ordonnance n° 439910 du 15 avril 2020, p. 7.

(27) Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, JO, 3 janvier 2002, p. 124.

(28) Villez A, « EHPAD. La crise des modèles », *Gérontologie et société*, 2007/4 (vol. 30 / n° 123), p. 182.

adaptée à la dépendance. Avec la loi du 30 juin 1975, les hospices des années 60, héritiers de la tradition asilaire, sont devenus des « maisons de retraite » médicalisées ou non, ou des unités de long séjour hospitalier. La mutation qui devait être réalisée en dix ans en a pris plus de trente(29). Ainsi, trente ans plus tard, le décret du 27 mai 2005 a introduit la notion de médecin coordonnateur, « vrai "patron" du projet de soins des établissements »(30). Entre temps, la loi de 1997 sur la prestation spécifique dépendance et l'arsenal réglementaire de 1999 avaient révolutionné la structure de ces établissements et introduit la dénomination d'établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes(31). En 2007, commence la « pathossification »(32) avec l'évaluation des besoins en soins des résidents, *pathos* étant le nom du référentiel utilisé en la matière. La tarification des soins repose sur un cadre réglementaire complexe qui fractionnent le régime tarifaire des établissements conventionnés entre l'hébergement (à la charge du résident avec une éventuelle intervention de l'aide sociale), la dépendance (dont la charge est répartie entre le département et le résident) et les soins (à la charge de l'assurance maladie). Dans ce dernier domaine, la dotation couvre un périmètre variable selon les options choisies par les EHPAD et repose en partie sur l'évaluation des besoins de soins conjuguée à la dépendance moyenne de la population hébergée. Les incidences de la tarification globale ont fait l'objet d'une analyse critique de l'IGAS en 2011(33), tant sur l'intérêt économique que sur la qualité de la prise en charge. L'IGAS avait soulevé le paradoxe économique du dispositif choisi, couteux au début des années 2010, il pouvait être générateur d'économies en fonction de l'évolution des modalités de prises en charge sanitaire au sein des EHPAD. Dans ce cadre, l'IGAS préconisait, face à l'augmentation de la dépendance des résidents, le recrutement de médecins gériatres salariés dans les EHPAD et, plus généralement, enjoignait les pouvoirs publics à « appuyer les gestionnaires dans leurs efforts de rationalisation de la prise en charge médicale des résidents en développant les programmes de gestion du risque dans ce secteur et en insistant davantage sur

(29) *Ibid.*, p. 172.

(30) *Ibid.*, p. 181.

(31) Pour une analyse plus complète voir Brami G., « Les paradoxes de l'évolution des ehpad », *Empan*, 2013/3 (n° 91), p. 56-61.

(32) Rapport d'information, fait au nom de la mission commune d'information sur la prise en charge de la dépendance et la création du cinquième risque, par M. Alain Vasselle, sénateur, 26 janvier 2011, p. 48.

(33) IGAS, Financement des soins dispensés dans les établissements pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), Évaluation de l'option tarifaire dite globale, oct.2011, consultable sur <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rappor/pdf/124000032.pdf>



l'évaluation de résultats qualitatifs à travers les conventions pluriannuelles »(34).

La loi AVS du 28 décembre 2015(35) a été l'occasion d'une réforme profonde de la tarification des EHPAD en initiant un passage à un financement forfaitaire des soins et de la dépendance basé sur les besoins des résidents, progressif jusqu'en 2023. Le forfait soin, calculé avec les référentiels AGGIR et PATHOS repose sur le niveau de perte d'autonomie et des besoins de soins des résidents. Les études rendues chaque année par la CNSA permettent de montrer une progression encourageante sur les dernières années(36) puisqu'elle constate : « En tenant compte du taux d'occupation médian des EHPAD (97,6% des places en hébergement permanent), le taux d'encadrement médian peut être estimé à 63,3 ETP(37) pour 100 résidents, contre 62,9 ETP en 2016, ce qui représente une évolution légère, mais positive »(38). L'évolution tarifaire permet donc un frémissement positif de la qualité de la prise en charge médicale. Toutefois, si le taux d'encadrement est positif pour les auxiliaires de soins, il ne l'est que de façon inégalitaire pour les médecins, notamment en raison du manque de gériatres. Enfin, la CNSA relève que « globalement, le taux d'encadrement médian est nettement plus élevé dans les EHPAD avec [pharmacie d'usage intérieur] et du secteur public que dans les autres EHPAD »(39).

La crise sanitaire de la covid-19 a, dès lors, frappé les EHPAD alors que l'évolution de la prise en charge médicale n'est qu'incomplètement achevée. Elle a accentué les fragilités existantes comme renforcé les besoins déjà définis. Dans ce contexte de mutation, se pose la question de l'éventuel refus d'hospitalisation des personnes hébergées atteintes par la covid-19. L'ordonnance du 15 avril 2020 a été l'occasion pour le Conseil d'Etat d'analyser le respect des règles applicables. Après le rappel des articles L. 1411-1 et L. 1110-1 du code de la santé publique sur l'accès aux soins et L. 6111-1 et suivants sur les missions des établissements de santé, la Haute juridiction a rappelé les obligations déontologiques des médecins parmi lesquelles l'article R. 4127-9 énonce que « tout médecin qui se trouve en présence d'un malade (...) doit (...) s'assurer qu'il reçoit les

soins nécessaires ». Le Conseil d'Etat a ensuite listé les recommandations applicables à la période de pandémie préconisant l'hospitalisation des personnes résidant en EHPAD suspectées d'être atteinte de la covid-19 lorsque leur état de santé le justifie. Ces instructions émanent de la note du 27 mars 2020 du comité de scientifiques constitué au titre de l'état d'urgence sanitaire et de la fiche ARS du ministère des solidarités et de la santé du 30 mars 2020. Enfin, outre les textes, le Conseil d'Etat s'est basé sur les chiffres produits par le ministère pour établir que « les personnes résidant en EHPAD continuent d'être effectivement admises dans les différentes structures des établissements de santé pour y recevoir des soins nécessités par une éventuelle infection due [à la] covid-19 »(40). Il en conclut, dès lors, qu' « il n'est pas établi qu'il y aurait une pratique générale de refus d'admission dans les établissements de santé des personnes résidant dans les EHPAD atteintes par une infection pouvant être attribuée [à la] covid-19 »(41). La réponse du Conseil d'Etat ne lève toutefois pas la suspicion d'un refus de soins hospitaliers des personnes atteintes de la covid-19 en EHPAD. En effet, si on ne peut douter que ces personnes sont, pour certaines d'entre elles, hospitalisées, l'étude des critères fixés pour leur hospitalisation permet d'établir qu'elles ne le sont uniquement si leur état de santé permet d'espérer une guérison de l'infection au SARS-CoV-2. L'hospitalisation n'est pas automatique mais dépend de la prise de décision collective de l'orientation de la personne. La « fiche ARS » du ministère(42) précise, dans ce sens, que l'hospitalisation dépend d'une décision prise collégialement entre le médecin coordonnateur de l'EHPAD, l'astreinte sanitaire « personnes âgées » instituée par l'ARS et, le cas échéant, le SAMU. Cette prise de décision s'appuie sur les recommandations de la société savante de gériatrie produite au dossier et soumise au contradictoire. Selon ces recommandations, l'hospitalisation est préconisée lorsqu'il s'agit des premiers cas identifiés de l'infection au sein de l'EHPAD. Il s'agit évidemment d'isoler la ou les personnes atteintes pour éviter la contagion. Au-delà, l'hospitalisation du malade tient à la présence de signes cliniques de gravité de l'infection et des éléments relatifs à son état de santé. Ce dernier élément est fondamental sachant que les résidents sont, par définition, des personnes en fin de vie, affaiblies et dépendantes. L'état de santé général du malade est dès

(34) *Ibid.*, p. 8.

(35) Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement, *JO*, 29 décembre 2015, p. 24268.

(36) On relèvera toutefois que, au moment de la rédaction de cet article, seul est disponible le rapport d'avril 2019 portant sur les chiffres de 2017.

(37) Équivalent temps plein.

(38) CNSA, *La situation des EHPAD en 2017*, *op. cit.*, p. 24.

(39) *Ibid.*, p. 31.

(40) Ordonnance n° 439910 du 15 avril 2020, p. 7.

(41) *Ibid.*, p. 8.

(42) « Fiche ARS » du ministère des solidarités et de la santé du 30 mars 2020 intitulée « prise en charge des personnes âgées en établissements et à domicile dans le cadre de la gestion de l'épidémie de covid-19 », citée par le Conseil d'Etat dans son ordonnance.



lors un élément essentiel pour l'appréciation de l'intérêt de son hospitalisation.

Ainsi, la décision collégiale d'orientation fait écho à la procédure collégiale de décision de fin de vie. Rappelons que selon la loi du 2 février 2016, l'article L. 1110-5-1 csp établit que « les actes de prévention, d'investigation ou de traitements et de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, [...] faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté ». Ainsi, l'interdiction de l'obstination déraisonnable conduit à suspendre les soins ou ne pas les entreprendre « lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie » selon la volonté du patient ou à l'issue d'une procédure collégiale lorsque ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, ce qui est fréquent en EHPAD. Aussi, lorsque les signes de gravité de l'infection au SRAS-CoV-2 apparaissent, se posent nécessairement la question de savoir si l'état de santé général du malade peut laisser envisager une chance de survie. Dans l'état actuel des connaissances de la covid-19, pour les résidents en EHPAD, la dépendance et la dégradation générale de l'état de santé peut laisser penser que la mise en place de soins hospitaliers ne permettra pas la guérison. Le transport, le changement d'environnement et d'habitude peuvent même être considérés comme causant plus de désagréments que d'avantages au résident si toutefois tous les soins de confort pour accompagner la fin de vie peuvent être réalisés au sein de l'EHPAD. En conséquence, à partir du moment où le malade est condamné par son infection, la décision de maintien en EHPAD pour une fin de vie la plus sereine possible, se justifie pleinement. L'absence d'hospitalisation n'est plus une rupture d'égalité dans l'accès aux soins ou la dispensation de soins adaptés mais, au contraire, une sauvegarde de la dignité de la personne malade en fin de vie. L'argumentation des décisions successives de maintien à l'EHPAD et en conséquence de soins palliatifs sera essentielle, particulièrement dans le cas de personnes ne pouvant exprimer leur volonté, pour que la famille ne remette pas en cause leur légitimité. Ces décisions médicales, comme toujours, reposent sur le savoir et l'analyse du ou des médecins. Elles conduisent à soutenir l'analyse du Conseil d'Etat dans l'absence de carence fautive de l'Etat consécutive à la moindre hospitalisation des personnes atteintes de la covid-19 hébergées en EHPAD. Pour les malades les plus résistants, la décision d'hospitalisation soulève, en ricochet, la question de l'accès aux soins de réanimation. Selon l'association *Coronavictimes*, « les critères d'admission en réanimation, habituels en cette discipline, ont été rendus plus stricts au détriment, notamment, des patients les plus âgés, en raison d'une anticipation d'une éventuelle

saturation des structures de réanimation ». Les carences de notre système hospitalier, particulièrement le manque de place en réanimation, aurait de la sorte conduit à sacrifier les personnes les plus âgées en les excluant des soins de réanimation. La pandémie aurait ainsi remis en question les critères habituels du tri des malades pour les rendre défavorables aux plus âgés.

II. LA NOTION DE SÉLECTION DES MALADES LA PERTE DE CHANCE D'ÊTRE SOIGNÉ D'ÊTRE SOIGNÉ POUR LES PLUS ÂGÉS

La fermeture des EHPAD durant la pandémie a soulevé, de façon accrue, les questionnements sur les conditions d'encadrement de la fin de vie au sein des établissements sociaux et médico-sociaux. Spécialisés dans l'accompagnement des derniers jours de nos aînés mais ne disposant pas des services de réanimations nécessaires, ils ont tranché des arbitrages éthiques qui ont été contestés. Le tri des malades pouvant accéder à la ventilation artificielle a été jugé discriminatoire envers les plus âgés (A), alors que l'isolement lié au confinement a été dénoncé comme un abandon (B).

A. La contestable application de la priorisation des soins

Le 17 mars 2020, un document intitulé « Priorisation de l'accès aux soins critiques dans un contexte de pandémie » était remis à la Direction générale de la santé(43). Ce guide permet d'aider les médecins à effectuer des choix éclairés dans l'hypothèse où les lits de réanimation seraient saturés en s'appuyant sur un indicateur bien connu des soignants qui est le « score de fragilité ». Ce dernier tient compte de l'état de santé du malade préalable à la maladie et est adapté aux spécificités connues de la covid-19(44). Cette pratique de sélection n'est pas nouvelle mais amplifiée par la pandémie, elle soulève avec plus d'acuité les questions éthiques qu'elle génère. En 2009, face à la pandémie grippale, le CCNE s'était déjà prononcé sur les principes éthiques liés à la sélection des malades pouvant accéder aux soins de réanimation. Il avait, à cette occasion, rappelé que « c'est pour le réanimateur une décision de pratique courante toujours très difficile, dans laquelle interviennent de multiples critères : critères cliniques objectifs, parfois

(43) Béguin F, Hecketsweiler C., « Coronavirus : les hôpitaux se préparent à la « priorisation » de l'accès aux soins en cas de saturation des services », *Le Monde*, 18 mars 2020.

(44) Nau J-Y., « Découvrir que l'on peut "prioriser" des malades en période épidémique », *Revue Médicale Suisse*, 1^{er} avril 2020, p. 658-659.



même quantifiés (différents indices de gravité ont été définis pour être utilisés en réanimation), et des critères subjectifs et des valeurs qui, dans un contexte d'urgence, ne peuvent être ni complètement explicites, ni parfaitement égalitaires »(45). Le CCNE est revenu sur les pratiques de sélection dans sa contribution à la lutte contre la covid-19(46). Partant du constat d'une pénurie inévitable des places en réanimation, le CCNE se limite à envisagé le « tri » entre les patients infectés par le SARS-Cov-2 et les autres malades. Dans cette situation, il se contente de préciser que « ces choix devront toujours être expliqués et respecter les principes de dignité de la personne et d'équité ». Aussi, parmi les quatre recommandations concluant sa contribution, le CCNE préconise « la mise en place d'une « cellule éthique de soutien » permettant d'accompagner les professionnels de santé au plus près de la définition de leurs priorités en matière de soins.

La sélection (triage pour les médecins) des malades est donc considérée comme une pratique inévitable. Entre choix médicaux et éthiques, le Conseil d'Etat en a examiné l'équilibre pour s'assurer de la légitimité de la pratique à la suite de la saisine de l'association *Coronavictimes*. Il s'est fondé sur la recommandation professionnelle multi-disciplinaire opérationnelle du 24 mars 2020 intitulée « aspects éthiques et stratégiques de l'accès aux soins de réanimation et autres soins critiques en contexte de pandémie COVID-19 » (47). Selon cette recommandation, les décisions médicales d'admission ou de non-admission en réanimation, sont commandées par les principes éthiques de non-malfaisance, de respect de l'autonomie du patient et de sa dignité, quelles que soient ses vulnérabilités, jusqu'à la fin de sa vie. Elle souligne le nécessaire respect du principe de non-discrimination selon lequel de telles décisions ne peuvent se fonder sur un seul critère d'âge ou sur tout autre critère pris isolément. Dès lors, l'absence de réanimation est une décision issue d'une procédure collégiale, tenant compte, lorsque cela est possible, de la volonté du patient ou de la personne de confiance et

sur la gravité de l'état de santé du malade. Ces critères de priorisation, même s'ils ont été élaborés pour la prise en charge de la covid-19, ne lui sont pas propres. Appliqués au contexte pandémique, il explique que les personnes très âgées dépendantes aient été moins réanimées que les autres malades. Pour le Conseil d'Etat, ils suffisent à rejeter l'inégalité d'accès aux soins en raison de la pénurie des lits en réanimation.

Issu de la médecine de guerre, les protocoles de tri des malades sont apparus dans la médecine civile dans les années soixante avec les avancées technologiques extraordinaires dans le domaine de la dialyse, de la réanimation et de la greffe(48). Ils furent alors accueillis positivement car apportant la légitimation de la pratique par l'explication du choix le plus juste possible des critères retenus. C'est donc à partir des années soixante que le triage fait l'objet de recherches éthiques et « produit un appareillage conceptuel visant à rationaliser, lister et ordonner, en fonction des diverses conceptions de la justice sociale, les principes et critères qui y président »(49). Actuellement, le *continuum* du tri(50) se pose. Il est illustré dans le domaine du don où les greffons prélevés sur des personnes décédées sont une ressource inestimable et rare. L'agence de la biomédecine(51) définit des règles de répartition et d'attribution qui reposent sur les principes d'équité, d'éthique médicale et visent à l'amélioration de la qualité des soins. Une proposition prioritaire de greffon peut être faite au bénéfice d'un receveur dont la vie est menacée à très court terme ou la probabilité d'obtenir un greffon est très faible ou encore au bénéfice d'un enfant. Le *continuum* du tri, appliqué dans un contexte constant de pénurie des ressources en soins les plus couteux relativise autant qu'il légitime la sélection des malades atteints de la covid-19. Il contribue toutefois à renforcer le lien entre la pratique du triage et la rareté de l'offre de soins appropriés. Fondé sur le même dilemme moral que le canot de sauvetage, il pose la question de savoir pourquoi le canot de sauvetage n'est pas assez grand ou pourquoi il n'y en a pas assez(52).

(45) CCNE, Avis n° 106, « Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale », 5 février 2009, p. 16.

(46) CCNE, « La contribution du CCNE à la lutte contre COVID-19 : Enjeux éthiques face à une pandémie, 13 mars 2020, p. 9.

(47) Cette recommandation a été élaborée sur la responsabilité de la société de réanimation de langue française (SRLF), de la société française de gériatrie et de gérontologie (SFGG), de la société française d'anesthésie et de réanimation (SFAR), de la société de pneumologie de langue française (SPLF), de la société de pathologie infectieuse de langue française (SPILF), de la société française d'accompagnement et de soins palliatifs (SFAP) et de la société française de médecine d'urgence (SFMU), sous l'égide de la mission « COREB nationale » (coordination opérationnelle du risque épidémique et biologique), voir l'ordonnance du 15 avril 2020, § 18.

(48) Lachenal G., Lefèvre C., Nguyen V.-K., « Le triage en médecine, une routine d'exception », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2014/1 (N° 6), p. 2.

(49) *Ibid.*, p. 15.

(50) Leichter-Flack F., « De l'état d'exception de l'urgence collective au rationnement invisible des politiques de santé publique. Enjeux d'un «continuum du triage» », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2014/1 (N° 6), p. 67-77.

(51) Agence de la Biomédecine, Procédure d'application des règles de répartition et d'attribution des greffons prélevés sur les personnes décédées de l'arrêté du 6 novembre 1996 dernière modification du 21 janvier 2011 consultable sur https://www.agence-biomedecine.fr/IMG/pdf/regles_repartition_organes_decembre2013.pdf

(52) Lachenal G., Lefèvre C., Nguyen V.-K., *op. cit.*, p. 24.



La saturation des hôpitaux, et plus spécifiquement des places en réanimation, questionne la légitimité des choix économiques et politiques de santé publique.

La presse s'est émaillée de témoignages de personnels ou directeurs d'EHPAD dénonçant le dénuement dans lequel se sont retrouvés les établissements face à un refus de prise en charge de leurs malades par les hôpitaux. Certains ont affirmé que le refus de soins a généré des pertes de chance de survie, avant même le pic de la pandémie, de malades atteints de pathologies autres que la covid-19 pour laisser les places libres dans l'attente du flux de malades-covid. Laurent, responsable d'EHPAD, « parle ainsi de deux personnes ayant déclaré une insuffisance cardiaque, qui, hors Covid, seraient directement parties à l'hôpital. On lui a imposé de les garder »(53). Le défaut de prise en charge des plus âgés n'est pas propre à la France. En Suède, alors que la moitié des décès de la Covid-19 ont eu lieu en maisons de retraite, des plaintes ont été déposées pour euthanasie active(54).

La mission d'information parlementaire sur *l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19*(55) a fait réaliser une mission flash sur la situation spécifique en EHPAD(56). Ses conclusions dénoncent d'abord le manque de moyens, particulièrement en protection individuelle, en début d'épidémie, conduisant à un absentéisme important renforçant le sous-encadrement. Les députées relèvent toutefois que, malgré le « pilotage local parfois défaillant, la mobilisation des personnels et des acteurs (CCAS, initiative « Plateforme Croix-Rouge ») s'est efforcée de maintenir les interventions indispensables »(57). Elles reprennent également les refus d'hospitalisation des résidents d'EHPAD considérant qu'elles « ont été parfois insuffisamment nombreuses ou sont intervenues trop tardivement, en particulier dans les régions les plus touchées par l'épidémie »(58). La mission flash conclut

en renvoyant à ses travaux antérieurs de 2018 alertant sur les manques de moyens en EHPAD : « Les sous-effectifs chroniques et le manque de moyens qui prévaut en EHPAD et dans les structures d'aide à domicile ne pouvaient qu'engendrer des conséquences tragiques en cas d'épidémie ». Elle appelle à ce que des enseignements soient tirés pour repenser la future loi grand âge.

B. Une éthique de bienfaisance à redéfinir

Le tri des malades affiche que toutes les vies ne se valent pas(59). Au Québec, le protocole de sélection des patients instauré durant la pandémie a fait polémique car il indique clairement que la déficience cognitive sévère est au nombre des critères qui peuvent rendre un malade illégitime aux soins intensifs. Considérant que cette exclusion des soins s'appliquait à toutes les personnes souffrant d'un handicap mental, la députée du Westmount-Saint-Louis a exprimé publiquement sa colère(60). Toutefois, le docteur Joseph Dahine, expert clinique au protocole de triage, a précisé que la déficience intellectuelle n'était pas concernée au sens large mais le serait la démence de type Alzheimer car le malade ne pourrait, dans ce cas, être sevré de la ventilation mécanique et « serait condamnée à vivre avec un respirateur artificiel à cause de cette démence-là »(61). Ce débat illustre la fragilité des arguments d'eugénisme opposés à la sélection des patients et conduisent à être prudents sur les critères de la bientraitance applicables aux patients.

Michaël Nurok explique que « le triage nécessite de définir des priorités dans l'utilisation des ressources dans le temps, et passe ainsi par la projection mentale de l'issue probable d'une situation dans le futur »(62). Il prouve ainsi que le principe de bienfaisance doit empêcher la production d'une « vie nue », c'est-à-dire maintenir en vie un patient dans un état de dépendance tel qu'il ne puisse plus être en mesure d'apprécier le fait d'être en vie. La situation de santé antérieure du malade peut conduire le médecin à considérer que la réanimation ne doit pas être entreprise pour sauvegarder sa dignité. Cette décision se trouve alors prise selon les critères de l'article L.1110-5-1 csp. Pour éviter

(53) Pochat J., « Ehpad, nos "vieux", ces grands sacrifiés de la pandémie », *Valeurs actuelles*, 22 juin 2020 ; voir aussi De Royer S., « Coronavirus : plongée dans la « tragédie » des Ehpad pendant la crise sanitaire », *Le Monde*, 22 juillet 2020.

(54) « Coronavirus : la Suède reconnaît avoir échoué dans la protection de ses aînés », *Les Echos*, 12 mai 2020.

(55) Mission d'information, *Rapport sur l'impact, la gestion et les conséquences dans toutes ses dimensions de l'épidémie de Coronavirus-Covid-19*, n° 3053, 3 juin 2020.

(56) Menée par les députées Monique Iborra (LREM) et Caroline Fiat (FI) auteures du rapport d'information n° 769, *Les établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes*, 14 mai 2018.

(57) Synthèse de la communication accessible sur <http://www2.assemblee-nationale.fr/content/download/309066/2994522/version/1/file/Synth%C3%A8se+m%C3%A9dico-social.pdf>

(58) *Ibid.*, p. 4.

(59) Fassin D., « Évaluer les vies, essai d'anthropologie biopolitique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2010/1 (n° 128-129), p. 105-115.

(60) Lajoie G., « Le protocole de triage des malades de la covid-19 fait débat », *Le journal de Québec*, 3 juin 2020, consultable sur <https://www.journaldequebec.com/2020/06/03/triage-des-malades-de-la-covid-19-cest-degueulasse-deplore-la-deputee-liberale-jennifer-maccarone>

(61) *Ibid.*

(62) Nurok M., « Les conditions de possibilité du concept de triage. Un regard sur la longue durée (XVIII^e-XXI^e siècles) », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, 2014/1 (N° 6), p. 47.



l'obstination déraisonnable, la médecine doit avoir « le courage d'échouer »(63) plutôt que de devoir prendre la décision d'interrompre un traitement devenu inutile. Le docteur Nurok synthétise ce choix médical par ces mots : « Plus des patients feront l'objet de soins agressifs, plus nombreux ils seront à survivre ; mais, dans le même temps, plus fréquents seront aussi, probablement, les complications et autres effets négatifs des réanimations involontaires ou inappropriées qui produisent une forme de vie nue, biologique – de survie »(64).

En conséquence, le choix de ne pas réanimer les patients dépendants des EHPAD pour leur éviter une longue agonie sous respiration artificielle justifie qu'ils n'aient pas accès aux seuls soins possibles face à la covid-19. Il peut expliquer *de facto* l'absence d'hospitalisation lorsque cette dernière n'aurait pour seule raison la ventilation artificielle. Le choix médical d'assurer une fin de vie plus paisible au sein de l'environnement familial de l'EHPAD se double, dans ce cas, d'un arbitrage éthique plus difficilement contestable. Il reste néanmoins subordonné à la capacité de l'EHPAD d'assurer une fin de vie digne et, sur ce point, le choix du confinement extrême conduisant à l'isolement des mourants reste critiquable. La solitude et l'isolement des personnes âgées en fin de vie sont depuis longtemps dénoncés, de façon générale et plus spécifiquement pendant le confinement, particulièrement par *Les petits frères des pauvres*(65). Le CCNE, dans sa réponse du 30 mars à la saisine du ministère des solidarités et de la santé, a insisté sur le fait que « le respect de la dignité humaine, inclut aussi le droit au maintien d'un lien social pour les personnes dépendantes » et signalé « le risque affectif de l'isolement, d'une séparation absolue d'avec les autres, en particulier d'avec la famille et les personnes significatives pour chacun, s'ajoutant alors au risque épidémique »(66). Les députées de la mission flash ont également dénoncé cet abandon : « Tandis qu'en EHPAD de nombreuses personnes âgées décèdent par isolement et désespérance, toutes les mesures de protection

des résidents doivent être opérationnelles pour permettre aux visites de reprendre ». Elles ont recommandé de « trouver une solution pour que les familles puissent voir le corps une dernière fois et assister aux obsèques ». L'association *Coronavictimes* avait demandé au juge des référés du Conseil d'Etat d'ordonner à l'Etat de garantir à toutes ces personnes l'accès à des soins palliatifs et, pour celles qui se trouvent en EHPAD, la présence auprès d'elles d'au moins un de leurs proches. La Haute juridiction a apporté comme élément de réponse la mobilisation des ARS pour mettre en place une astreinte « soins palliatifs » dédiée aux résidents des établissements sociaux et médico-sociaux. Elle a, par ailleurs, retenu qu'il n'était pas fondé d'établir que les résidents en fin de vie étaient privés de visite, le Président de la République ayant confirmé, dans son allocution du 13 avril 2020, que des autorisations exceptionnelles de visite, dans le respect des mesures sanitaires, étaient données aux familles par les directeurs d'EHPAD. Ces derniers ont donc été, au quotidien, en fonction des moyens dont ils disposaient, les arbitres de la protection de la dignité des personnes âgées en fin de vie qui leur étaient confiées. Ils ont dû trouver un équilibre précaire, avec leurs équipes et l'appui des médecins coordonnateurs, entre gestion des pénuries et de l'urgence sanitaire dans le respect des règles de droit et des valeurs éthiques. Dans ces conditions, l'extrême investissement du personnel et l'esprit de sacrifice a permis de préserver une situation de dignité qui aurait pu être facilitée si les réformes n'avaient pas tant tardé.

L'épreuve de la covid-19 doit, comme dans tous les domaines de notre vie collective, permettre de tirer les leçons des fragilités des établissements sociaux et médico-sociaux. Au plus fort de la crise, les principes éthiques qui ont été rappelés, et souvent appliqués, confirment que la protection de la dignité des personnes âgées en fin de vie tient plus à la qualité que l'on procure à leurs derniers jours qu'au maintien dans une vie trop dégradée. Les accords du Ségur de la santé du 21 juillet 2020 semblent une première avancée. Ils consacrent 8,2 milliards d'euros à la revalorisation des métiers des établissements de santé et des EHPAD et à l'attractivité de l'hôpital public. Ils devraient être un tremplin pour la télé santé, notamment au profit des EHPAD. Mais, les recommandations de Nicole Notat visent également à renforcer les équipes de gériatrie et de soins palliatifs(67) ou encore au « rattrapage des carences chroniques, se traduisant par la rénovation d'EHPAD et la création de places »(68). Reste à concrétiser ces revendications depuis longtemps attendues... ■

(63) *Ibid.*, p. 65.

(64) *Ibid.*, p. 64.

(65) Voir sur ce point le rapport Petits frères de pauvres, *Isolation des personnes âgées : les effets du confinement, L'isolement des personnes âgées est une vraie distanciation sociale*, n° 4, juin 2020, consultable sur https://www.petitsfreresdespauvres.fr/plusjamaisinvisibles/files/2020_06_04_PFP_RAPPORT_ISOLEMENT DES PERSONNES AGEES ET CONFINEMENT.pdf

(66) CCNE, Réponse à la saisine du ministère des solidarités et de la santé sur le renforcement des mesures de protection dans les EHPAD et les USLD, 30 mars 2020. Cette position s'ajoute à celle du 17 avril 2020 sur le Décret n° 2020-384 du 1^{er} avril 2020 prônant la mise en bière immédiate après le décès des malades atteints de la covid-19. Le CCNE avait relevé « ces dispositions réglementaires sont très mal comprises, avec leur application parfois excessive et rigide à l'égard de la dignité du défunt et du respect et de l'accompagnement de la famille ».

(67) Ségur de la santé, Recommandation, juillet 2020, p. 85, consultables sur https://solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/recommandations_mission_notat_-_segur_de_la_sante.pdf

(68) *Ibid.*, p. 105.



LES MESURES NORMATIVES DE LA POLITIQUE SANITAIRE DE LUTTE CONTRE LA PANDÉMIE DE COVID-19 AU BRÉSIL : LES INTERACTIONS ENTRE L’ACTION DU GOUVERNEMENT FÉDÉRAL ET CELLE DES ÉTATS

LES SYSTÈMES DE SANTÉ FACE AUX ÉPIDÉMIES

*STANDARD MEASURES OF HEALTH POLICY IN THE FIGHT
AGAINST THE PANDEMIC OF COVID-19 IN BRAZIL:
INTERACTIONS BETWEEN FEDERAL GOVERNMENT POLICIES
AND STATES POLICIES*

Fernando AITH*

RÉSUMÉ

La pandémie de Covid-19 au Brésil a eu comme conséquence immédiate une intense activité étatique visant à donner des réponses efficaces à la société pour contrôler la propagation du Coronavirus et prévenir, autant que les possible décès, les souffrances causés par le Coronavirus. Cet article présente comment l'État brésilien a réagi au Covid-19, en se concentrant sur la production normative réalisée au niveau fédéral et des différents États fédératifs au Brésil. En ce sens, l'article présente brièvement le système de santé brésilien, les compétences des différentes entités fédératives pour produire des normes de santé au Brésil et un portrait général de la manière dont la réponse normative brésilienne à la pandémie est en cours. Un accent particulier a été mis sur certains aspects de la riposte brésilienne à Covid-19 concernant les peuples autochtones, l'éducation et le recours excessif à des mesures provisoires par le pouvoir exécutif fédéral pour répondre de manière normative

à l'épidémie. En conclusion, on défend que le Brésil doit élaborer et approuver une nouvelle loi générale nationale de surveillance sanitaire capable, par la pré-diction claire des mesures qui peuvent être prises par l'État, d'organiser ses procédures respectives et d'établir de manière structurée comment le contrôle des actions de l'État en période d'épidémie aura lieu, définissant clairement comment l'accès à l'information publique, ainsi que le rôle du ministère public, de la magistrature, des conseils de santé ou, même, d'autres organes de contrôle démocratiques et participatifs.

MOTS-CLÉS

Droit de la santé, Covid-19, Politique publique de santé, Relations fédératives de la politique de santé.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic in Brazil had an immediate consequence of intense state activity aimed at giving effective responses to society to control the spread of the

* Professeur Titulaire de Droit de la Santé à l'Université de São Paulo – Brésil ; Directeur Général du Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo, Brésil (Cepedisa/USP). fernando.aith@usp.br



Coronavirus and prevent as much as possible the death and suffering caused by the Coronavirus. This article presents how the Brazilian state reacted to Covid-19, focusing on the normative production carried out at the federal and state levels. In this sense, the article briefly presents the Brazilian health system, the competences of the different federal entities to produce health standards in Brazil and a general portrait of how the Brazilian normative response to the pandemic is underway. Particular emphasis has been placed on certain aspects of the Brazilian response to Covid relating to indigenous peoples, education and the excessive reliance on interim measures by the federal executive branch to normatively respond to the epidemic.

KEYWORDS

Health rights, Covid-19, Public health policies, Federative relations for health policies.

* * *

I. INTRODUCTION

La pleine réalisation du droit à la santé exige que les sociétés démocratiques déploient des efforts permanents et beaucoup de créativité pour faire face aux énormes défis sanitaires imposés par les réalités mondiales, nationales et locales. Actuellement, le monde est perplexe de voir la propagation mondiale d'un autre virus mortel, le nouveau coronavirus 2019 (Covid-2019). Une partie de cette perplexité réside précisément dans la perception que les sociétés modernes ne disposent pas d'instruments juridiques adéquats pour faire face à une épidémie de cette ampleur de manière démocratique, transparente et efficace. Comment les mesures classiques de lutte contre les épidémies, telles que l'isolement, la quarantaine, le diagnostic et le traitement obligatoires, peuvent-elles être conciliées avec les principes et les règles d'un État de droit démocratique ?

Le Règlement sanitaire international (RSI), approuvé par la 58^e Assemblée générale de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) le 23 mai 2005, a représenté une avancée majeure en fournissant, dans ses dispositions, un ensemble de règles pour le renforcement des capacités dans le domaine de la santé publique mondiale. Parmi ses principales innovations, le RSI a renforcé l'importance du rôle de l'OMS dans l'alerte mondiale aux flambées épidémiques et dans la réponse aux événements de santé publique, définissant clairement le mandat de

l'organisme multilatéral en cas d'événements de santé publique d'intérêt international.

Depuis 2005, sur la base du RSI, l'OMS a déjà déclaré six fois une urgence de santé publique d'importance internationale : en 2009, pour organiser des actions de confinement contre la propagation du virus H1N1 ; en mai 2014, pour contenir une épidémie internationale d'Ebola ; en août 2014, contre une nouvelle épidémie internationale de polio ; en 2016, pour contenir l'épidémie internationale de virus Zika, cette épidémie est bien connue des Brésiliens car elle a été détectée pour la première fois sur notre territoire ; en 2019, une nouvelle déclaration d'urgence découlant de la propagation d'Ebola, notamment en République du Congo et ; en 2020, l'urgence de santé publique d'importance internationale récemment déclarée pour tenter de contenir la propagation du nouveau coronavirus (Covid-2019). En effet, le 30 janvier 2020, lors de sa deuxième réunion, le comité d'urgence créé par le directeur général de l'Organisation mondiale de la santé de l'OMS pour évaluer la situation à Covid-2019 a conclu : « Il est important de noter qu'à mesure que la situation continue d'évoluer, les objectifs stratégiques et les mesures visant à prévenir et à réduire la propagation de l'infection évoluent également. Le Comité est convenu que l'épidémie remplissait désormais les critères d'une urgence de santé publique d'intérêt international et a proposé que l'avis suivant soit émis en tant que recommandations temporaires ».

Parmi les recommandations émises par le Comité d'urgence de l'OMS aux États parties, il y a des mesures telles que l'endiguement, y compris la surveillance active, la détection précoce, l'isolement et la gestion des cas, le suivi des contacts et la prévention de la propagation progressive de l'infection par Covid-2019, ainsi que de partager des données complètes avec l'OMS.

Le Directeur général de l'OMS, conformément aux recommandations du Comité d'urgence, a déclaré Covid-2019 comme urgence de santé publique d'importance internationale, sur la base des dispositions du Règlement sanitaire international de 2005, imposant aux États Membres un ensemble d'obligations liées au confinement de la maladie, parmi lesquels, par exemple, isolement des personnes infectées, mise en quarantaine, diagnostic et traitement obligatoires, ainsi que partage d'informations.

Le Brésil a ratifié le RSI par le décret législatif 395, 2009. L'article 5.1 du RSI prévoit une surveillance de la santé, déclarant que « chaque État partie doit développer, renforcer et maintenir, dès que possible, au plus tard dans un délai de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du présent règlement pour cet État partie, les capacités de détecter, d'évaluer, de notifier et de signaler



les événements conformément au présent règlement, comme spécifié à l'Annexe 1 ».

La législation brésilienne actuelle en matière de contrôle épidémiologique générale est toujours fondée sur la loi 6.259 de 1975, qui ne fournit pas de manière adéquate et avec les détails nécessaires les mesures et instruments de contrôle épidémiologique qui peuvent être adoptés par l'État en cas d'urgence de santé publique. Approuvée au milieu du régime militaire brésilien, cette loi ne dialogue pas et ne prévoit pas la manière dont l'État devrait agir en cas de crise épidémique au regard des libertés démocratiques et des droits de l'homme.

Malgré des évidences scientifiques indiquant la nécessité d'une nouvelle législation complète sur le sujet de la surveillance de la santé au Brésil, le pays n'a pas avancé dans cette direction. Plutôt que de s'attaquer au problème de manière globale et permanente, les gouvernements et législatures successifs ont abordé le problème de manière ponctuelle et par spasmes, créant un ensemble de règles déconnectées qui ne comblent pas efficacement les lacunes réglementaires actuelles. Cette réalité est en train d'être répétée au cours de la Covid-19 au Brésil.

À cet égard, il convient de rappeler quelques-uns des principaux spasmes législatifs sur le thème avant l'épidémie au Brésil : i) la publication du décret du 6 décembre 2010, qui a institué le Groupe exécutif interministériel sur les urgences de santé publique d'importance nationale et internationale - GEI -ESPII ; ii) La loi 13.301 de 2016, qui prévoit l'adoption de mesures de surveillance sanitaire en cas de danger imminent pour la santé publique en raison de la présence du moustique qui transmet le virus de la dengue, le virus Chikungunya et le virus Zika ; iii) et la dernière loi 13.979, de 2020, qui prévoit des mesures pour faire face à l'urgence de santé publique d'importance internationale résultant du coronavirus responsable de l'épidémie de 2019.

Les mesures et les instruments nécessaires pour contenir une épidémie peuvent être assez agressifs et limiter les libertés individuelles. Cet article présente, d'une manière générale, la production normative brésilienne pour le combat contre la pandémie. Les données présentées sont parties de la recherche « Cartographie et analyse des normes juridiques de réponse au covid-19 au Brésil », développée para le Centre de Recherche en Droit de la Santé de l'Université de São Paulo, coordonnée par les Professeurs Fernando Aith, Deisy Ventura, Rossana Reis e Camila Asano(1).

(1) Plus d'informations sur cette recherche dans le site: cepedisa.org.br

II. BRÈVES CONSIDÉRATIONS SUR LE SYSTÈME DE SANTÉ BRÉSILIEN

Au Brésil, la santé est considérée comme un droit universel par la Constitution de 1988. Dans l'article 196, la Constitution brésilienne affirme que la santé est un droit de tous, et détermine que l'État a le devoir de protéger ce droit en organisant un système de santé publique capable à offrir des services de santé universels, gratuits et effectifs, englobant services de promotion, prévention et récupération de la santé individuelle et collective.

La Constitution brésilienne adopte une conception large de la santé et définit plusieurs mesures qui doivent être développés par les gouvernements pour la promotion et la protection de la santé individuelle et collective, y compris les politiques sociales et économiques, les actions sanitaires et épidémiologiques, la protection de la santé des travailleurs, la préservation de l'environnement, entre d'autres(2).

Le système de sécurité sociale au Brésil agrège la prévoyance sociale, l'assistance sociale et la santé publique. La prévoyance sociale est opérée dans la logique d'assurance sociale, sous un régime public et contributif. Les prestations offertes par la prévoyance sociale sont surtout liées aux risques du travail, comme la retraite, les accidents de travail, les pensions de veuvage, parmi d'autres. L'assistance sociale, de sa part, fonctionne dans la logique de protection universelle, sous le régime de protection non contributif, financé directement par le budget de l'État. Au Brésil, le principal programme d'assistance sociale actuellement en marche est le *Programa Bolsa Família*, un programme fédéral aux familles qui vivent dans la pauvreté extrême, avec un revenu per capita de moins que 35 euros par mois.

Finalement, la sécurité sociale au Brésil garantit un Système Public de Santé, universel, égalitaire et gratuit, dans la logique non contributive. La Constitution du Brésil oblige l'État à offre un réseau de services publics de santé capables de garantir la prévention, la promotion et la récupération de la santé individuelle et collective. Le système de santé brésilien est, dès la CF de 1988, un système mixte, avec des services publics et privés de santé.

Le système public doit attendre les 206 millions de brésiliens, gratuitement, y inclus les communautés autochtones, qui ont un sous-système public spécifique pour leurs nécessités. À côté du système public brésilien, qui s'appelle *Sistema Único de Saúde – SUS*, il y a aussi

(2) Ferraz (O.L.M.) (2011), "Health inequalities, Rights and Courts: The social impact of the judicialization of health", in *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, ed. Yamin AE and Gloppen S, Harvard University Press, p. 76-102.



un système privé, organisé par le modèle d'assurance privé. Le système privé aujourd'hui au Brésil est utilisé par 50 millions de personnes(3), qui cherchent dans le secteur privé une qualité et efficacité que parfois manque dans le système public.

III. COMPÉTENCE LÉGISLATIVE EN MATIÈRE DE SANTÉ AU BRÉSIL

La Constitution fédérale a reconnu la santé comme un droit social (art. 6º) de tous les Brésiliens et étrangers résidant dans le pays (CF, art. 196 w / art. 5º) et, pour sa garantie, littéralement imposée comme « devoir de l'État » (CF, art. 196), la Constitution définit les obligations de tous les niveaux de gouvernement de la fédération. Ainsi, « prendre soin de la santé » est une tâche qui incombe à toutes les entités fédérales, c'est pourquoi la Constitution fédérale l'a inscrit parmi les compétences communes de l'Union, des États, du District fédéral et des communes (art. 23, II).

En revanche, l'obligation de « légiférer pour protéger et défendre la santé » était prévue comme compétence législative concurrente (art. 24, XII). Expressément, au Brésil, après la promulgation de la Constitution de 1988, la compétence de légiférer sur la santé, c'est-à-dire de produire des sources spécifiques de droit de la santé, est en concurrence avec l'Union et les États. Il existe cependant un critère hiérarchique sous-tendant les compétences concurrentes. La Constitution dispose que « selon la législation concurrente, la compétence de l'Union se limitera à l'établissement de règles générales », précisant que « la compétence de l'Union pour légiférer sur des règles générales n'exclut pas la compétence supplémentaire des États » (art. 24, §§ 1^{er} et 2^e). En l'absence de loi fédérale sur les règles générales du droit de la santé, les Etats peuvent exercer la pleine compétence législative pour répondre à leurs particularités (art. 24, §3). À cet égard, les lois des États auront une application limitée sur leurs territoires. La Constitution établit également que « la survenance de la loi fédérale sur les règles générales suspend l'efficacité de la loi de l'État, dans le cas contraire ».

L'analyse de ces dispositions constitutionnelles permet de constater, en ce qui concerne la production des règles juridiques du droit de la santé, que si l'Union et les États ont des compétences concurrentes, il existe une suprématie évidente des règles juridiques de l'Union lorsqu'il s'agit d'établir des règles générales de Droit de la santé. A tel point que la législation des États, en ce

qui concerne les règles générales, ne peut pas contredire la législation fédérale, sous peine de perte d'efficacité. En revanche, en l'absence de loi fédérale, la compétence législative des États est pleine, c'est-à-dire que les États peuvent compléter la législation fédérale chaque fois que cela est nécessaire pour défendre le droit à la santé. En l'absence de règles fédérales générales, l'État peut élaborer ses propres règles générales. Du fait de la loi fédérale instituant des règles générales, la législation de l'État perd de son efficacité lorsqu'elle y est contraire. C'est la logique donnée par la Constitution fédérale. Il ne fait donc aucun doute que les États ont dans leurs assemblées législatives de véritables sources institutionnelles de production de normes juridiques de droit de la santé, étant donné qu'ils ont la compétence constitutionnelle assurée pour réglementer les actions et les services de santé avec l'Union. Et plus, en l'absence de règles fédérales générales, l'État peut légiférer pleinement en la matière.

En ce qui concerne les municipalités, les conseils municipaux participent également à l'élaboration de la loi brésilienne sur la santé de manière complémentaire, comme le prévoit l'article 30, II : « Il est de la responsabilité des municipalités (...) de compléter la législation fédérale et étatique le cas échéant ». Ainsi, il reste aux conseils municipaux à combler les éventuelles lacunes réglementaires, nécessaires pour répondre aux particularités existant dans chaque commune brésilienne. Il convient toutefois de noter que l'exercice de cette compétence supplémentaire est soumis aux règles générales établies par les États respectifs et l'Union.

La Cour suprême fédérale, dans une décision récente dans le cadre de l'Action directe d'inconstitutionnalité (ADI) 6341, a expliqué que les règles juridiques adoptées par l'Union pour faire face au Covid-19 n'excluent pas des compétences concurrentes ni la prise de mesures normatives et administratives par les États, le District fédéral et les municipalités. La règle herméneutique de base à suivre est qu'en cas de conflit entre les règles de l'Union, des États, du DF et des municipalités, la norme de santé la plus protectrice a tendance à prévaloir.

IV. LES MESURES NORMATIVES DE LA POLITIQUE SANITAIRE DE LUTTE CONTRE LA PANDÉMIE DE COVID-19 AU BRESIL

La pandémie de Covid-19 au Brésil a déjà atteint la triste marque de plus de 145 000 morts et 4,7 millions d'infectés(4). La réponse de l'État brésilien pour contrôler la propagation et la légalité du coronavirus est parmi les

(3) Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS/Brasil. <http://www.ans.gov.br>.

(4) Jusqu'à 15 septembre 2020.



pires au monde. Étonnamment, les résultats négatifs de l'action de l'État brésilien ne signifient pas que l'Union, les États, le DF et les municipalités n'ont pas agi. Les résultats partiels de la recherche « Cartographie et analyse des normes juridiques en réponse au Covid-19 au Brésil » prouvent qu'en termes de production normative, l'État brésilien a agi avec vigueur.

Du 1er janvier au 15 septembre 2020, l'Union a publié 2190 règles juridiques, des espèces les plus variées, visant spécifiquement à lutter contre la pandémie de Covid-19. Le même phénomène peut être vu dans les États brésiliens. Une analyse préliminaire des données confirme l'importance des États dans l'adoption de mesures de quarantaine et de distance sociale, ainsi que dans la mise en place de lignes de crédit et d'incitations fiscales pour les activités économiques. Cependant, il est important de mettre en évidence des différences significatives dans les façons d'agir, tant en termes de contenu des mesures que de structure de prise de décision. En ce sens, l'exploration ultérieure de la base de données que la recherche organise est d'une grande importance pour comprendre et évaluer la performance des États pendant la crise et son impact sur l'exercice des droits de l'homme par les citoyens.

Entre janvier et juin 2020, Amazonas, Ceará, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo et Santa Catarina ont produit un total de plus de 2000 normes liées à la gestion de la pandémie de Covid-19. Une première approximation des données indique que le pic de la

production normative aux États se situe entre la seconde quinzaine de mars et la première quinzaine d'avril. Au cours du premier semestre 2020, la production normative dans les États étudiés était la suivante : Amazonas, 201 normes juridiques ; Ceará, 252 normes ; Rio Grande do Sul, 254 normes ; Santa Catarina, 295 normes ; São Paulo, 653 normes et Rio de Janeiro, 562 normes juridiques pour combattre la pandémie. A Santa Catarina, l'administration de la crise a été plus décentralisée, avec une prépondérance du Secrétariat de la Santé, suivi de près par le Secrétariat de l'administration socio-éducative. À Rio Grande do Sul, le plus grand nombre de normes a été publié par le Secrétariat de la Santé et le Bureau du Gouverneur (51 et 46 respectivement). Amazonas et Ceará se caractérisaient par la centralisation des règles au sein du bureau du gouverneur (87 et 95 respectivement). São Paulo et Rio de Janeiro ont, aussi, concentré la production normative dans le bureau du gouverneur (64 et 170 respectivement). L'analyse des normes étatiques liées à la lutte contre la pandémie est d'une importance capitale pour comprendre non seulement la situation au Brésil dans son ensemble, mais la diversité des situations qui composent la situation actuelle dans ce pays continental. Comprendre les convergences et divergences de l'action des États par rapport aux normes de quarantaine et à la distance sociale est fondamental pour évaluer le rôle des décisions politiques dans la lutte contre la pandémie, et par conséquent son impact sur le droit à

Figure 1 : Évolution de la publication des normes juridiques en réponse au covid-19 dans les États AM, CE, RS et SC.

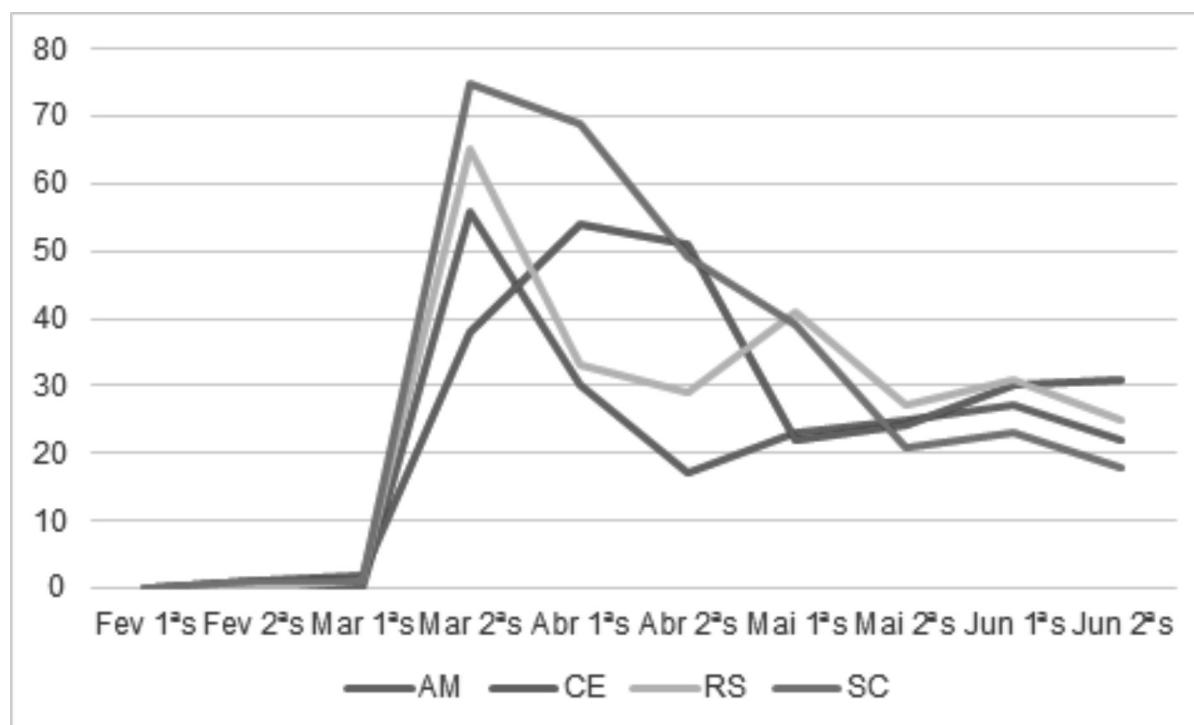
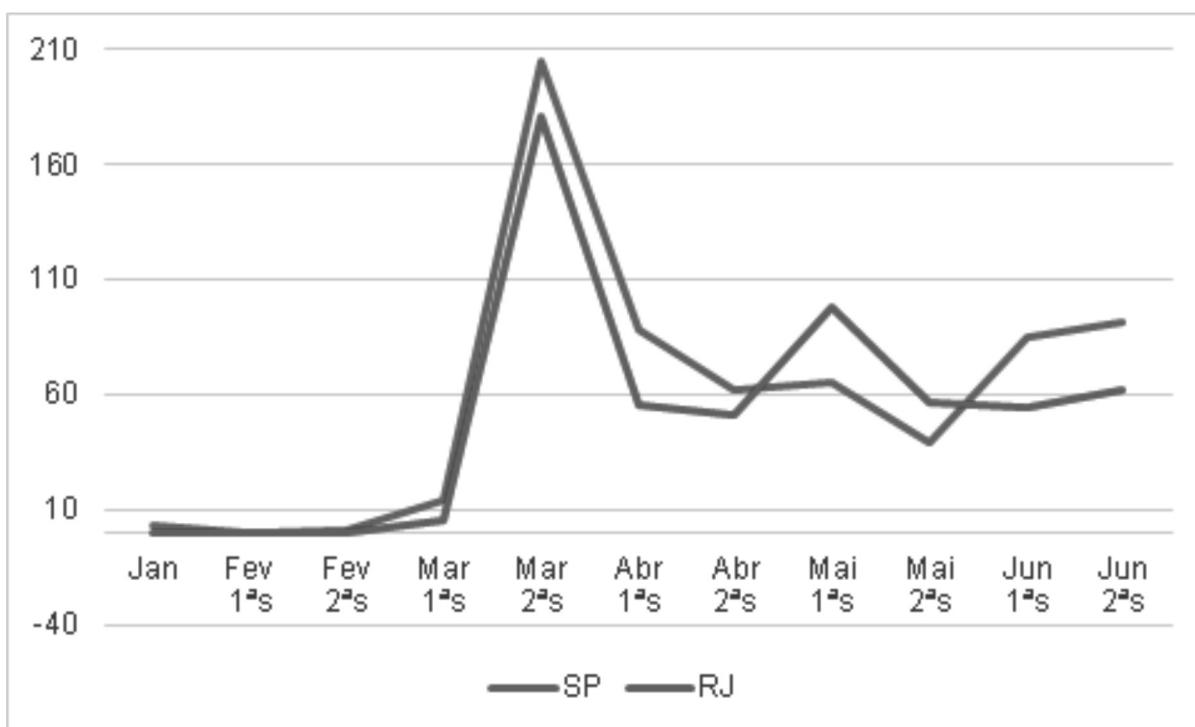




Figure 2 : Évolution de la publication des normes juridiques en réponse au covid-19 dans les états de SP et RJ.



la vie et le droit à la santé. En outre, compte tenu de la structure fédérative de l'État brésilien et de l'absence d'une politique nationale de santé et d'éducation qui réponde aux défis imposés par la situation actuelle, une recherche sur les stratégies des États pour faire face à la crise est indispensable.

La figure 1 montre l'évolution de la production normative sur Covid-19 dans les États d'Amazonas, Ceará, Rio Grande do Sul et Santa Catarina au fil du temps, du 1er janvier au 30 juin 2020.

La figure 2 montre l'évolution des règles juridiques publiées par les États de São Paulo et Rio de Janeiro dans la période du 1er janvier au 30 juin 2020.

L'analyse des normes étatiques liées à la lutte contre la pandémie est extrêmement importante pour comprendre non seulement la situation au Brésil dans son ensemble, mais la diversité des situations qui composent la situation actuelle. Comprendre les convergences et divergences de l'action des États par rapport aux normes de quarantaine et à la distance sociale est fondamental pour évaluer le rôle des décisions politiques dans la lutte contre la pandémie, et par conséquent son impact sur le droit à la vie et le droit à la santé. De plus, compte tenu de la structure fédérative de l'État brésilien et de l'absence d'une politique nationale d'éducation qui réponde aux défis imposés par la situation actuelle, une recherche sur les stratégies des États pour faire face à la crise de l'éducation est indispensable. Enfin, nous pensons qu'étudier la manière dont les décisions ont été prises en ce moment de crise nous fournit des éléments

intéressants pour évaluer la qualité des institutions démocratiques dans le pays, tâche fondamentale dans l'exercice de la citoyenneté.

V. L'ABUS DES MESURES PROVISOIRES ET DE NORMES INFRA LÉGALES DÉCRETS PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Les données relatives au type de norme émise par le gouvernement fédéral mettent en évidence des résultats importants. En plus de l'accent nécessaire à mettre sur les 43 mesures provisoires émises par la présidence de la République entre janvier et juin 2020, uniquement pour traiter des problèmes liés à Covid-19, il convient de mentionner le nombre de règles infra légales associées au thème.

Au regard les Mesures Provisoires, sont un type de norme juridique publiée par le Président de la République qui ont force de loi jusqu'à son appréciation par le Congrès National. En général, ce sont des normes juridiques extraordinaires. Dans ce contexte, il semble exagéré les 43 Mesures provisoires liées au Covid-19 publiées par le Président brésilien entre janvier et juin 2020, par rapport au total de 71 Mesures Provisoires éditées au cours de la période. A titre de comparaison, en 2019, le président de la République a pris un total de 18 mesures provisoires au cours de la même période (janvier à juin).



Si nous ne considérons aussi les décrets et résolutions infra légales publiés, nous atteignons le nombre de 1054 normes juridiques publiées dans le premier semestre de 2020 par le pouvoir exécutif fédéral. Et beaucoup d'entre eux contiennent des obligations primaires à être respecter par la population générale ou par un groupe spécifique de la population, révélant une intense activité législative de la part du pouvoir exécutif.

L'intense activité législative du pouvoir exécutif sur Covid-19 limite le rôle du pouvoir législatif et entrave l'exercice de la citoyenneté parce que de nombreuses règles infra légales dépassent le cadre administratif, créant des obligations pour la population générale de manière fragmentée et parfois même contradictoire. En outre, elle favorise la judiciarisation de la santé car la conformité des actes normatifs du pouvoir exécutif avec la loi est fréquemment remise en question devant le pouvoir judiciaire.

VI. PANDÉMIE ET LE MANQUE D'ÉDUCATION AU BRÉSIL

Entre le 18 juin et le 16 juillet, le Brésil s'est retrouvé sans titulaire au ministère de l'Éducation. Même avec tous les élèves sans cours en présentiel depuis le début de l'année scolaire, le Ministère de l'Éducation n'a pas rempli sa fonction fondamentale d'assurer la qualité de l'éducation dans tout le système éducatif, étant omis dans l'élaboration et l'exécution d'une politique nationale d'éducation pour le face à la pandémie.

En ce sens, les résultats de l'enquête « Cartographie et analyse des règles juridiques pour la réponse à Covid-19 au Brésil » corroborent les conclusions du bulletin publié par le Comité externe de la Chambre des députés qui a évalué la performance de MEC pendant la pandémie(5). Outre les ordonnances qui traitent de l'autorisation de remplacer les cours en présentiel par des cours à distance, et la résolution qui permet au programme national d'alimentation scolaire de continuer à fournir des denrées alimentaires aux élèves pendant la pandémie, aucune initiative n'a abordé la formation des enseignants pour l'utilisation d'outils d'apprentissage à distance, ou pour établir des lignes de financement pour l'achat de matériel. Les enseignants de l'enseignement public n'ont pas non plus proposé de stratégies d'enseignement et de stratégies d'enseignement à distance plus efficaces, qui

(5) Agência Câmara de Notícias. Une commission externe souligne le manque d'articulation du gouvernement dans le domaine de l'éducation pour faire face à la pandémie, 18 juin 2020. Disponible sur <<https://www.camara.leg.br/noticias/670015-comissao-externa-aponta-falta-de-articulation-du-gouvernement-dans-le-domaine-de-l-education-face-a-une-pandemie>>.

pourraient rendre ce processus plus efficace en termes d'apprentissage.

Malgré l'autonomie des municipalités, des États et des établissements d'enseignement dans la prise de nombreuses décisions qui affectent la qualité de l'éducation, l'omission du MEC face aux défis que la pandémie pose pour le domaine de l'éducation se distingue toujours. L'absence de production normative montre le manque d'engagement du gouvernement. Le résultat sera certainement une augmentation des inégalités entre les systèmes éducatifs publics et privés et, par conséquent, l'augmentation des inégalités sociales.

VII. MESURES STANDARD RELATIVES AUX PEUPLES AUTOCHTONES BRÉSILIENS

En ce qui concerne l'impact de la législation sur les droits de l'homme au Brésil, il faut souligner la situation des peuples autochtones, en particulier les vetos présidentiels à la loi n° 14.021 du 7 juillet 2020. Aussi importante qu'elle soit tardive, cette législation crée le Plan d'urgence pour faire face au Covid-19 dans les territoires autochtones, attribuant à l'Union le devoir de le coordonner. En outre, conformément à la loi susmentionnée, conjointement avec les États, le District fédéral, les municipalités et autres institutions publiques qui agissent dans l'exécution de la politique autochtone, l'Union doit garantir un ensemble de mesures de protection sociale urgentes, gratuites et périodiques pour empêcher contagion et diffusion du Covid-19 dans les territoires autochtones, garantissant la participation effective des peuples autochtones à travers leurs entités représentatives.

Cependant, la Présidence de la République a opposé son veto aux dispositions de la loi qui incluaient parmi ces mesures la garantie d'un accès universel à l'eau potable, ainsi que la distribution gratuite de matériels d'hygiène, de nettoyage et de désinfection des surfaces pour les villages ou les communautés autochtones. L'obligation d'organiser des soins de complexité moyenne et élevée dans les centres urbains et un suivi différencié des cas impliquant des populations autochtones a également fait l'objet d'un veto - y compris l'offre d'urgence de lits d'hôpitaux et d'une unité de soins intensifs (USI), ainsi que l'acquisition ou la disponibilité de services, de ventilateurs et de machines d'oxygénéation du sang. Le chef du pouvoir exécutif fédéral a également opposé son veto aux dispositions garantissant l'inclusion des peuples autochtones dans les plans d'urgence pour la prise en charge des patients gravement malades des services de santé municipaux et d'État ; qui obligeait le réseau SUS à enregistrer et à notifier la déclaration



de race ou de couleur, garantissant l'identification de tous les peuples autochtones servis dans les systèmes de santé publique. L'élaboration et la distribution, avec la participation des peuples autochtones ou de leurs institutions, de matériels d'information sur les symptômes de Covid-19, sous différents formats et par le biais de la radio communautaire et des réseaux sociaux, avec traduction et dans un langage accessible, étaient également interdites ; la fourniture de points Internet dans les villages ou les communautés, afin de faciliter l'accès à l'information et d'empêcher le déplacement des populations autochtones vers les centres urbains ; et la distribution de paniers alimentaires de base, de semences et d'outils agricoles directement aux pêcheurs autochtones, *quilombolas*, artisanaux et autres peuples et communautés traditionnelles.

La plupart des vetos sont justifiés par la création, soi-disant indue, de dépenses obligatoires à la puissance publique, sans prévoir les incidences budgétaires et financières respectives. Il s'agit d'une motivation juridiquement fragile, car elle ignore l'exceptionnalité de la période pandémique, qui est pleinement reconnue dans la législation correspondante, y compris la déclaration nationale d'urgence de santé publique et la reconnaissance par le Congrès national de l'état de calamité publique ; et éthiquement infâme, car elle a pour conséquence immédiate d'exposer ces populations aux risques sanitaires les plus variés, en plus de ceux

résultant du coronavirus lui-même. Il devient de plus en plus difficile de ne pas percevoir une intentionnalité dans les actes du gouvernement fédéral, désormais incarnée dans la tentative de se soustraire, à travers les vetos susmentionnés, au devoir de promouvoir des mesures essentielles à la préservation du droit à la vie et à la santé des peuples autochtones.

VIII. CONSIDÉRATIONS FINALES

Le moment est venu pour le Brésil, sans autre perte de temps, d'aborder la question de manière approfondie et responsable, d'élaborer une législation moderne et efficace, capable, en même temps, de fournir à l'État les instruments nécessaires pour contrôler les épidémies. La loi 6259 de 1975 n'est pas suffisante pour organiser l'action de l'État. Il est nécessaire d'élaborer et d'approuver une nouvelle loi générale nationale de surveillance sanitaire capable, par la prédiction claire des mesures pouvant être prises par l'État, des mesures qui peuvent être prises par l'État, d'organiser ses procédures respectives et d'établir de manière structurée comment le contrôle des actions de l'État en période d'épidémie aura lieu, définissant clairement comment l'accès à l'information publique, ainsi que le rôle du ministère public, de la magistrature, des conseils de santé ou, même, d'autres organes de contrôle démocratiques et participatifs. ■



L'AVENIR DES SYSTÈMES DE SANTÉ APRÈS LE VIRUS : REGARDS CROISÉS FRANCE ET BRÉSIL

*THE FUTURE OF HEALTH SYSTEMS AFTER THE VIRUS:
VIEWS BETWEEN FRANCE AND BRAZIL*

Fernanda ZHOURI*

LES SYSTÈMES DE SANTÉ FACE AUX ÉPIDÉMIES

RÉSUMÉ

Au moment où le monde observe avec consternation le déroulement de la pandémie de Covid-19, il est important de réfléchir à l'évolution des systèmes de santé pendant et après la crise sanitaire actuelle. Il est proposé dans cet article des réflexions sur les enjeux actuels compromettant l'accès aux soins de santé non seulement en temps de crise, mais au fil du temps. Cet article entend démontrer comment une régulation parfaite du système de santé privé par les États (France et Brésil) permet, à l'heure actuelle, une privatisation silencieuse de la santé publique qui entraîne de graves problèmes d'accès aux soins de santé pour l'ensemble de la population. L'objectif est de vérifier les meilleurs outils de régulation utilisés par les États envisageant un rééquilibrage de la responsabilité entre les systèmes de santé publics et privés pour garantir l'accès à la santé. Cette réflexion, essentielle et urgente en ce moment, est le fruit d'années d'études sur les systèmes de santé français et brésilien, plus précisément d'un doctorat en droit de la santé.

important to reflect on the evolution of health care systems during and after the current health crisis. This article offers reflections on current issues that compromise access to health care not only in time of crises, but over time. This article intends to demonstrate how an imperfect regulation of private health care system by the States (France and Brazil) allows, at present, a silent privatization of public health that will result in serious problems of access to health care for the entire population. The goal is to verify the best regulatory tools used by States considering a rebalancing the responsibility between public and private health care systems to guarantee access to health. This reflection, essential and urgent at this time, is the result of years of studies on the French and Brazilian health systems, more precisely of a PhD in health law.

KEYWORDS

Covid-19, Health systems, Access to health care, Privatization, Health insurance.

MOTS-CLÉS

Covid-19, Systèmes de santé, Accès aux soins, Privatization, Assurance santé.

ABSTRACT

As the moment that the world watches with astonishment the unfolding of the Covid-19 pandemic, it is

Le 31 décembre 2019, la commission sanitaire municipale de Wuhan en Chine signale un groupe de cas de pneumonie. Un nouveau coronavirus est ensuite identifié. Le 11 mars 2020, l'Organisation Mondiale de la Santé – OMS – estime que la COVID-19 peut être qualifiée de pandémie. L'OMS a mis trois mois pour avertir le monde du risque d'épidémie. Trop tard ! En plus de l'alerte tardive, l'Organisation n'est pas en mesure de donner un minimum de conseil à la population. Les médias s'interrogent sur la nécessité de porter un

* Docteur en Droit médical – Université Paris VIII.
fernandazhouri@gmail.com



masque lorsqu'en Chine l'utilisation est obligatoire. En France et au Brésil, les responsables gouvernementaux tardent à avertir la population des risques de transmission du virus. Le commerce fonctionne normalement et les frontières sont ouvertes. Je me promène à Paris en février 2020, c'est l'hiver en France, je me promène et j'ai peur d'utiliser les transports publics à cause du virus. Cependant que la situation sanitaire s'aggrave en Chine, il n'y a aucune autorité sanitaire dans les rues de Paris. Il n'y a pas d'importants reportages médiatiques. Alors qu'en Chine la situation s'aggrave, il n'y a pas d'interdiction des vols vers l'Europe ou l'Amérique du Sud. En même temps, les systèmes de santé commencent à recevoir des patients atteints de pneumonie et de crises respiratoires. D'abord en France puis au Brésil. Alors que la situation empire en France, en Espagne et en Italie, au mois de mars 2020 il est carnaval au Brésil. Les rues sont bondées, les touristes arrivent d'Italie et il n'y a aucune restriction sur les vols vers le pays. De retour au Brésil le 29 février, je prends un vol de Paris à Rio et il n'y a aucun contrôle sanitaire pour sortir de France pour arriver au Brésil. La population n'a aucune idée du risque existant. Scénario parfait pour la propagation du virus.

Alors que le virus circule déjà depuis décembre 2019, en mars 2020 les gouvernements essayent d'acheter des tests pour la population. Alors que la Chine est dans un confinement presque total dans certaines villes, nous discutons de la nécessité d'utiliser des masques en France et au Brésil. Les représentants du gouvernement sont préoccupés par les difficultés à trouver des équipements de protection individuelle pour les médecins et des infirmiers pendant que les patients malades arrivent aux urgences. Le chaos est en place et montre la fragilité des systèmes de santé pour faire face à la crise sanitaire. Dans cet article je ne me propose pas à apporter de solution magique à la crise. Je prétends indiquer quelques indices sur les problèmes actuels qui compromettent l'accès aux soins de santé non seulement en temps de crise, mais également dans la durée. Je propose une analyse du fonctionnement de la régulation étatique envers les services publics et privés de santé. Cette réflexion, indispensable et urgente en ce moment, est le résultat d'années d'études sur les systèmes de santé français et brésilien, plus précisément d'une thèse de doctorat en droit médical intitulée « L'accès aux soins de santé en France et au Brésil par la coordination entre assurance étatique et assurance privée » réalisée entre novembre 2014 et février 2019 à l'Université Paris VIII. Les systèmes étatiques de santé en France (Assurance Maladie Obligatoire – AMO) et au Brésil (Système Public de Santé – SUS) découlent du droit à la sécurité

sociale⁽¹⁾. Ce droit était une préoccupation de la communauté internationale, au sortir de la Seconde Guerre Mondiale, qui avait engendré de graves problèmes sociaux. Les droits sociaux ont été ainsi reconnus et protégés par des textes garantissant les droits et libertés, comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948⁽²⁾ et par la création d'organismes internationaux protecteurs des droits fondamentaux, à l'exemple de la création de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) en 1948⁽³⁾. L'Organisation des Nations Unies (ONU) et la Cour Européenne des droits de l'Homme (CEDH) interviennent activement en tant qu'organismes internationaux protecteurs des droits fondamentaux. En ce qui concerne l'offre de soins de santé par les États, l'interprétation de la Cour Européenne des droits de l'Homme⁽⁴⁾ incite les États à promouvoir des conditions en faveur de l'accès universel aux soins de santé selon le développement économique et social de chaque pays. La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme a évolué dans ce sens. L'interprétation la plus récente oblige les États à garantir des conditions minimales de l'accès aux droits au nom du respect du principe de la dignité de la personne. L'assurance étatique doit, par conséquent, offrir et être responsable de la part la plus importante des soins de santé. Bien que les assurances privées de santé puissent aussi y participer, en tant que responsables pour la santé complémentaire, la responsabilité de l'État de garantir l'accès aux soins de santé demeure intrinsèquement liée à la garantie des droits fondamentaux.

La mise en œuvre des systèmes étatiques de santé, en France et au Brésil, découle de deux conceptions distinctes de la protection sociale : au Brésil, le système

(1) « *La protection sociale est caractérisée par l'apparition, puis le développement, dans divers pays et à une époque déterminée d'institutions visant à assurer à des individus et des groupes familiaux une sécurité matérielle grâce à l'accès à des biens et des services considérés comme vitaux* ». DUPEYROUX, Jean-Jacques ; BORGETTO, Michel ; LAFORE, Robert. *Op. cit.*, p. 2.

(2) NATIONS UNIES. « Histoire de la rédaction de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ». Disponible sur : <http://www.un.org/fr/sections/universal-declaration/history-document/index.html>. Consulté le 5 décembre 2017. 15h.

(3) ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ. Sa Constitution a été adoptée par la Conférence internationale de la Santé, qui s'est tenue à New York du 19 juin au 22 juillet 1946, a été signée par les représentants de 61 États le 22 juillet 1946 et est entrée en vigueur le 7 avril 1948. Constitution de l'OMS : ses principes : accès sur <http://www.who.int/about/mission/fr/>. Consulté le 23 avril 2016.

(4) COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME. Affaire PAPOSHVILI c. Belgique. Grande Chambre. Requête n° 41738/10. Cour Européenne des Droits de l'Homme. Strasbourg, 13 décembre 2016. Disponible sur : [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22languageisocode%22:\[%22FRE%22\],%22appno%22:\[%2241738/10%22\],%22documentcollectionid2%22:\[%22G RANDCHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-169918%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22languageisocode%22:[%22FRE%22],%22appno%22:[%2241738/10%22],%22documentcollectionid2%22:[%22G RANDCHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-169918%22]}). Consulté le 19 février 2018. 15h.



public de santé (SUS), garanti par la Constitution, est un système universel qui découle de la conception beveridgienne(5) de protection sociale. Il s'agit d'un système universel, financé par l'ensemble de la population, à travers les impôts. En France, le système d'Assurance Maladie Obligatoire (AMO) découle de la conception bismarckienne(6) de la protection sociale, système qui, à la base, avait été créé pour garantir l'accès aux soins de santé aux salariés, travailleurs, qui pouvaient cotiser à la sécurité sociale. Ce système a pourtant subi des évolutions vers l'universalisation de la protection de la santé à l'ensemble de la population. Avec l'introduction, dans le droit français, de la Contribution Sociale Généralisée (CSG), impôt obligatoire, le financement du système d'Assurance Maladie Obligatoire (AMO), qui était complètement dépendant des cotisations sociales, est actuellement financé par l'ensemble de la société. L'introduction de la Couverture Maladie Universelle (CMU) et de la Protection Universelle Maladie (PUMA) dans le droit français résulte de l'évolution de ce système. Il s'agit d'outils permettant l'accès aux soins de santé à l'ensemble de la population.

L'organisation du système d'assurance maladie en France est réalisée par les « Caisse » d'assurance maladie responsables des différentes catégories de travailleurs : salariés, fonctionnaires, indépendants. Une telle configuration est un héritage du système bismarckien d'assurance sociale dans lequel les travailleurs sont séparés en catégories. Cette distinction des bénéficiaires par catégories n'existe pas dans les systèmes de santé basés sur la conception beveridgienne d'assurance sociale, à l'exemple du système public de santé du Brésil. La réunion des catégories de travailleurs indépendants dans le système destiné aux salariés est une mesure constituant à réduire les disparités existantes entre les catégories de bénéficiaires de l'assurance maladie.

La mise en œuvre du système public de santé au Brésil « Sistema Único de Saúde (SUS) » est réalisée en coopération entre l'État Fédéré, les États Fédérés et les Municipalités. Il est envisagé la construction d'une politique de santé avec la participation de la population aux « Conseils de Santé ». Il s'agit là d'un outil à la disposition de l'usager des services de santé, des

gestionnaires locaux de l'offre des soins de santé et praticiens. L'objectif est de garantir l'effectivité de la politique de santé par rapport aux besoins locaux ou régionaux. Malgré l'autonomie des municipalités par rapport à la mise en œuvre des politiques de santé, le budget responsable du financement des services de santé demeure, dans sa majorité, pris en charge par l'État Fédéré. Cette configuration de la répartition des dépenses de santé, n'est pas favorable à l'efficacité des politiques publiques de santé décentralisées. Cette difficulté est d'autant plus renforcée qu'actuellement l'État se désengage progressivement du financement des services de santé. L'amendement constitutionnel(7) – (PEC n° 241 Chambre des députés) et (PEC n° 55 au Sénat) –, approuvé au congrès et au sénat brésilien limitera les dépenses de santé durant les prochaines années. Une privatisation silencieuse du système unique de santé (SUS) brésilien est en marche. Dans ce sens, le gouvernement envisage des conditions de réduction de la participation de l'État dans la prise en charge des soins de santé qu'il légitime par une augmentation du nombre des bénéficiaires de l'assurance santé privée supplémentaire ce qui tend à augmenter la participation du secteur privé dans l'offre de soins de santé et par conséquent la réduction de la responsabilité étatique dans la prise en charge de soins.

Une participation différenciée des assurances privées de santé à l'offre de soins est relevée si l'on compare la France et le Brésil. La participation des assurances privées de santé par l'offre des contrats d'assurance santé est supplémentaire, au Brésil, et complémentaire, en France. La manière dont l'État régule la participation de ces organismes privés dans l'offre des contrats d'assurance santé est également différenciée. En France, une coordination entre l'Assurance Maladie Obligatoire (AMO) et l'Assurance Maladie Complémentaire (AMC) permet aux assurés de choisir leurs médecins et les services offerts, soit par les organismes publics, soit par les organismes privés. Du fait que le système d'assurance maladie français est basé sur le remboursement des dépenses de santé aux assurés, ces derniers sont contraints d'avancer les frais de soins de santé en partie remboursés par l'assurance étatique et en partie par les organismes privés d'assurance santé complémentaire. Au Brésil, les organismes privés offrent des contrats d'assurance santé supplémentaire. Ceux-ci constituent un système privé parallèle à l'assurance étatique. Aucune coordination entre l'assurance publique et l'assurance

(5) « Le rapport de Lord Beveridge, (est la) base du système anglais, dont le fondement du droit à la sécurité sociale est recherché dans les besoins de la personne humaine en tant que telle et dans les responsabilités de la collectivité nationale dont elle est membre ». DUPEYROUX, Jean-Jacques ; BORGETTO, Michel ; LAFORE, Robert. *Op. cit.*, p. 34.

(6) « En ce qui concerne les régimes professionnels, le droit à la sécurité sociale reste ici en principe associé à une activité professionnelle, salariée ou non salariée ; il s'exerce dans le cadre de régimes professionnels. (...) Néanmoins, ces systèmes évoluent tout de même vers la généralisation », DUPEYROUX, Jean-Jacques ; BORGETTO, Michel ; LAFORE, Robert. *Droit de la Sécurité sociale*. Paris. Dalloz, 18^e édition, 2015, p. 37-39.

(7) BRASIL. Senado. Proposta de emenda à Constituição n° 55, de 2016 – PEC do teto dos gastos públicos. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponible sur : <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127337> (Consulté le 16 mars 2017 à 16h32).



privée est prévue. Les usagers du système public de santé sont liés aux services publics et aux professionnels (médecins) qui sont des fonctionnaires d'État. Le système étatique d'assurance santé brésilien n'offre pas la possibilité de choisir librement son praticien comme c'est le cas en France. L'un des motifs pour lesquels les assurés contractent les assurances privées de santé supplémentaire au Brésil est alors la possibilité de choisir les médecins qui font partie du système privé. Cependant, la non-coordination entre l'assurance étatique et l'assurance privée, engendre des difficultés de prise en charge des soins non couverts dans les contrats privés par l'assurance étatique, ce qui constitue un obstacle à l'accès aux soins.

La régulation des assurances privées de santé et des réseaux de soins est réalisée au Brésil par le biais de l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire (ANS). Il s'agit d'une agence indépendante et responsable de la régulation du marché des assurances privées de santé supplémentaires. La non-coordination entre l'assurance étatique et l'assurance privée pose un réel problème pour l'accès aux soins de santé au Brésil. Les organismes privés, qui offrent des contrats d'assurance santé supplémentaire, ont été développés dans le contexte d'une offre insuffisante des services publics à la population, y compris le manque d'hôpitaux, entre autres. Les organismes privés, responsables de l'offre des contrats d'assurance santé, ont ainsi organisé leurs propres réseaux privés de soins de santé, système parallèle à l'assurance étatique. Cette construction a eu pour conséquence d'engendrer deux systèmes distincts d'offre de santé au Brésil : un système public de santé, gratuit, universel et associé à la garantie de la continuité des soins, et un autre système privé de l'offre des soins de santé, qui propose des contrats d'assurance santé supplémentaires selon lesquels la continuité des soins n'est pas la règle. Le système privé est responsable pour les services réglementés par l'Agence Nationale de santé supplémentaire au Brésil, et, seulement les services inscrits dans la liste de l'Agence peuvent être exigées à principe par les bénéficiaires des assurances santé supplémentaires. Il n'est pas nécessaire d'expliquer qui dans le cas d'épidémie le système public est lourdement affectée. Une révision dans le panier minimal de soins à la charge de l'assurance maladie supplémentaire est envisagée pour inclure dans ce panier les maladies provenant d'épidémies.

Au Brésil, l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire (ANS) est responsable de la surveillance du marché de l'assurance santé supplémentaire. Cette agence a progressivement réalisé des évolutions importantes dans la régulation du secteur de l'assurance santé supplémentaire, dont l'une est la création d'un contrat socle, « *contrato referência* » qui permet aux assurés d'avoir accès à un

panier minimal de soins de santé permettant de garantir la continuité des soins. Les organismes d'assurance santé supplémentaire brésiliens sont obligés d'offrir ce contrat. La loi unique n° 9.656 de 3 juin 1998(8) réglemente la participation des organismes d'assurance santé supplémentaire à l'offre des soins. Elle organise aussi les relations entre les médecins et les réseaux privés des soins de santé créés par ces organismes.

Actuellement, l'État brésilien pratique une déréglementation du secteur de l'assurance santé supplémentaire. La nouvelle régulation réalisée par l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire (ANS) au Brésil, à travers la Résolution normative n° 433, du 27 juin 2018(9), permet aux organismes assureurs de proposer une offre de contrats bas de gamme avec une couverture des soins de santé limitée. De plus, l'introduction de mécanismes de coparticipation, selon lesquels l'assuré peut être responsable jusqu'à 40% de la prise en charge des soins de santé, n'est pas favorable à la garantie d'accès aux soins de santé. Cette régulation a été opérée à un moment d'instabilité politique au Brésil. Une révision de la Résolution normative n° 433, du 27 juin 2018 de l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire (ANS), s'impose. Le parcours de soins coordonné(10) Français permet la rationalisation des soins de santé par une organisation des soins de santé basée sur les médecins généralistes. Cette régulation peut être envisagée au Brésil pour remplacer l'actuelle organisation permettant la rationalisation des dépenses de santé par une coparticipation dans les contrats qui peuvent être fragmentés. Une telle configuration, qui réunit la réduction du financement de l'assurance étatique et la déréglementation des contrats d'assurance santé supplémentaire, constitue une privatisation en cours du système public de santé. Le problème de cette privatisation silencieuse du système public de santé est, qu'avec le vieillissement de la population

(8) BRASIL. Lei n° 9.656 de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência a saúde. www.planalto.gov.br. Disponível sur: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm (Consulté le 26 mars 2018).

(9) Article premier. « *La présente Résolution Normative – RN prévoit les mécanismes financiers réglementaires, en tant que modérateurs de l'utilisation des services médicaux, hospitaliers ou dentaires dans le secteur de la santé supplémentaire* », « *Artigo 1º A presente Resolução Normativa – RN dispõe sobre os Mecanismos Financeiros de Regulação, como fatores moderadores de utilização dos serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica no setor de saúde suplementar (...)* ». ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa n° 433, de 27 de junho de 2018. Disponível sur : <http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=PDFAtualizado&format=raw&id=MzU5N A==>. Consulté le 29 juin 2018. 12h.

(10) Le parcours de soins coordonnés consiste à confier à un médecin traitant les différentes interventions des professionnels de santé pour un même assuré, dans un objectif de rationalisation des soins. Si l'assuré ne respecte pas le parcours de soins coordonnés, la prise en charge des dépenses de santé par l'assurance maladie peut être réduite.



brésilienne durant les prochaines années, les dépenses de santé vont augmenter. Le financement de la santé va alors subir des limitations. Une contradiction voit ainsi le jour : la régulation étatique, qui permet des contrats d'assurance santé supplémentaire, avec une couverture de soins de santé limitée, va renvoyer au système public la responsabilité des soins de santé non couverts par ces contrats. La configuration actuelle du système public de santé brésilien va limiter l'accès aux soins de santé. Elle est contraire à l'évolution de l'interprétation des droits fondamentaux en termes de respect des droits de l'homme qui ne peut pas subir de rétrogradation. L'organisation de la régulation des contrats d'assurance santé supplémentaire au Brésil contraste avec la régulation hétérogène des organismes d'assurance santé complémentaires en France. En effet, l'offre des contrats d'assurance santé complémentaire en France est garantie par trois catégories d'assureurs : les compagnies d'assurances, les sociétés de prévoyance et les mutuelles. Celles-ci sont régies par des codes distincts, respectivement : le Code des assurances(11), le Code de la sécurité sociale(12) et le Code de la Mutualité(13). A cette diversité, s'ajoute la loi Evin, n° 89-1009 du 31 décembre 1989(14), qui impose des règles générales aux contrats d'assurance santé complémentaires. Au-delà de la législation européenne(15), qui a mis en concurrence ces organismes avec l'objectif de réalisation en

(11) FRANCE. Code des assurances. Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionid=D34EEC8ECEEB4AB368393EA1A7079ED8.tplgfr33s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006157198&cidTexte=LEGITEXT000006073984&dateTexte=20171012. Consulté le 12 octobre 2017. 13h.

(12) FRANCE. Code de la sécurité sociale. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006073189&idArticle=LEGIAR TI000006745544>. Consulté le 4 octobre 2017. 19h.

(13) FRANCE. Code de la mutualité. Disponible sur : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionid=3A1C027BC82DCA84F6C12748FA92FB56.tplgfr30s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006142671&cidTexte=LEGITEXT000006074067&dateTexte=20080505. Consulté le 3 octobre 2017. 15h.

(14) Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006075150&dateTexte=20090526.1216> Directive n° 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive « assurance non vie »). Disponible sur : <http://eurlex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX:31992L0049>. Consulté le 17 mai 2018. 14h.

(15) Directive n° 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (troisième directive « assurance non vie »). Disponible sur : <http://eurlex.europa.eu/legal-content/fr/ALL/?uri=CELEX:31992L0049>. Consulté le 17 mai 2018. 14h.

droit européen du marché unique de l'assurance, la loi dite « Le Roux », n° 2014-57 du 27 janvier 2014(16), régule les réseaux de soins conventionnés en France. Elle limite, par ailleurs, les réseaux aux soins pour lesquels le remboursement de l'assurance maladie obligatoire n'est pas supérieur à 50% des frais de santé. Elle exclut les médecins de ces réseaux car les consultations chez les médecins en France ont des taux de remboursement supérieurs à 50%. Cependant, les réseaux de soins constituent une alternative pour résoudre un important problème d'accès aux soins de santé en France : les niveaux élevés des dépassements d'honoraires des médecins. En effet, comme les assurés peuvent choisir leur praticien en France, ils sont libres de choisir des spécialistes ou des médecins généralistes. Pour les premiers, les niveaux de remboursement de l'assurance maladie obligatoire sont très limités. Les réseaux des soins de santé peuvent faire baisser les tarifs des médecins par des conventions qu'ils concluent avec les organismes d'assurance santé complémentaires. Avec le nombre garanti d'assurés rattachés aux réseaux, les médecins peuvent moduler leurs tarifs en conformité avec les organismes assureurs. La configuration Française actuelle du marché de l'assurance santé complémentaire, singularisée par une régulation hétérogène du secteur, ne favorise pas la concurrence entre ces organismes. En effet, les contrats d'assurance santé complémentaires peuvent présenter des niveaux de couverture distincts selon l'organisme assureur. Les assurés éprouvent des difficultés à choisir les contrats d'assurance santé complémentaires offrant des couvertures de soins de santé par les taux de remboursement des soins, qui sont croisés avec les taux de remboursements de l'assurance maladie obligatoire. Les règles sur l'information des niveaux de remboursement de ces contrats doivent nécessairement être exposées de façon compréhensible pour les assurés. De plus, l'uniformisation de la législation réglementant les organismes d'assurance santé complémentaire est envisageable. L'exemple d'une agence indépendante, responsable de la surveillance du marché d'assurance supplémentaire, comme cela est le cas au Brésil, peut constituer une hypothèse intéressante pour une régulation perfectible de ses organismes complémentaires Français.

La surveillance du marché des assurances complémentaires santé est réalisée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, ACPR(17). Cette dernière

(16) FRANCE. Loi n° 2014-57 du 27 janvier 2014 relative aux modalités de mise en œuvre des conventions conclues entre les organismes d'assurance maladie complémentaire et les professionnels, établissements et services de santé. Legifrance.fr. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000028526285&categorieLien=id>. Consulté le 9 février 2018. 15h.

(17) AUTORITÉ DE CONTRÔLE PRUDENTIEL ET DE



est chargée de contrôler et de garantir le marché interne de l'assurance santé complémentaire pour qu'il soit en conformité avec les directives européennes de solvabilité(18). L'ACPR joue, par conséquent, un rôle important en ce qui concerne les règles de solvabilité des organismes d'assurance santé complémentaire(19). Cependant, dans la réglementation interne française, il n'existe pas d'autorité spécifique spécialisée, responsable de vérifier le panier minimal des contrats ou les règles d'accès aux soins en ce qui concerne l'accès aux soins par les contrats d'assurance de santé complémentaires, comme c'est le cas de l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire ANS – au Brésil. L'unification de la régulation au centre d'une agence spécialisée dans le domaine de la santé supplémentaire a été responsable d'avancées dans la garantie de l'accès aux soins par les contrats privés d'assurance supplémentaire santé au Brésil, à l'exemple de la régulation du « *contrato referência* »(20). Malgré l'actuelle déréglementation du secteur d'assurance santé supplémentaire au Brésil, il est indéniable que l'Agence Nationale de santé Supplémentaire (ANS) joue un rôle majeur dans la régulation de ce marché.

En ce qui concerne l'obligation de l'offre des soins de santé complémentaires par les contrats d'assurance santé, la généralisation de l'assurance santé complémentaire aux entreprises en France a été réalisée par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi(21).

RÉSOLUTION – L'ACPR. Disponible sur : <https://acpr.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/20180130-lille-fac.pdf>. Consulté le 10 février 2017. 12h.

(18) FRANCE. Ministère des finances et des comptes publics. Ordinance n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II). Disponible sur : <http://www.argusdelassurance.com/mediatheque/3/8/7/000040783.pdf>. Consulté le 14 mars 2018. 13h.

(19) CODE MONÉTAIRE ET FINANCIER. Article L612-1. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026&cidArticle=LEGIArt TI000006659429&dateTexte=&categorieLien=cid>. Consulté le 13 mars 2018. 18h.

(20) Le « *plano referência* », qui peut être traduit en français par « *contrat repère* », contrat socle, ou « *contrat avec panier de soins minimal* », comprend l'assistance médicale ambulatoire, l'accouchement et l'hospitalisation. Le Plan Référence a été créé pour que les opérateurs développent leur capacité à offrir l'intégralité et la continuité des services et soins médicaux afin que le consommateur soit informé des exclusions de couverture du contrat ; pour permettre la comparaison des prix entre les opérateurs à partir d'un produit obligatoire ; dans le but d'améliorer la comparaison et la capacité de choix des consommateurs des différents contrats d'assurance de santé. Le Plan Référence est une évolution de la régulation des contrats d'assurance de santé garantissant la couverture globale de soins médicaux et hospitaliers.

(21) FRANCE. Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027546648>. Consulté le 13 juillet 2018. 17h.

Cette réforme envisage le partage des risques de santé entre l'État, les entreprises et les assurés. Il s'agit de la mise en œuvre des « contrats responsables » qui ont deux objectifs : 1) stabiliser les honoraires des médecins par les mécanismes de maîtrise des honoraires comme l'Option Pratique Tarifaire Maîtrisée l'OPTAM(22) ; 2) responsabiliser les assurés à travers « le parcours de soins coordonnés ». En effet, les mécanismes de maîtrise des honoraires des médecins sont des conventions signées entre l'assurance maladie et les médecins ayant pour effet de limiter les taux de remboursement de la partie obligatoire des soins de santé. Cette configuration a pour objectif de faire baisser les tarifs des médecins. Cependant, ces dernières ne sont pas obligées d'adhérer à ces conventions. Le résultat de cette réforme est l'augmentation du reste à la charge de l'assuré. Ce dernier est pénalisé puisqu'il se voit imposer des remboursements des soins de santé s'il ne respecte pas le « parcours de soins coordonnés ». Cette obligation pour le patient de passer par un médecin traitant, qui peut être un généraliste ou un spécialiste possédant les données nécessaires pour contrôler le parcours de soins des patients, existait déjà initialement en France dans le cadre de l'assurance maladie obligatoire. La réglementation actuelle réalisée par « les contrats responsables » pénalise l'assuré s'il ne suit pas le parcours de soins coordonnés avec la réduction des niveaux de remboursement de l'assurance complémentaire. En utilisant ce mécanisme de rationalisation des dépenses de santé, les assurances complémentaires punissent deux fois les assurés. Cette réglementation du parcours de soins coordonnés constitue un exemple de réglementation pertinente qui pourrait remplacer les contrats fragmentés au Brésil. Le système privé d'assurance santé supplémentaire pourrait adopter le parcours de soins coordonnés en guise de solution à la garantie de la continuité des soins de santé et de maîtrise des dépenses de santé par les organismes d'assurance santé supplémentaires.

L'assurance étatique française est responsable de la partie la plus lourde des soins, à savoir des « affections de longue durée ». L'Assurance maladie complémentaire (AMC) est invitée à donner son avis sur sa participation à la prise en charge des affections de longue durée. L'État reste responsable des plus malades, des plus pauvres et des plus âgés. Les salariés, en bonne santé, sont pris en charge par les assurances complémentaires santé. Pour compenser les comptes de la Sécurité sociale et de l'Assurance maladie, l'État se désengage de la prise en charge des soins de santé, en obligeant les entreprises

(22) FRANCE. Convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie. Disponible sur : <http://convention2016.ameli.fr/wp-content/uploads/2016/10/Projet-de-texte-conventionnel-21juillet-2016-vf5.pdf>. Consulté le 17 juillet 2018. 14h.



à subventionner des contrats d'assurance santé complémentaires pour les salariés. Cette régulation est une privatisation silencieuse de l'assurance maladie. Il est, par conséquent impératif, d'opérer une révision de cette répartition des compétences entre l'État et les organismes d'assurance santé complémentaires. Cause du développement d'inégalités de plus en plus profondes entre les assurés.

Par ailleurs, la régulation étatique, réalisée par les « contrats responsables », ne permet pas aux organismes complémentaires de rembourser les dépassements d'honoraires des médecins si le patient ne suit pas le parcours de soins coordonnés. Cette régulation étatique, réalisée envers les assurances complémentaires de santé, ne joue pas le rôle de rééquilibrage de la prise en charge des soins de santé entre assurance étatique et assurance privée. Qui plus est, les assurés doivent s'interroger sur les avantages qu'il y a à payer une assurance santé complémentaire en France. La régulation française, qui impose l'obligation pour les entreprises d'offrir des contrats d'assurance santé complémentaire aux salariés constitue, en réalité, un retour au système bismarckien d'assurance sociale. Elle généralise les contrats d'assurance santé complémentaires en limitant ces contrats aux salariés. Les fonctionnaires, les indépendants, les étudiants et les autres catégories d'ayants droit à l'assurance maladie ne sont pas concernés par cette réforme. L'autorisation de la participation des médecins aux réseaux privés conventionnés peut représenter une alternative à la réglementation étatique qui essaie de limiter les dépassements d'honoraires des médecins par les outils de maîtrise de dépassements d'honoraires comme l'option pratique tarifaire maîtrisée – OPTAM. Avec la garantie d'un nombre fixe de patients, les médecins peuvent être encouragés à pratiquer des tarifs conventionnés moins élevés. Afin de résoudre cette question, une nouvelle réglementation étatique, qui permettra la participation des médecins aux réseaux de soins conventionnés, est envisagée.

Le déséquilibre par rapport à la responsabilité de l'assurance étatique dans la prise en charge des soins de santé est beaucoup plus important en comparaison de la responsabilité des organismes complémentaires. Un rééquilibrage de la responsabilité pour les dépenses de santé s'impose entre l'assurance étatique et l'assurance privée. En France, en ce qui concerne le rééquilibrage des relations entre assureurs et assurés, la médiation est le mécanisme le plus utilisé par les assurés pour porter plainte contre les organismes d'assurance maladie complémentaire. Cependant, les organismes chargés de la médiation en assurance ne sont pas forcément liés aux principes de l'indépendance et de l'impartialité qui doivent régir la médiation. Cette dernière est

le mécanisme mis à la disposition des consommateurs pour les litiges entre assureurs et assurés. Elle permet aux organismes assureurs de disposer de leur propre médiateur. Les données démontrent(23) que la majorité des décisions du médiateur sont favorables aux organismes assureurs. L'indépendance du médiateur par rapport à ces litiges représente un risque potentiel de conflit d'intérêts si le médiateur est lié à l'organisme assureur. En ce qui concerne le rééquilibrage de la responsabilité de prise en charge des soins de santé entre l'assurance étatique et l'assurance privée, au Brésil, l'Agence Nationale de Santé Supplémentaire (ANS) est responsable du mécanisme de remboursement(24) du système étatique des dépenses des soins avec les assurés bénéficiaires des contrats d'assurance santé supplémentaire dans le Système Unique de Santé (SUS). Cette agence a créé un mécanisme de rééquilibrage entre la prise en charge des soins de santé par l'assurance étatique et l'assurance privée. Il s'agit du mécanisme de remboursement au système public de santé des soins réalisés dans ce système qui sont couverts par les contrats d'assurance

(23) Selon le rapport du Médiateur de l'assurance seuls 24% des cas des avis du Médiateur sont favorables ou partiellement favorables au réclamant. Il convient de poser la question du rééquilibrage des relations entre les organismes assureurs et les consommateurs, lorsque 76% des saisines du médiateur sont favorables à l'organisme assureur. La médiation de l'assurance. Rapport d'activité 2017, p. 18. Disponible sur : https://www.mediation-assurance.org/medias/mediation-assurance/Rapport_annuel_2017_LMA.pdf. Consulté le 18 juillet 2018. 18h.

(24) Article 32 de la loi n° 9656 du 3 juin 1998 : « Seront remboursés par les organismes d'*assurance santé supplémentaire*, selon les règles à définir par l'ANS, les services de soins de santé prévus dans leurs contrats, fournis à leurs consommateurs et leurs personnes à charge, dans des établissements publics ou privés, contractés ou sous contrat, membres du système unique de santé. §1º Le remboursement sera fait par les assureurs au SUS sur la base d'une règle d'évaluation approuvée et divulguée par ANS, à travers un crédit au fonds national de santé – FNS. §2º Afin d'effectuer le remboursement, l'ANS mettra à la disposition des opérateurs la discrimination des procédures effectuées pour chaque consommateur. §3º L'opérateur rembourse jusqu'au 15º jour de la date de réception de la notification faite par l'ANS. §4º La compensation non payée dans le délai prescrit dans le paragraphe 3º est chargée avec les ajouts suivants : intérêt de retard I- de mois qui suit l'expiration à raison d'un pour cent par mois ou fraction de celui-ci ; amende de dix pour cent du paiement en retard ». Artigo 32 « Serão resarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I eo §1º do artigo 1º desta lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS. §1º O resarcimento será efetuado pelas operadoras ao SUS com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, mediante crédito ao Fundo Nacional de Saúde – FNS. §2º Para a efetivação do resarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor. §3º A operadora efetuará o resarcimento até o 15º dia da data de recebimento da notificação feita pela ANS. §4º O resarcimento não efetuado no prazo previsto no §3º será cobrado com os seguintes acréscimos: I- juros de mora contados do mês seguinte do vencimento à razão de um por cento ao mês ou fração; II multa de mora de dez por cento (...). » BRASIL. Casa Civil. Lei n° 9656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponible sur : http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9656.htm. Consulté le 13 février 2018. 15h.



maladie complémentaire. La Cour Suprême du Brésil, concernant l'analyse de la constitutionnalité du mécanisme de remboursement au Système Unique de Santé (SUS), a considéré que seuls les soins couverts par les contrats d'assurance santé supplémentaire peuvent être remboursés au système étatique. Cette interprétation découle du principe de l'universalité de l'accès aux soins de santé au Brésil, selon lequel tous les usagers ont droit à la santé indépendamment de la possibilité d'avoir accès ou non aux services privés. Cependant, en raison de la régulation autorisant les contrats de soins de santé fragmentés, ce mécanisme de remboursement risque d'être remis en cause. Du fait que l'interprétation de la Cour Suprême au Brésil restreint le remboursement aux soins couverts par le contrat, la partie des soins non pris en charge par les contrats fragmentés est de la responsabilité de l'assurance étatique. Cependant, comme l'assurance étatique se désengage du financement des soins de santé, les problèmes d'accès aux soins tendent à accroître. Par conséquent, la juridiction de la santé devient le mécanisme de rééquilibrage utilisé par les usagers des deux systèmes public et privé de santé pour accéder aux soins.

La juridiction de la santé brésilienne est également importante en ce qui concerne les litiges entre les organismes d'assurance santé supplémentaire et les assurés. En effet, le pouvoir judiciaire est un mécanisme de rééquilibrage entre assureurs et assurés interdisant les clauses abusives des contrats d'assurance santé supplémentaire. La jurisprudence brésilienne adopte une posture militante à l'égard des droits des consommateurs pour inciter les organismes de l'offre de soins supplémentaires à se responsabiliser concernant la continuité des soins. En effet, ces organismes essaient de se décharger au profit du système public de santé des soins les plus lourds comme les traitements de dialyse et de chimiothérapie. Le pouvoir judiciaire constitue, par conséquent, un mécanisme de rééquilibrage entre assureurs et assurés. Actuellement, en France comme au Brésil, l'assurance étatique se désengage progressivement de la prise en charge des soins de santé. Les organismes d'assurance santé demeurent responsables pour les soins les moins lourds. Cette orientation représente une privatisation des systèmes de santé rendue possible par une régulation perfectible du marché de l'assurance santé privée par les États. En effet, ces deux pays justifient le désengagement de l'assurance étatique de la prise en charge des soins de santé par l'argument du déficit de la Sécurité sociale. Cependant, dans ces deux États, il est notable que l'assurance étatique reste responsable des soins de santé les plus onéreux. Les déséquilibres du financement de la prise en charge des soins de santé entre l'assurance étatique et l'assurance privée ne permettent pas une

coordination entre ces acteurs capables de garantir l'accès universel aux soins de santé à l'ensemble de la population.

En effet les deux systèmes de santé, français et brésilien, créent des conditions pour la privatisation des systèmes de santé avec la responsabilité de l'assurance étatique pour les soins les plus onéreux comme les cas d'épidémie, par exemple, et la prise en charge des soins les moins onéreux par les assurances privées de santé. Cette configuration ressemble à celle retenue actuellement pour le système de santé américain selon lequel l'État est responsable des plus pauvres, des plus malades et des chômeurs et, l'assurance privée de santé prend en charge les soins de santé des travailleurs en mesure de souscrire une assurance privée de santé, d'autant qu'ils sont en meilleures conditions de santé. Le problème de cette organisation est que les États-Unis financent le « medicare » (pour les plus malades) et le « medicaid » (pour les plus pauvres) avec des niveaux élevés des dépenses de santé : « *Les États-Unis ont des dépenses considérablement plus élevées, les pires résultats en matière de santé pour la population et le moins bon accès aux soins de tous les autres pays riches (...)* » L'étude publiée dans le Journal of the American Medical Association (JAMA) compare le système de santé américain à dix autres pays à hauts revenus, en utilisant des données allant de 2013 à 2016 : France, Royaume-Uni, Canada, Allemagne, Australie, Japon, Suède, Danemark, Pays-Bas et Suisse. Mais si moins de personnes aux États-Unis sont assurées, la dépense totale y est bien plus élevée : 17,8% de leur Produit intérieur brut en 2016 étaient consacrés à la santé, contre 9,6% du PIB australien par exemple. En revanche, les États-Unis ont l'espérance de vie la plus faible des 11 pays analysés avec 78,8 ans, contre 80,7 à 83,9 ans dans les autres pays »(25). Les entreprises et les salariés partagent la responsabilité pour les risques de santé que financent les organismes d'assurance privée de santé. Le problème est que le système américain de santé est peu performant. Dans ce pays, l'État, les entreprises et les salariés financent un système limité d'accès aux soins de santé. Les gouvernements ne savent pas exactement comment résoudre ce problème. L'obligation de procéder à un rééquilibrage de la responsabilité pour la prise en charge des soins de santé entre l'assurance étatique et l'assurance privée est le seul moyen possible qui permettra la coordination entre ces deux acteurs assurant l'accès aux soins de santé à l'ensemble de la population. Il est important

(25) Sciences avenir. USA : des dépenses de santé deux fois plus élevées que dans d'autres pays riches. Publié le 13 mars 2018. Disponible sur : https://www.sciencesetavenir.fr/sciences/usa-des-depenses-de-sante-deux-fois-plus-elevees-que-dans-d-autres-pays-riches_122001. Consulté le 6 août 2018. 19h.



de remarquer qu'aux États-Unis la pandémie a fait le plus lourd bilan au monde, avec 271 233 décès au total et 2 857 morts supplémentaires dans la journée du 4 décembre 2020(26). La crise sanitaire actuelle révèle les faiblesses des systèmes de santé et expose les échecs de la configuration actuelle de la régulation étatique du secteur privé de santé. L'accessibilité aux

(26) Organisation Mondiale de la Santé. Data last updated : 2020/06/19. Publié sur : <https://covid19.who.int/region/amro/country/ca>. Consulté le Consulté le 4 décembre 2020, 23h .

soins de santé doit demeurer la priorité des États et ce, même en dépit des difficultés économiques de l'État déficitaire de la Sécurité sociale. L'interaction entre assurance publique et privé peut constituer un moyen pertinent pour parvenir à cette finalité. La nécessité est d'enrichir sans cesse les modalités de régulation pour permettre l'équilibrage des dépenses de santé en vue de réaliser l'objectif prioritaire des États d'offrir des soins de santé pertinents et efficaces aux citoyens, droit affirmé par les Constitutions nationales. ■





LA RÉPUBLIQUE D'IRLANDE FACE À L'ÉPIDÉMIE DE CORONAVIRUS

THE REPUBLIC OF IRELAND FACING THE CORONAVIRUS EPIDEMIC

Antoine MASDUPUY*

RÉSUMÉ

La République d'Irlande face au Coronavirus : actualités politiques, économiques, sociales et culturelles.

MOTS-CLÉS

Santé, Coronavirus, Mesures sanitaires, Confinement / Déconfinement, Lois d'exception, Réquisition des hôpitaux et cliniques privés, Conséquences économiques et sociales, Chômage, Aide hebdomadaire, Soutien militaire, Dépistage.

ABSTRACT

The Republic of Ireland and the Coronavirus: political, economic, social and cultural news.

KEYWORDS

Health, Coronavirus, Protective measures, Lockdown, Emergency laws, Control of all private hospital facilities by the Irish state, Economic and social consequences, Unemployment, Pandemic Unemployment Payment, Military support, Test.

* * *

« Le 31 décembre 2019, le Bureau de l'OMS en Chine a été informé de cas de pneumonie d'étiologie de cause inconnue détectés dans la ville de Wuhan, dans la province du Hubei, en Chine »(1). Suite à ce signalement et à l'enquête sanitaire et scientifique menée par l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) cette dernière déclara le **30 janvier 2020**, que ce **virus constituait une**

urgence de santé publique de portée internationale (USPPI)(2). A cette date il était déjà enregistré 7 818 cas dans 19 pays.

Sans même attendre les conclusions de l'enquête sanitaire menée par l'OMS, le Ministère de la santé irlandais fit constituer le **27 janvier 2020**, un comité chargé de suivre la propagation du virus à travers le monde, avec pour mission de proposer des mesures sanitaires pour contenir la propagation de ce virus en République d'Irlande(3). Les recommandations et avis émis par ce Comité servent encore aujourd'hui de base à l'action gouvernementale.

C'est le **29 février 2020** que le **premier cas d'infection** au Coronavirus fut enregistré en République d'Irlande (un vacancier revenant d'un séjour en Italie)(4). Le **22 mars 2020** l'**ensemble du territoire** fut touché, avec au moins un cas confirmé dans chacun des 26 comtés.

I. MESURES DE LUTTE CONTRE L'ÉPIDÉMIE DE CORONAVIRUS EN RÉPUBLIQUE D'IRLANDE

Dans le but d'endiguer la propagation de ce virus au sein de la population, le Gouvernement irlandais adopta **plusieurs séries de mesures**. De manière non-exhaustive il peut être mentionné que :

(2) <https://www.who.int/fr/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

(3) National Public Health Emergency Team for COVID-19 - NPHECT oversees and provides national direction, guidance, support and expert advice on the development and implementation of a strategy to contain COVID-19 in Ireland.<https://www.gov.ie/en/collection/691330-national-public-health-emergency-team-covid-19-coronavirus/?referrer=http://www.health.gov.ie/national-patient-safety-office/patient-safety-surveillance/antimicrobial-resistance-amr-2/public-health-emergency-plan-to-tackle-cpe-nphet-press-releases-minutes-of-meetings/>

(4) Il est à préciser toutefois que le premier cas enregistré sur l'Île irlandaise date du 27 février 2020 et se situe en Irlande du Nord (Royaume-Uni). Un vacancier revenant lui aussi d'un séjour en Italie.



La première de ces mesures sanitaires fut adoptée le **12 mars 2020** avec l'interdiction de déplacement de la population : le **confinement**(5). Il fut demandé à l'ensemble de la population de ne pas quitter son domicile sauf exceptions (nécessité alimentaire, médicale, sortie proche du domicile pour exercice, hygiène canine, etc.)(6) et aux employeurs d'organiser (sauf exceptions : pharmacies, commerces alimentaires, services de santé, etc.) le travail à domicile de leurs employés lorsque cela s'avère possible et à défaut, de les mettre en chômage partiel. En outre, l'ensemble des structures éducatives furent fermées(7) et les rassemblements interdits quel que soit le motif ou le nombre de participants.

Le **15 mars 2020** le Gouvernement ordonna la fermeture avec effets immédiats, de l'ensemble des 7 000 pubs répartis à travers tout le pays(8) ; action qui ne fut jamais prise auparavant même durant la période de l'occupation britannique ; prononça l'annulation de l'ensemble des festivités de la Saint Patrick (Saint Patron de l'Irlande prévues le 17 mars) ; chose qui ne fut jamais arrivé depuis le jour de son instauration le 17 mars 1600. La ville de Galway qui avait été choisie pour être la capitale européenne de la culture en 2020 vit également l'ensemble de ses événements annulés.

Le **20 mars 2020**, le Gouvernement adopta une loi d'**exception** qui autorise le pouvoir exécutif à procéder à la **détention, sur recommandation médicale**, de toute personne susceptible d'être une source d'infection qui refuse de rester confinée chez elle(9).

Le **24 mars 2020** il fut décrété la **réquisition et l'incorporation**, pendant toute la durée de la crise sanitaire, de la totalité des **cliniques et hôpitaux privés**(10) du pays afin de les incorporer au plan national de lutte contre le Coronavirus(11) porté jusque-là par le seul Service de santé public afin d'éviter une possible saturation de celui-ci (grâce à cette mesure le système de santé irlandais

(5) <https://www.gov.ie/en/speech/b40c14-speech-of-an-taoiseach-leo-varadkar-td-announcement-of-phase-1/>

(6) Les contrevenants s'exposant à une amende de 2500 euros et 6 mois d'emprisonnement.

(7) mais des cours en lignes étaient réalisés par les professeurs. Depuis l'ensemble des centres éducatifs ont rouverts normalement pour la rentrée scolaire/universitaire de septembre 2021.

(8) <https://www.thesun.ie/news/5208613/coronavirus-in-ireland-all-pubs-close-covid-19/>

(9) Preservation and Protection and other Emergency Measures in the Public Interest - Act 2020 - Act 1 of 2020 - <https://www.oireachtas.ie/en/bills/bill/2020/3/>

(10) National Action Plan in Response to COVID-19 - <https://www.thejournal.ie/private-hospitals-ireland-coronavirus-5056334-Mar2020/>

(11) <https://www.gov.ie/en/publication/47b727-government-publishes-national-action-plan-on-covid-19/>

n'a actuellement jamais été « débordé » par le nombre de personnes nécessitant une hospitalisation)(12).

Il a également été demandé à l'**armée irlandaise** de fournir un soutien matériel et humain aux mesures de **dépistages** organisées par le Gouvernement (des navires militaires et leurs personnels sont positionnés dans trois villes (Dublin, Cork, Galway) qui en plus de bénéficier d'un accès à la mer regroupent avec leur agglomération 1.5 millions d'habitant (sur les 4 900 000 habitants que compte la République d'Irlande)(13).

Les **personnes arrivant sur le territoire irlandais** doivent également remplir un formulaire de contact(14) indiquant leur lieu de séjour et ont l'obligation d'y rester confiner pendant les 14 premiers jours suivant leurs arrivés (à l'exception des personnes en provenance d'Irlande du Nord qui peuvent entrer et circuler librement sur l'ensemble du territoire). Les services de police sont autorisés à réaliser des contrôles. Les contrevenants s'exposent à 2 500 euros d'amende et 6 mois d'emprisonnement.

Il est également demandé, mais de façon non contraignante, à l'ensemble de la population **d'éviter de se rendre à l'étranger**, notamment dans un but touristique.

II. PROGRAMME DE DÉCONFINEMENT PROGRESSIF : LE PLAN DU 1^{er} MAI 2020

En raison de la diminution du nombre de cas recensés sur le territoire, le Gouvernement irlandais adopta le **1^{er} mai 2020** un **programme de déconfinement progressif**. Programme non contraignant pour le Gouvernement qui pouvait le moduler en fonction de l'évolution sanitaire du pays. Initialement 5 phases étaient prévues mais elles furent ramenées à 4(15).

Sans entrer dans les détails on peut préciser que la **première phase**(16) fut appliquée le **18 mai 2020** et autorisa la population à se réunir par groupe de 4 personnes à la condition de ne pas s'éloigner de plus de

(12) en raison du principe de l'égalité de traitement avec les patients admis dans des hôpitaux publics, les patients admis dans une structure privée n'ont eu à supporter aucun frais supplémentaires.

(13) Opération JTF Fortitude <https://www.military.ie/en/who-we-are/army/covid-19-joint-task-force-jtf/>

(14) Passenger Locator Form - <https://www.gov.ie/en/publication/ab900-covid-19-passenger-locator-form/?referrer=http://www.gov.ie/locatorform/>

(15) <https://static.rasset.ie/documents/news/2020/05/roadmap-for-reopening-society-business.pdf>

(16) Phase 1 for reopening society and business - <https://www.gov.ie/en/publication/ad5dd0-easing-the-covid-19-restrictions-on-may-18-phase-1/#roadmaps-five-phases>



5 km de son domicile. Certaines catégories d'entreprises purent réouvrir (entreprises du bâtiment, profession libérales, etc.), à la condition toujours de respecter un certain nombre de règles prévues dans un protocole(17) (distanciation sociale, conditions d'accueil du public, conditions de travail, etc.).

Ces mesures d'assouplissements n'ayant pas montré un retour de l'épidémie, il fut décidé de passer à la **deuxième phase** du déconfinement le **8 juin 2020**(18). Celle-ci permit à la population de se déplacer librement au sein de son comté de résidence et jusqu'à 20km de son domicile si l'on passe dans un autre conté. Les rassemblements de 6 personnes furent autorisés (et jusqu'à 15 personnes dans le cadre d'un entraînement sportif). L'ensemble des commerces purent également réouvrir, sauf exception (centres commerciaux, pubs, restaurants, coiffeurs, cinémas, etc.), et à la condition de respecter les mesures de distanciations sociales toujours en vigueur. Toutefois le Gouvernement encourageait le maintien du travail à domicile lorsque cela était possible. Le **29 juin 2020** fut levée la limite de déplacement au sein de la République d'Irlande(19).

La **troisième phase**(20) de ce plan fut initiée le **16 juillet 2020**. Sa principale mesure fut de rendre **obligatoire le port du masque de protection**(21) dans les transports publics et dans l'ensemble des commerces quels qu'ils soient. Cette phase autorisa également les rassemblements jusqu'à 10 personnes, les rassemblements religieux, culturelles et sportifs jusqu'à 50 personnes en intérieur et 200 personnes en extérieur. Les hôtels et restaurants furent également autorisés à rouvrir sous certaines conditions (consommation de nourritures pour au moins 9 euros et distanciation sociale), ainsi que les crèches, garderies et aires de jeux pour enfants. La **quatrième phase**(22) initialement programmée pour le 10 août 2020 et qui prévoyait la réouverture

des écoles, des pubs et l'autorisation quel que soit le motif des rassemblements jusqu'à 100 personnes en intérieur et 500 personnes en extérieur, a quant à elle été reportée au **31 août 2020** en raison d'une recrudescence du nombre de cas enregistrés et ne fut au final jamais appliquée.

III. DEUXIÈME VAGUE DE CORONAVIRUS : LE PLAN DU 15 SEPTEMBRE 2020

En dépit de toutes les mesures appliquées jusque-là, une deuxième vague de Coronavirus fit son apparition, poussant le Gouvernement à adopter de nouvelles mesures. Mais cette fois-ci, la République d'Irlande **passa** « d'une approche d'intervention d'urgence à court terme à une approche à moyen terme de gestion des risques *et de réparation des dommages que le COVID-19 a infligés à la société* »(23).

Le **15 septembre 2020**, le Gouvernement irlandais adopta un nouveau **un plan d'action à moyen terme pour vivre avec le COVID-19**(24).

Ce nouveau plan reprend l'ensemble des mesures d'urgence adoptées depuis le début de la crise sanitaire, l'ensemble des mesures du programme de déconfinement du 1^{er} mai, réorganisent celles-ci, en introduit de nouvelles mesures et définit leur cadre d'application. L'objectif de ce nouveau plan est « *permettre de vivre la vie quotidienne le plus normalement possible tout en gérant les risques face à ce virus* »(25) ainsi qu'« *aux particuliers, aux familles et entreprises de mieux comprendre, anticiper et se préparer aux mesures que le gouvernement pourrait introduire pour arrêter l'escalade de la transmission de la maladie* »(26) » et d'arrêter une « *stratégie de gestion des risques pour les 6 à 9 prochains mois* ». (27)

(17) Return to Work Safely Protocol - <https://www.gov.ie/en/publication/22829a-return-to-work-safely-protocol/>

(18) <https://www.gov.ie/en/speech/234cd-speech-of-an-taoiseach-leaders-statements-dail-eireann/>

(19) <https://www.gov.ie/en/publication/ed29dc-irelands-response-to-covid-19-transport-measures/>

(20) View Phase 3 of Ireland's Roadmap for reopening which is in place right now- <https://www.gov.ie/en/publication/d06271-easing-the-covid-19-restrictions-on-29-june-phase-3/>

(21) Sauf exception pour les personnes ne pouvant mettre ou enlever seul le masque, souffrant d'une gêne respiratoire, inconscientes ou souffrant d'un trouble mental et dont le port du masque mettrait la personne extrêmement mal à l'aise - <https://www.gov.ie/en/publication/aac74c-guidance-on-safe-use-of-face-coverings/>

(22) Easing the COVID-19 restrictions (Phase 4) - <https://www.gov.ie/en/publication/acc4de-easing-the-covid-19-restrictions-on-10-august-phase-4/>

(23) <https://www.gov.ie/en/campaigns/resilience-recovery-2020-2021-plan-for-living-with-covid-19/> - Ireland is moving from a short-term emergency response approach to a medium-term approach to managing risk and repairing the damage that COVID-19 has inflicted on society.

(24) Resilience and Recovery 2020-2021 Plan for Living with COVID-19 – “The Framework for Restrictive Measures is a risk management strategy for the next 6-9 months. It is designed to allow individuals, families, businesses and services better understand, anticipate and prepare for the measures Government might introduce to stop escalation of the transmission of the disease” <https://www.gov.ie/en/campaigns/resilience-recovery-2020-2021-plan-for-living-with-covid-19/>

(25) A Framework for Restrictive Measures has been developed to help us to go about our daily lives as much as possible, while managing the behaviour of the virus.

(26) <https://www.gov.ie/en/publication/e5175-resilience-and-recovery-2020-2021-plan-for-living-with-covid-19/>

(27) Resilience and Recovery 2020-2021 Plan for Living with COVID-19.



Ce plan comporte cinq niveaux de restriction applicable dans tous les domaines (social, familial, santé, travail, religion, etc.). Le niveau 1 est le niveau le plus faible en termes de restriction et le niveau 5 le plus élevé.

A la différence du plan précédent, celui-ci peut être adapté à la situation sanitaire propre à chaque comté. Ainsi chaque comté peut se voir appliquer un niveau de restriction différent.

Parmi les nouveautés introduites se trouve celle de la « bulle de soutien » (support Bubble) qui autorise certaines personnes (parents isolés, personnes avec à leur charge une personne dépendante, personnes vivant seuls, etc.) d'avoir des contacts avec une autre « maisonnée » quel que soit la taille de celle-ci et de socialiser avec. L'objectif de cette mesure est d'éviter l'isolement et l'anxiété des individus (28).

Dès l'adoption de ce nouveau plan l'ensemble du territoire fut placé en **niveau 2**, ce qui a eu pour effet de limiter les rencontres à domicile à 6 personnes maximum et les rassemblements en extérieur jusqu'à 15 personnes maximum ; le travail à domicile était recommandé mais pas obligatoire ; le port du masque et l'ensemble des mesures de distanciation sociale devaient être appliqués. Toutefois, la circulation des personnes restait libre, les écoles, universités et aires de jeux pour enfants restaient ouvertes (tout en respectant toujours les mesures de protection et de distanciation sociale).

Toutefois, malgré ces mesures le nombre de cas enregistrés continua à augmenter ce qui contraint le Gouvernement à placer le **21 octobre 2020** l'ensemble du territoire au **niveau 5** du plan d'action et ce pour une période de **6 semaines** (jusqu'au 1^{er} décembre).

Ce niveau 5 impose notamment l'interdiction de recevoir quelqu'un chez soi (hormis dans le cas des bulles de soutien). Le travail à domicile est rendu obligatoire, sauf pour les travailleurs des commerces et services essentiels (commerces de bouche, pharmacies, hôpitaux, stations-services, bureaux de poste, etc.). Il n'est pas autorisé de s'éloigner de plus de 5 km de chez soi, hormis dans certains cas (courses alimentaires, consultation médicale, etc.).

Par contre, à la différence du niveau 5 du plan du 1^{er} mai, cette fois ci les écoles, crèches et aires de jeux en extérieur restent ouvertes (avec toutefois des mesures de distanciations sociales). Les restaurants et autres commerces servant de la nourriture (snack, sandwicherie, fast-food, etc.) peuvent rester ouverts s'ils vendent des plats à emporter (pas de consommation sur place). Il est possible de rencontrer une personne en extérieur

(jardin, parc), y compris pour faire de l'exercice(29), les rassemblements dans le cadre d'un mariage ou d'un enterrement sont autorisés mais avec un maximum légal de 25 personnes présentes à la cérémonie.

IV. CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES DE L'ÉPIDÉMIE DE CORONAVIRUS EN RÉPUBLIQUE D'IRLANDE

Les **conséquences économiques** de cette crise sanitaire sont essentiellement dues aux mesures de confinements qui ont contraint, et qui contraignent encore, la majorité des commerces et entreprises qui ne bénéficient pas d'une exception à cesser leurs activités et à mettre au chômage les salariés ne pouvant exercer leurs fonctions depuis leur domicile.

Au mois de mars 2020 la République d'Irlande enregistrait un taux de **chômage** de 5.4%. Au mois d'avril ce taux était de 28.2%(30) (le simple fait d'avoir fermé les pubs – le 15 mars – a fait bondir le chômage de 3%). Au mois de septembre 2020, grâce à la levée partielle des mesures de confinement (du mois de mai au mois d'août) le taux de chômage était retombé à 14.7% Les chiffres d'octobre et novembre ne sont pas encore disponibles.

Cette situation est néanmoins la cause une diminution générale de la consommation des ménages, une diminution de la production des biens, des services et une augmentation des dépenses liées au chômage et à sa prise en charge.

Anticipant les répercussions négatives du confinement sur l'économie le Gouvernement a adopté plusieurs mesures destinées à supporter l'ensemble de l'économie et ses différents acteurs (salariés, entreprises, banques, ménages, etc.).

Pour les salariés la mesure la plus usitée est l'**aide hebdomadaire** octroyée à toute personne qui perdrait son emploi à cause du Coronavirus(31). Cette indemnisation **mise en place dès le 17 mars** restera en vigueur jusqu'au 1^{er} avril 2021 (mais plus personne ne pourra s'y inscrire à compter du 31 décembre 2020).

Le montant de l'aide accordée jusqu'au 31 décembre 2020 varie de 203 euros minimums à 350 euros hebdomadaire maximum. A compter du 1^{er} février 2021, le montant de cette aide sera de 203 euros pour tout le

(29) https://www.citizensinformation.ie/en/covid19/living_with_covid19_plan.html#

(30) <https://www.cso.ie/en/releasesandpublications/er/mue/monthlyunemploymentmay2020/>

(31) COVID-19 Pandemic Unemployment Payment - <https://www.gov.ie/en/service/be74d3-covid-19-pandemic-unemployment-payment/>

(28) une seule bulle de soutien est autorisée mais sans limite de distance à parcourir pour la rejoindre <https://www.breakingnews.ie/ireland/explain-what-is-a-support-bubble-1021272.html>



monde quel que soit la situation de la personne, jusqu'à sa disparition totale le 1^{er} avril 2021. Les personnes qui à cette date n'auront pas encore retrouvé d'emploi bénéficieront alors de l'allocation chômage(32).

Le **23 juillet 2020** plusieurs séries de mesures destinées aux entreprises (aide à l'aménagement des lieux de travail, faciliter d'emprunts, réduction temporaire du montant de la TVA, etc.)(33) ont été adoptées dans le but de relancer l'économie et l'emploi.

Le 13 octobre 2020 le Gouvernement estima qu'à cause de cette pandémie **l'économie irlandaise devrait reculer** de 2.4 % en 2020 et de 1.7 % en 2021(34).

D'un **point de vue social**, depuis le début de cette crise sanitaire le Gouvernement a recommandé à l'ensemble de la population d'appliquer une mesure de distanciation sociale, c'est-à-dire qu'il soit conservé une distance de deux mètres entre chaque personne ne vivant pas sous le même toit et de porter un masque lors de ses déplacements à l'extérieur. Il est estimé qu'à ce jour **86% de la population porte un masque de protection** lorsqu'elle quitte son domicile. Le port du masque a

depuis été rendu obligatoire dans les transports publics et dans tous les commerces (aussi bien pour les clients que pour le personnel employé)(35).

Il lui est également demandé d'éviter de se rendre à l'étranger (notamment pour raison touristique) afin de ne pas risquer une contamination personnelle et d'être soi-même un foyer d'infection en Irlande(36).

Du 29 février 2020 au 16 juillet 2020, date du premier cas enregistré à la date de la phase 3 du programme de déconfinement du 1^{er} mai, la République d'Irlande a enregistré 25 698 cas (dont 3 339 ont nécessité une hospitalisation) et 1 490 décès.

Au 21 octobre 2020, date à laquelle l'ensemble du territoire fut placé au niveau maximum de confinement pour la seconde fois, il était enregistré 53 422 cas et 1 868 décès.

Au 7 novembre, la République d'Irlande enregistrait 64 855 cas (dont 4 605 ont nécessité une hospitalisation) et 1 945 décès. 24 633 cas ont été enregistré dans le seul comté de Dublin (capitale de l'Irlande et plus grande agglomération du pays). ■

(32) https://www.citizensinformation.ie/en/social_welfare/social_welfare_payments/unemployed_people/covid19_pandemic_unemployment_payment.html

(33) <https://www.gov.ie/en/press-release/07aef-government-launches-74-billion-jobs-stimulus-to-help-businesses-re-open-get-people-back-to-work-and-promote-confidence/> et <https://www.gov.ie/en/campaigns/5654a-july-jobs-stimulus/>

(34) <https://www.cso.ie/en/csolatestnews/pressreleases/2020pressreleases/pressstatementgovernmentfinancestatisticsquarterlyresultsq22020/>

(35) Les contrevenant s'exposant à une amende de 2500 euros et/ou 6 mois d'emprisonnement.

(36) Après le 1^{er} confinement le Gouvernement établissait tous les 14 jours, une « liste-verte de pays » dans lesquels la population pouvait se rendre et revenir librement sans être assujettie à une période de confinement obligatoire à son domicile pendant les 14 premiers jours de son retour. Compte tenu de la situation actuelle, aucun pays n'est actuellement inscrit sur cette liste-verte. Le Gouvernement recommande de ne pas quitter le territoire national <https://www.gov.ie/en/campaigns/75d92-covid-19-travel-advice/?referrer=http://www.gov.ie/en/publication/8868e-view-the-covid-19-travel-advice-list/>



LE SAVANT ET LE POLITIQUE. LA PRISE DE DÉCISION EN TEMPS DE PANDÉMIE : QUE S'EST-IL PASSÉ AU QUÉBEC (CANADA) ?

LA PRISE DE DÉCISION ET LA POLITIQUE SANITAIRE

*THE SCIENTIST AND THE POLITICIAN. THE DECISION-MAKING
PROCESS DURING THE COVID-19 PANDEMIC:
WHAT HAPPENED IN THE QUEBEC PROVINCE (CANADA)?*

Michèle STANTON-JEAN*

RÉSUMÉ

Cet article n'est pas le fruit d'une recherche scientifique, mais plutôt celui d'une recherche action reposant sur une expérience de sous-ministre de la Santé du Canada de 1993 à 1998. À partir d'événements vécus à ce poste, il tente de tirer un bilan des rapports entre la haute fonction publique, les scientifiques, les décideurs politiques et la population dans des périodes de crises durant lesquelles la prise de décisions doit se prendre dans l'urgence, la peur, et fréquemment, l'incertitude des données scientifiques souvent contradictoires, étant donné que la science avance et se modifie au jour le jour. Enfin, il examine particulièrement comment les rapports entre le savant et le politique se sont joués au Québec durant l'actuelle pandémie et suggère quelques pistes de travail pour le futur.

ABSTRACT

This paper is not the result of a scientific research, but the findings resulting from an action-research based on the experience of a Health Canada Deputy minister from 1993 to 1998. Based on events that happened during that period of time, it attempts to draw lessons from the relationship between bureaucrats, scientists, political leaders and the public, in a crisis during which the decision-making process is influenced by urgency, fear, data uncertainty and often contradictory, because science is evolving daily. Finally, this paper examines how the relationship between the scientist and the politician has played out in the province of Quebec during the actual pandemic and suggests a few areas for future work and actions that could be developed.

MOTS-CLÉS

Pandémie, Ethique de la conviction, Ethique de la responsabilité, Santé publique.

KEYWORDS

Pandemic, Ethics of conviction, Ethics of responsibility, Public health.

INTRODUCTION

Les rapports entre science et politique sont des réalités quotidiennes dans un ministère comme celui de la Santé qui a sous son égide plusieurs scientifiques de haut niveau en contact avec des centaines de scientifiques. Les lois,

* Sous-ministre de la santé du Canada (1993-1998) ; Présidente du comité international de bioéthique de l'UNESCO (2002-2005) ; chercheure invitée, Centre de recherche en droit public, Université de Montréal.



directives et normes qui sont élaborées par ce ministère à vocations aussi bien sociale qu'économique, sont le fruit de recherches, souvent très longues et coûteuses, menées au niveau national et international, qui se veulent indépendantes et non soumises aux aléas du politique. Afin d'examiner comment le système de santé canadien peut répondre à une pandémie il est important de décrire brièvement son fonctionnement. Le Canada est une fédération au sein de laquelle la santé est une compétence partagée entre les provinces et le gouvernement fédéral. La loi constitutionnelle de 1867 ne faisait pas expressément mention de la santé parmi les compétences législatives attribuées au Parlement fédéral ou aux législatures provinciales (articles 91 et 92). Le gouvernement central y est responsable de la loi canadienne sur la santé qui comporte cinq principes : universalité, intégralité, accessibilité, transférabilité et gestion publique.(1) Les provinces sont responsables des hôpitaux, et de la prestation de presque tous les services médicaux, dont la formation des médecins, leur répartition sur le territoire et la formation des autres acteurs de la santé publique et curative. Afin de leur permettre d'assumer ces fonctions, le gouvernement central leur transfère des fonds. De son côté, le gouvernement fédéral intervient dans le domaine de la santé, en vertu des pouvoirs qu'il détient sur le code criminel, le pouvoir de dépenser et ceux d'assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Cela l'autorise, entre autres, à approuver les médicaments et les aliments, l'usage du tabac, les substances réglementées etc.

Afin de clarifier cette question de juridiction, en 1982, la Cour suprême du Canada déclarait que : « la santé n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé, que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas(2). » Enfin, mentionnons que le gouvernement fédéral qui transférait aux provinces des sommes équivalentes à 50 % de leurs coûts de santé, n'en assume actuellement qu'environ 25 %. Mentionnons aussi que le Canada est membre de l'OMS. Lorsque j'étais en poste comme sous-ministre de la Santé, j'y ai représenté le Canada à l'assemblée générale.

On imagine à quel point un tel système établi en 1984, et bien qu'ayant subi quelques modifications, a fait et fait encore l'objet de discussions fédérales-provinciales continues et souvent difficiles, tant à cause des zones

d'ombres qu'il contient que des développements scientifiques et technologiques récents, qui font pression sur sa gestion, particulièrement en temps de crise. En ce qui a trait à la santé publique, le gouvernement fédéral a une directrice de la santé publique et chaque province a le sien et son propre modèle de gouvernance. Ces modèles de gouvernance, bien qu'ils soient différents dans certaines de leurs composantes, fonctionnent relativement bien ensemble, car les consultations entre scientifiques sont fréquentes et les décisions importantes se prennent durant des conférences de consensus entre chercheurs, qui aboutissent à des décisions indépendantes du politique. Ces décisions sont bien acceptées par la haute fonction publique et par les ministres, qui s'y conforment sans trop de discussions.

UNE GESTION DE CRISE COMPLIQUÉE

Au titre de sous-ministre de la Santé(3) du Canada, j'ai géré plusieurs événements qui ont posé des questions ayant des similitudes avec celles qui se posent depuis le début de l'actuelle pandémie. Je citerai comme exemple, une éclosion de peste en Inde (1993) qui a mobilisé la mise en place de surveillance dans les aéroports, la Commission d'Enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada (1993-1997) qui a entraîné une réforme de la gestion du sang, la crise d'Ebola (1995), qui a entraîné la révision de la loi canadienne sur la quarantaine, la refonte de la loi canadienne sur le tabac (1997), ainsi que la gestion de la consultation sur les suites à donner au rapport (1995) sur les nouvelles technologies de reproduction, qui a donné lieu à quatre tentatives de légitimer sur les technologies de reproduction ; ce qui a été fait en 2004.

Tous ces événements ont suscité l'implication du gouvernement fédéral et de toutes les provinces, aussi bien que des territoires. Ils ont provoqué des défis importants en matière de communication de financement et de mise en œuvre, aussi bien entre les décideurs politiques qu'avec la population. Ils ont sollicité l'énergie des sous-ministres de la Santé du Canada et des sous-ministres provinciaux, et mis en lumière l'importance de rapports harmonieux entre la science et le politique. Ces exercices ont démontré à quel point ces relations sont complexes et souvent bousculées par des événements quotidiens qui mettent le politique sur la brèche.

(1) <https://sencanada.ca/content/sen/committee/372/soci/rep/repoct02vol6part7-f.htm> <https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/systeme-soins-sante/rapports-publications/regime-soins-sante/canada.html#a7>

(2) Schneider c. la Reine [1982] 2R.C.S. 112 à 142.

(3) Le sous-ministre de la santé n'est pas un élu, mais le plus haut fonctionnaire du ministère. Il fait le lien entre l'administration du ministère et le bureau du ministre. Son supérieur administratif est le greffier du conseil privé qui est le chef de la fonction publique.



LA GESTION DE LA COVID-19

La Covid-19 a réuni tous les éléments susceptibles de complexifier les rapports entre science et politique dans un système de santé tel que celui qui existe au Canada, avec en plus la présence de réseaux sociaux qui n'existaient pas au moment des événements mentionnés plus haut. Je décrirai ici surtout ce qui s'est passé dans la province de Québec.

L'ALERTE

Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) déclarait que les pays faisaient face à une pandémie. Le 12 mars, le Premier ministre François Legault, en poste depuis 2018, tient en direct un premier point de presse en disant : « Aujourd'hui, tout le Québec doit se mettre en mode d'urgence. Les prochaines semaines vont être critiques. » Il y avait alors 13 cas au Québec ; il y a au 6 juin 52 000, le Québec étant la province la plus touchée par la pandémie.

UNE GESTION CHAOTIQUE PARTICULIÈREMENT DANS LES RÉSIDENCES POUR PERSONNES ÂGÉES

Le Québec a fait face depuis le début de la pandémie à d'importants défis de gestion, qui sont le résultat de coupures budgétaires effectuées au cours des dernières années et de réformes du système de gestion de la santé publique, qui est devenu très centralisé et bureaucratique au point d'être qualifié de « monstueux ». Des coupures budgétaires d'environ 30 % ont aussi été effectuées en santé publique, secteur auquel on a privilégié le financement de recherches de pointe et le développement des hôpitaux. Cet hospitalocentrisme a fait en sorte que la santé publique, malgré les rapports et études qui en ont signalé les failles, a été laissée à l'abandon.

Cette centralisation et cette situation budgétaire anémique ont rendu la gestion de la pandémie extrêmement complexe et désordonnée. Comme dans tous les pays, les victimes les plus touchées ont été les personnes âgées vivant, au Québec, en beaucoup plus grand nombre que dans les autres provinces, en résidence dans des Centre d'Hébergement de soins de longue durée CHSLD, ou dans d'autres types de résidence pour personnes âgées. Ces centres, qui sont publics ou privés, étaient depuis nombre d'année en sous-effectifs avec des « préposés aux bénéficiaires », en majorité des femmes(4), très mal rémunérés et insatisfaits de leurs horaires et autres

conditions de travail. Cette pénurie avait entraîné la création d'Agences privées qui recrutaient le personnel, répondraient aux demandes des centres pour personnes âgées et fournissaient des employés. Ces personnes changeaient d'affectation selon les besoins. Elles ont donc, durant la pandémie, visité plusieurs institutions, dans lesquelles elles circulaient en zone chaude et froide contribuant ainsi à la propagation du virus. Cette situation qui avait été dénoncée dans plusieurs recherches, commissions et articles scientifiques n'avait pas fait l'objet de corrections majeures depuis de nombreuses années. Mal équipés pour faire face à une pandémie, plusieurs de ces centres ont vu leur personnel quitter les lieux en panique. La grande majorité des décès survenus durant le pic de la pandémie l'ont été dans ces centres.

LE SAVANT ET LE POLITIQUE SUR LA SELLETTE

Comme dans bien des pays, le Canada a, au départ, sous-estimé l'ampleur de la pandémie, et le Québec a été particulièrement lent à réagir dans plusieurs domaines. Il faut dire pour sa défense que la semaine de relâche (vacances scolaires) a été programmée plus tôt que celle des autres provinces, semaine qui s'est terminée au début de la pandémie, alors que des centaines de voyageurs revenant de plusieurs destinations ne furent, malheureusement, pas informés de l'importance de se confiner, et n'eurent pas à répondre de leurs allées et venues durant leurs déplacements. De même la proximité de la frontière du Québec avec les États-Unis a entraîné des arrivées et départs de plusieurs voyageurs. Découvrant cette situation et constatant le début des décès dans les établissements pour personnes âgées, le gouvernement du Québec a rapidement instauré une conférence de presse quotidienne conjointe du Premier ministre du Québec, François Legault, accompagné du directeur national de la Santé publique du Québec, le docteur Horatio Arruda et de la ministre de la Santé du Québec, Danielle McCain, démontrant ainsi une volonté forte de présenter aux Québécois l'image d'une relation fonctionnelle entre la science et la politique. Bien que, durant de nombreuses semaines, ce triumvirat ait été très bien perçu par la population, cet exercice quotidien a, récemment, à la suite de la publication de plusieurs articles contenant des données prouvant que les choses auraient pu et dû se passer autrement, soulevé des questions sur les rapports entre la science et la politique. Le directeur de la santé publique était-il inféodé aux désirs du Premier ministre ? Prenait-il trop de place dans les conférences de presse quotidiennes ? Quelles étaient les relations entre la science et la politique ? N'oubliant pas que le parti au pouvoir, la Coalition avenir Québec, n'avait pas de base électorale à

(4) Michèle Stanton-Jean et autres. « Elles sont partout », *La Presse*, 25 mars 2020, <https://www.lapresse.ca/debats/opinions/202003/24/01-5266269-elles-sont-partout.php>



Montréal, seulement deux députés de ce parti y ayant été élus, alors que sa représentation dans les régions est majoritaire, plusieurs ont eu l'impression que le Premier ministre ne se souciait pas de Montréal où, d'ailleurs il avait peu de chance de faire des avancées aux prochaines élections, qui auront lieu dans deux ans. De plus, Montréal ayant une structure de gestion éclatée et l'absence d'un gestionnaire de haut niveau responsable de toutes les entités qui œuvrent dans la métropole a fait en sorte que les directives émanant du gouvernement prenaient beaucoup de temps à être mises en œuvre, handicapées aussi qu'elles étaient par un réseau informatique obsolète.

On a donc vu se développer petit à petit un doute sur la qualité du traitement subi par la grande région de Montréal. Le quotidien *Le Devoir* allant même jusqu'à titrer : « La métropole orpheline⁽⁵⁾ » en parlant de Montréal, soulignant le fait que le Premier ministre avait mis deux mois avant d'y venir constater *de visu* la situation. On a surtout blâmé le directeur national de la santé publique, qui s'était établi à Québec pour demeurer auprès du Premier ministre. Quand on sait que la communauté urbaine de Montréal compte pour la moitié de la population du Québec, ces faits sont un peu étonnantes⁽⁶⁾ ! Il est vrai que le parti au pouvoir, la Coalition avenir Québec ne compte que deux députés sur l'île de Montréal, ce qui diminue le bassin d'information disponible en provenance de Montréal au sein du caucus du parti au pouvoir.

Cette situation a mis en évidence certains aspects difficiles du rapport entre la science et le politique. Le Premier ministre s'est continuellement targué de n'agir qu'en accord avec les directives de la santé publique. Cependant, il a lui-même avoué avoir retardé l'ouverture des établissements scolaires de Montréal, par crainte des réactions négatives des parents, alors que malgré un climat similaire des autres régions du Québec, cette ouverture avait été autorisée par la santé publique qui, de l'aveu de son directeur, l'aurait permise à Montréal en juin.

Inquiets d'un danger de manque d'équipement particulièrement dans les hôpitaux montréalais, les autorités politiques et sanitaires ont dû expliquer plusieurs choix qui étaient susceptibles de devoir être faits s'il survenait une pénurie d'équipement : qui aurait droit aux appareils respiratoires ? Les jeunes, les travailleurs de la santé ou des services essentiels avant les personnes dites âgées ? Quels critères seraient utilisés pour choisir ? L'éthique

(5) Michel David, « La métropole orpheline », *Le Devoir*. 2 juin 2020.

(6) En 2016, la ville comptait 1 704 694 habitants et son aire urbaine (appelée Région métropolitaine de Montréal) plus de 4 millions, soit environ la moitié de la population du Québec.

s'est tranquillement faufilée dans la discussion sans qu'on la nomme toujours⁽⁷⁾.

MORALE DE LA CONVICTION ET MORALE DE LA RESPONSABILITÉ : UN COUPLE DIFFICILE À ARRIMER

Cet état de fait a vu la morale de la responsabilité et la morale de la conviction sérieusement malmenées, car les convictions que peut procurer la science ne furent pas au rendez-vous. Comme le souligne Luc-Alain Giraldeau, directeur général de l'Institut national de la recherche scientifique (INRS), « en pleine pandémie, les dirigeants de plusieurs pays se tournent vers leur service de santé publique, les sciences médicales et épidémiologiques pour éclairer leurs décisions. (8) » Cependant, il note que devant l'urgence de la situation les journalistes rapportent souvent les résultats d'études scientifiques, avant même qu'elles soient publiées et « Ces nouveaux vedettariat de la science posent à mon sens un risque sérieux. » En temps normal, les résultats des recherches sont rendus publics quand il y a consensus au sein de la communauté scientifique internationale. « Aller plus rapidement pose un risque élevé d'erreur. » Toutes les questions soulevées par la pandémie se réfèrent à des situations sur lesquelles « le temps n'a pas encore permis à la science d'atteindre des consensus clairs. » Ce qui donne une impression de fouillis scientifique, qui peut entraîner une diminution de la confiance du public envers la recherche scientifique. « Une étude, aussi convaincante soit-elle, n'est pas un consensus. [...] la science est lente, coûteuse et risquée. »

Cet état des choses rend la prise de décisions des décideurs politiques très difficile. Ils doivent souvent, en dernière analyse, décider en prenant en compte la science, là où elle est rendue et d'autres dimensions, soit l'acceptabilité sociale de la population, le niveau de respect des consignes à suivre (distanciation sociale, port du masque), le contexte urbain (densité de la population dans certains quartiers), et l'exaspération d'un trop lourd confinement. Donc se fier plus à la morale de la responsabilité qu'à celle de la conviction scientifique.

(7) Tommy Chouinard, « Un plan de triage pour faire les « choix déchirants », *La Presse*, 18 avril 2020, <https://www.lapresse.ca/covid-19/202004/18/01-5269914-un-plan-de-triage-pour-faire-les-choix-dechirants.php>

(8) « L'indispensable lenteur du processus scientifique », *La Presse*, 6 juin 2020. <https://www.lapresse.ca/debats/opinions/2020-06-07/l-indispensable-lenteur-du-processus-scientifique>



CONCLUSION

Les recherches et études qui ne manqueront pas dans les prochains mois de revenir sur la gestion de la crise au Québec, seront nombreuses. Elles fourniront des données plus probantes sur le déroulement des événements. Il n'en demeure pas moins qu'on peut déjà faire quelques constats.

Il apparaît évident que le système de gestion de crises doit être revu, non seulement au Québec mais au Canada. D'ailleurs les discussions sont déjà amorcées. Il sera nécessaire de s'inspirer des nombreuses analyses qui ont déjà été faites et qu'il serait improductif de reprendre à zéro, surtout s'il faut être en mesure de gérer une seconde vague. Il faudra aussi trouver les moyens de consulter l'ensemble des acteurs économiques et sociaux, pour identifier des pistes de solution.

L'actuelle pandémie a eu l'avantage de faire prendre conscience à la population de l'importance de la science et des données probantes. Cependant, comme nous l'avons mentionné, il a été difficile pour les citoyens de comprendre pourquoi les conclusions scientifiques changeaient tous les jours et comme le disait le directeur national de la santé publique : « ce que je vous dis aujourd'hui peut-être différent de ce que je vous dirai demain. »

La population a découvert la complexité des rapports entre le savant et le politique qui doit prendre des décisions, en tenant compte non seulement des données sanitaires, mais aussi des facteurs culturels, sociaux et juridiques qui ne sont pas les mêmes bases sur lesquelles la science se prononce en général. Ce qui est bien la preuve que l'interface entre les chercheurs et la population doit augmenter. Il est important que les chercheurs continuent d'expliquer leurs recherches et à quoi elles peuvent servir, même si une telle participation aux débats publics n'est pas toujours reconnue dans leurs évaluations(9).

(9) Voir à ce sujet : Stanton-Jean, Michèle. « Bonifier l'interface entre le décideur et le chercheur : Quelques pistes de réflexion basées sur une

Cette pandémie a aussi mis en évidence que la mise en place des procédures qui doivent s'appliquer peut difficilement être complètement identiques d'une province à l'autre. Dans le même ordre d'idée, les comparaisons d'un pays à l'autre sont nécessaires, mais souvent difficiles, à cause des différents contextes historiques et culturels construits par des siècles de vie commune engendrant des comportements et des réactions différentes aux directives qui sont imposées ou suggérées.

Cette pandémie a aussi suscité un début de réflexion sur la privatisation de nos institutions publiques, financées par des fonds privés. Ces maisons de personnes âgées qui ne sont pas inspectées sont des machines destinées à faire des profits. Ne subissant aucune inspection, elles ont vu le développement de pratiques de soins douteuses qui exigera probablement le retour à un encadrement beaucoup plus serré, sinon à une reprise en mains de ces maisons par l'État.

Ce virus malicieux qui est probablement avec nous pour longtemps a démontré à quel point il est complexe dans l'appareil politique de calibrer les rapports entre la science, le politique et la société civile. Les changements qui seront proposés par les gouvernements prendront-ils en compte les valeurs de solidarité, de responsabilité, de justice et de bien commun qui ont fréquemment été démontrées durant la pandémie ? Ou retournerons-nous à nos approches centrées sur la performance économique et la réussite individuelle ?(10) ■

expérience pragmatique », in Catherine Régis & autres, directeurs, *Les grands conflits en droit de la santé*, volume 1, Yvon Blais/Thomson Reuters, 2016, p.339-353 et : UNESCO, Recommandation concernant la science et les chercheurs scientifiques, novembre 2017, http://portal.unesco.org/fr/ev.php?URL_ID=49455&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

(10) Le plan de suivi du Québec a été rendu public le 18-08-2020. <https://www.msss.gouv.qc.ca/ministere/salle-de-presse/communique-2271/>



L'UTILISATION DES DONNÉES MOBILES DANS LA LUTTE CONTRE LA COVID 19 : UNE OCCASION RÊVÉE POUR LA COOPÉRATION SANITAIRE EUROPÉENNE

THE USE OF MOBILE DATA TO FIGHT COVID-19: A GOLDEN OPPORTUNITY FOR EUROPEAN HEALTH COOPERATION

Nathalie DEVILLIER*

RÉSUMÉ

La collecte des données personnelles mobiles via les applications de traçage des cas de Covid-19 a-t-elle effectivement contribué à la lutte contre l'épidémie ? Les différentes applications mobiles mises en place par les Etats membres de l'Union européenne ont suscité la crainte d'une atteinte à la vie privée et aux libertés individuelles. Des instruments juridiques européens ont permis de clarifier les modalités du traçage des cas de Covid-19, y compris sur le lieu de travail. Le partage des données collectées reste un axe d'amélioration de la coopération européenne qui doit relever le challenge de l'intéropérabilité de ces solutions nationales.

MOTS-CLÉS

Coronavirus, Covid-19, Interopérabilité, Traçage, Vie privée.

ABSTRACT

Has the collection of mobile personal data via Covid-19 case tracing applications actually contributed to the fight

* Docteur en droit – Professeur Associée, 12 rue Pierre Sémard, 38000 Grenoble.

www.grenoble-em.com
<https://research.grenoble-em.com/>
Nathalie.DEVILLIER@grenoble-em.com

against the epidemic? The various mobile applications set up by the member states of the European Union have raised fears of an infringement of privacy and individual freedoms. European legal instruments have made it possible to clarify the modalities for tracing cases of Covid-19, including in the workplace. Sharing the data collected remains an area for improving European cooperation, which must meet the challenge of the interoperability of these national solutions.

KEYWORDS

Coronavirus, Covid-19, Interoperability, Tracing, Private life.

INTRODUCTION

L'épidémie de Covid-19 a déclenché bien plus qu'une crise sanitaire mondiale, un véritable blocage de l'économie suite aux confinements des populations décidés successivement par les Etats atteints. Avec en Europe 1 498 689 cas confirmés et 172 960 décès recensés,(1) ce sont aussi de nombreuses entreprises qui ont dû

(1) Chiffres du 20/06/2020.



suspendre ou réduire temporairement leur activité. Le confinement a paralysé l'économie et produit des effets étendus sur l'emploi si bien que l'ampleur des pertes financières a conduit l'Union européenne à adopter un plan de relance historique qui a suscité des désaccords.(2) Très rapidement, le recours à des applications mobiles de traçage des contacts fut perçu par les Etats comme un moyen efficace de briser la chaîne des contaminations et permettre un « retour à la normale » avec le déconfinement. L'utilisation de termes anglais tels que « *tracing* », « *backtracking* » pour dénommer ces outils numériques variés, le tout dans un contexte d'urgence sanitaire, a fait naître la crainte d'une réutilisation des données collectées à des fins de surveillance généralisée ou en tout cas d'atteinte à la vie privée des citoyens, notamment en France. En effet, à l'ère des GAFAM où chaque *like* ou emoji est scruté, analysé, archivé, revendu, on aurait pu craindre que les données personnelles récoltées via les applications ne soient réutilisées à d'autres fins que le contrôle de l'épidémie.(3)

Le recueil d'informations est en effet essentiel pour rompre la chaîne des contaminations, il se fait auprès des soignants qui sont au contact direct des patients affectés par la Covid-19 ou de personnes vulnérables, il permet d'identifier les personnes qui ont été au contact de personnes testées positives, et surtout de partager ces informations avec les autorités de santé. La Pologne est allée jusqu'à contrôler le respect du confinement via une application imposant aux patients de prendre des *selfies* depuis leur domicile(4). Israël a préféré utiliser deux applications distinctes(5) avec d'une part, une application gouvernementale appelée « The Shield » (le Bouclier) qui alerte ses utilisateurs dans le cas où ils auraient pu croiser un patient touché par le coronavirus,

(2) Conseil européen, Réunion extraordinaire du 17 au 21 juillet 2020, EUCO 10/20, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10-2020-INIT/fr/pdf>, consulté le 17/08/2020.

(3) R. Lou, Avec cette app, l'Apple Watch veut vous aider à détecter le COVID-19, Journal du Geek, 20/03/2020, <https://www.journaldugeek.com/2020/03/20/app-apple-watch-detecter-covid-19/>, consulté le 17/08/2020. C. Rizzi, Coronavirus : les applications de jogging révèlent ceux qui défient le confinement pour courir, 23.03.2020, <https://fr.euronews.com/2020/03/23/coronavirus-les-applications-de-jogging-revelent-ceux-qui-defient-le-confinement-pour-cour>, consulté le 17/08/2020.

(4) I. A. Hamilton, Poland made an app that forces coronavirus patients to take regular selfies to prove they're indoors or face a police visit, Business Insider, 23/03/2020, <https://www.businessinsider.com/poland-app-coronavirus-patients-mandatory-selfie-2020-3?IR=T>, consulté le 17/08/2020.

(5) F. Manens, Coronavirus : pourquoi Israël a deux outils pour traquer les déplacements des malades, 23/03/2020, Numerama, https://cyberguerre.numerama.com/4076-coronavirus-lapp-publique-pour-traquer-les-malades-a-t-elle-un-interet.html?amp__twitter_impression=true, consulté le 17/08/2020.

afin qu'ils se mettent en quarantaine. D'autre part, l'Etat a autorisé l'usage par ses services de renseignements d'un dispositif normalement réservé à la lutte anti-terroriste.(6) Diverses applications ont vu le jour au sein de l'Union européenne (l'allemande Corona Warn-app, l'espagnole Radar Covid, la française France Stop Covid, l'italienne Immuni et l'anglaise NHSX)(7) avec des architectures différentes, des modalités de stockage différentes (sur un serveur central national, ou en local sur le téléphone mobile), des technologies différentes et diverses données utilisées (Bluetooth, données de bornage GSM(8) ou GPS du téléphone), le tout sans coordination européenne ni même avec les pays frontaliers. L'absence d'application européenne n'est pas pour autant synonyme d'inaction, bien au contraire. Plusieurs organes de l'Union européenne ont dès le mois de mars énoncé de bonnes pratiques et fourni une boîte à outil aux Etats membres afin de garantir que les applications de traçage nationales ne portent pas atteinte aux droits et libertés individuelles reconnus par le RGPD,(9) la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne de Protection des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, dont le respect s'impose aux sociétés démocratiques. L'OMS a quant à elle lancé deux applications mobiles : « WHO Info » pour informer le grand public et « WHO Academy »(10) pour soutenir les agents de santé.

Ces applications ont pour objectif de soutenir les professionnels et autorités de santé dans la stratégie de sortie de l'épidémie lors du déconfinement mais leur efficacité est subordonnée, au-delà des fonctionnalités techniques, à l'adhésion de la population. Elles impliquent la collecte et le traitement de données à caractère personnel selon

(6) Une loi de 2002 permet au Shin Bet (l'agence de sécurité nationale) d'accéder aux bases de données des opérateurs sans l'aval de la justice. L'agence a ainsi accès au nom, numéro d'identité, numéro de carte de crédit. Le Shin Bet peut donc collecter les données GPS des smartphones, et les croiser avec celles des caméras de surveillance, des caméras thermiques pour retracer les mouvements d'un Israélien. Ce passe-droit ne s'applique en principe qu'à la lutte antiterroriste, mais une dérogation a été proposée pour contenir la pandémie Covid-19.

(7) Pour un « tour du monde » des applications de traçage antiCovid-19 : M. Rahman, Here are the countries using Google and Apple's Covid 19 contact tracing API, 14/09/2020, <https://www.xda-developers.com/google-apple-covid-19-contact-tracing-exposure-notifications-api-app-list-countries/>, consulté le 17/08/2020.

(8) Données des opérateurs obtenues par triangulation des antennes.

(9) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L n°119, 4 mai 2016, p. 1-88.

(10) L'application offre aux agents de santé un accès mobile à un vaste ensemble de ressources sur la COVID-19 émanant de l'OMS, et notamment à des conseils actualisés, des outils, des formations et des ateliers virtuels qui les aideront à s'occuper des patients COVID-19 et à se protéger.



les termes du RGPD voire de données de santé et donc l'application d'un cadre juridique conséquent avec la série de risques inhérents aux données de masse : dispersion des données, accès non autorisés (Etat et sociétés privées), revente, piratage, atteinte à la vie privée.(11) Le droit de la protection des données, le RGPD, n'empêche pas l'adoption de mesures de lutte contre l'épidémie mais impose au responsable de traitement (Etat, autorités sanitaires, employeur) de respecter les principes de traitement et les droits individuels dans ce cas où la collecte et le traitement de leurs données ne reposent pas sur un consentement. Cela ne signifie pas pour autant que les données circulent à tout va, les exigences de confidentialité, minimisation des données, limitation des finalités et sécurité s'appliquent toujours afin de préserver la vie privée des utilisateurs (I). Une coordination de l'exploitation des méga données collectées par ses Etats membres à des fins de protection de la santé globale est devenue plus qu'opportune. Elle nécessite notamment l'intéropérabilité des systèmes employés afin que les données puissent être pertinemment réexploitées (II).

I. QUEL ÉQUILIBRE POUR LES LIBERTÉS ET LES DROITS INDIVIDUELS ?

Le caractère potentiellement intrusif sur la vie privée des utilisateurs des apps de traçage a pu être critiqué malgré la publication de plusieurs documents de cadrage afin de permettre une utilisation des données respectueuse des libertés individuelles. Il s'agit notamment des commentaires du Superviseur européen à la protection des données,(12) de la Recommandation de la Commission européenne concernant une boîte à outils commune au niveau de l'Union(13) de la Communication relative aux Orientations sur les applications soutenant la lutte contre la pandémie de COVID-19 en ce qui concerne la protection des données(14) et de la déclaration du Comité européen à la protection des données.(15)

(11) Dès le 11 juin 2020, la Norvège a dû suspendre son application de traçage car selon l'autorité nationale de contrôle le stockage, durant 6 mois, des données GPS des utilisateurs n'était pas justifié, <https://www.digitalhealth.net/2020/06/norway-track-and-trace-app/> consulté le 17/08/2020.

(12) Document du 25/03/2020, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/20-03-25_edps_comments_concerning_covid-19_monitoring_of_spread_en.pdf, consulté le 17/08/2020.

(13) Recommandation (UE) 2020/518 du 08 avril 2020, JO L n°114, 14 avril 2020, p.7.

(14) JO CI n°124, 17 avril 2020, p. 1.

(15) Statement on the processing of personal data in the context

Le scandale Cambridge Analytica, l'entrée en vigueur du règlement européen sur la protection des données personnelles et la banalisation de la reconnaissance faciale ont sensibilisé le grand public à l'impact des technologies numériques sur la vie privée et les libertés et aux risques du mésusage de ces mégadonnées. Or, le traçage sanitaire repose sur la collecte et le traitement de multiples données à caractère personnel : comment est-il mis en œuvre sans risquer de porter atteinte aux droits des personnes ?

Les fondements juridiques des applications de traçage sanitaire

En réalité, dans ce contexte, le consentement individuel n'est pas requis, d'ailleurs la protection de la santé publique relève des exceptions au règlement et reste une compétence régionale. La collecte et le traitement de données sans le consentement de la personne sont en effet licites en cas de nécessité liée à l'intérêt public (art. 6-1 d et f du RGPD).(16) En particulier, le « traitement (...) pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, tels que la protection contre les menaces transfrontalières graves pesant sur la santé » est licite (art. 9-2 i). Enfin, la protection des intérêts vitaux de la personne ou d'une autre personne physique peut aussi être invoquée (art.9.2.c), et le considérant 46 se réfère explicitement au contrôle d'une épidémie :

« Certains types de traitement peuvent être justifiés à la fois par des motifs importants d'intérêt public et par les intérêts vitaux de la personne concernée, par exemple lorsque le traitement est nécessaire à des fins humanitaires, y compris pour suivre des épidémies et leur propagation. »

Concernant la géolocalisation, des règles spécifiques s'appliquent. Même en situation d'épidémie, un opérateur de services de télécommunications peut utiliser les données de ses clients à condition de les anonymiser. Ces précieuses données agrégées serviront à établir des cartes en temps réel, combien de personnes se trouvent dans un endroit précis, sans pour autant que la traçabilité inversée (remonter vers un individu identifié) soit possible (Directive e-Privacy)(17). Ces données contribuent directement à l'adaptation du système de soins.

of the COVID-19 outbreak, 19 mars 2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf, consulté le 17/08/2020.

(16) C'est le motif utilisé en France, sur le fondement de l'article L. 3131-1 du code de la santé publique.

(17) Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JO L 201 du 31.07.2002, p. 37-47.



Si l'anonymisation n'est pas possible ou pas souhaitée par les autorités qui voudraient justement alerter les personnes dans le cadre de l'épidémie (et donc remonter à la personne, on parle ici de « backtracking »), alors le gouvernement utilisera la souplesse offerte par l'article 15 de la directive et introduira une législation poursuivant l'intérêt national ou la sécurité publique. La loi devra être nécessaire (avoir des finalités spécifiques et explicites), appropriée et proportionnée dans le cadre d'une société démocratique. L'Etat devra aussi fournir des garanties appropriées, tel que la possibilité de poursuites judiciaires pour les personnes lésées (même si la loi sera susceptible de recours devant la Cour de justice de l'UE et la Cour européenne des droits de l'homme). Les utilisateurs devraient avoir accès aux principales caractéristiques de la collecte et du traitement opéré, y compris la durée de stockage des données,(18) et leurs finalités dans un langage clair et intelligible (droit à l'information). Tout utilisateur doit être en mesure d'accéder à ses données et les faire rectifier au besoin. Des mesures adéquates de sécurité et de confidentialité doivent assurer que les données ne sont pas rendues accessibles à des tiers non autorisés. La protection de la vie privée dès la conception (art.25 RGPD) s'applique notamment s'agissant de systèmes à large échelle. En outre, puisque de nombreuses opérations de traitement sont relatives à des données de santé, qualifiées de particulières (art.9 RGPD), des précautions spécifiques sont à prendre sur le plan de la sécurité (art.32 RGPD) et des analyses d'impact nécessaires au titre soit du traitement à grande échelle de catégories particulières de données (art.35 §3 b) RGPD), soit de la surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public (art.35 §3 c) RGPD).

Le rôle des autorités de contrôle de la protection des données

En France, la CNIL avait pointé l'application « StopCovid » au motif qu'elle faisait remonter l'ensemble de l'historique de contacts des utilisateurs au serveur central, et non les seuls contacts les plus susceptibles d'avoir été exposés au virus. La troisième version de l'application proposée par le ministère des Solidarités et de la Santé depuis le 2 juin 2020 a reçu l'aval de l'autorité nationale de contrôle des données(19) qui formule

(18) S'agissant d'une situation d'urgence, l'application du texte devra être strictement limitée à la durée de l'épidémie en question.

(19) CNIL, Délibération n°2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid », https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_du_24_avril_2020_portant_avis_sur_un_projet_dapplication_mobile_stopcovid.pdf,

également parmi ses recommandations : l'amélioration de l'information fournie aux utilisateurs, en particulier s'agissant des conditions d'utilisation de l'application et des modalités d'effacement des données personnelles ; la confirmation d'un droit d'opposition et d'un droit à l'effacement des données pseudonymisées enregistrées et le libre accès à l'intégralité du code source de l'application mobile et du serveur.

Concernant en particulier les données collectées et traitées par les employeurs, ceux-ci doivent s'abstenir de collecter de manière systématique et généralisée, ou au travers d'enquêtes et demandes individuelles, des informations relatives à la recherche d'éventuels symptômes présentés par un employé/agent et ses proches. Il n'est donc pas possible de mettre en œuvre des relevés obligatoires des températures corporelles de chaque employé/agent/visiteur à adresser quotidiennement à sa hiérarchie(20). En revanche, au titre de sa responsabilité au regard de la santé et de la sécurité des salariés/agents et conformément au Code du travail (art. L. 4121-1), l'employeur doit mettre en œuvre des actions : de prévention des risques professionnels, d'information et de formation, et mettre en place une organisation et des moyens adaptés. Par exemple, l'employeur peut sensibiliser et inviter ses employés à effectuer des remontées individuelles d'information les concernant en lien avec une éventuelle exposition, auprès de lui ou des autorités sanitaires compétentes, favoriser les modes de travail à distance et encourager le recours à la médecine du travail.

En cas de signalement, un employeur peut consigner la date et l'identité de la personne suspectée d'avoir été exposée et les mesures organisationnelles prises (confinement, télétravail, orientation et prise de contact avec le médecin du travail). Les entreprises ont également être amenées à établir un « plan de continuité de l'activité » qui a pour objectif de maintenir l'activité essentielle de l'organisation.

Ainsi, le motif de santé publique invoqué est suffisamment solide et priorité est donnée à la solution la moins intrusive pour que les premiers bénéficiaires (utilisateurs de l'application) en tirent profit directement. Comment ces données mobiles sont-elles alors exploitées de façon globale, entre les Etats membres pour lutter contre la pandémie à l'échelon régional ?

consulté le 17/08/2020. Délibération n°2020-056 du 25 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid », <https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation-2020-056-25-mai-2020-avis-projet-decret-application-stopcovid.pdf>, consulté le 17/08/2020.

(20) Sans compter que l'employeur pourrait voir sa responsabilité engagée si la température enregistrée n'est pas correcte ou que les données ne sont pas concluantes.



II. L'EXPLOITATION DES DONNÉES MOBILES À L'ÉCHELON EUROPÉEN

Ces données sont exploitables pour la recherche scientifique et l'étude de la mobilité. Elles permettent d'affiner les contremesures nationales mais leur efficacité est subordonnée à leur l'interopérabilité, voire au partage international.

La réutilisation des données à des fins de recherche

Les lignes directrices du Comité européen à la protection des données ont justement clarifié les conditions du traitement des données de santé à des fins de recherche dans le contexte épidémique. Sur le plan juridique, l'utilisation des données collectées pour un traitement ultérieur, à des fins de recherche scientifique est possible sur le fondement du consentement du patient et dans le respect des réglementations nationales.⁽²¹⁾ En particulier, il convient de fixer des durées de conservation (délais) qui soient proportionnées en considérant la durée et l'objet de la recherche. Mais l'application dans le temps de ces applications pose la question de la pérennité de la mesure. A partir de quand pourra-t-on affirmer que l'épidémie est passée puisque les médecins eux-mêmes affirment qu'elle pourrait ressurgir ? La meilleure pratique serait de supprimer les données collectées lorsqu'elles ne sont plus utiles à moins d'une impérieuse nécessité telle que la recherche scientifique. Cette hypothèse reste possible, sans le consentement des personnes, sous réserve que des garanties appropriées soient adoptées (clés de sécurité) :

« Le traitement ultérieur (...) à des fins de recherche scientifique (...) n'est pas considéré, conformément à l'article 89, paragraphe 1, comme incompatible avec les finalités initiales (limitation des finalités). » (art.5-1-b).

Si les données n'ont pas été obtenues directement auprès des personnes, les exigences usuelles de transparence sont assouplies. Ainsi, quand les patients ne peuvent pas être informés de façon individuelle (parce que la communication d'informations à la personne concernée se révèle impossible ou exigerait des efforts disproportionnés), il suffit de rendre publique l'information relative à la recherche scientifique, par exemple sur Internet (art.14-5-b). Les hôpitaux qui collectent les données directement auprès des patients les informent

(21) Articles 9-2-i) et j) et art. 5 du RGPD. CEPD, Lignes directrices 03/2020 sur le traitement de données concernant la santé à des fins de recherche scientifiques dans le contexte de la pandémie de Covid-19, 21 avril 2020, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202003_healthdatascientificresearchcovid19_fr.pdf, consulté le 17 août 2020.

de la possible réutilisation de leurs données à des fins de recherche scientifique (brochure, avis ou notification sur les formulaires d'admission, art.13-3). Enfin, dans ce contexte le droit individuel d'opposition au traitement de ses données par une personne se trouve limité (art.21-6) ainsi que son droit à l'effacement (art.17-1-c et 17-3-d). Toutefois, l'article 89, paragraphe 2 autorise le législateur national à restreindre certains des droits de la personne concernée définis au chapitre 3 du RGPD. De ce fait, les restrictions des droits des personnes concernées peuvent varier en fonction de la législation adoptée par l'Etat membre concerné.

La pertinence épidémiologique des applications est débattue en raison de la nouveauté du virus concernant notamment l'étendue du périmètre de détection utilisé par les applications (10 m avec la fonction Bluetooth) alors que sur le plan sanitaire le risque serait dans la distance de 1m. Les paramètres des applications doivent donc être régulièrement adaptés afin de rester pertinents et de refléter l'état actuel de la science. Or, ce sont surtout des applications de traçage qui ont été mises en place et non des systèmes de type dispositifs médicaux.⁽²²⁾ La pandémie a ainsi généré un grand volume de données scientifiques et révélé des difficultés potentielles liées à la vitesse de l'information, sa disponibilité et la qualité de la recherche scientifique lors des prémisses de la crise.⁽²³⁾ Il semble que la communauté scientifique n'ait pas pleinement tiré profit de ces données pour créer les fondations appropriées aux solutions nouvelles à imaginer face à la Covid-19.

L'utilisation des données mobiles pour l'étude de la mobilité

La coopération public privé avec les opérateurs mobiles, qui ont mis à disposition les données mobiles agrégées ou anonymisées, a démontré que la mobilité interne contrairement à celle entre les provinces a nettement affecté la progression du virus.⁽²⁴⁾ Ces études permettent

(22) Utilisation à des fins de diagnostic, prévention, contrôle, prédiction, pronostic, traitement ou atténuation d'une maladie. Dans ce cas, le dispositif relèverait du règlement (UE) 2017/745 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2017 relatif aux dispositifs médicaux, modifiant la directive 2001/83/CE, le règlement (CE) n° 178/2002 et le règlement (CE) n° 1223/2009 et abrogeant les directives du Conseil 90/385/CEE et 93/42/CEE (JO L 117 du 5.5.2017, p. 1) ; ou de la directive 93/42/CEE du Conseil du 14 juin 1993 relative aux dispositifs médicaux (JO L 169 du 12.7.1993, p. 1).

(23) Homolak, J., Kodvanj, I. & Virág, D. Preliminary analysis of COVID-19 academic information patterns: a call for open science in the times of closed borders, *Scientometrics* 124, 2687–2701 (2020). <https://doi.org/10.1007/s11192-020-03587-2>.

(24) JRC Technical Reports, How human mobility explains the initial spread of Covid-19, 13/07/2020, 978-92-76-20430-5, <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dbc785b7-c7dc-11ea-adf7>



de générer des indicateurs de mobilité dérivés des données de localisation des téléphones à des fins de modélisations économique et épidémiologique et les applications d'alerte précoce.(25)

Les données mobiles sont tout à fait pertinentes pour mesurer l'intensité de l'épidémie et cibler les mesures de confinement. Le concept d'aire fonctionnelle de mobilité basé sur ces données (*Mobility Functional Areas*) a été identifié comme indicateur géographique adapté pour mettre en place à l'avenir des contremesures locales plutôt qu'un confinement national, limitant ainsi les conséquences socio-économiques des politiques adoptées. Il sera aussi utile pour effectuer d'autres mesures sur les caractéristiques de la mobilité des personnes et ajuster les mesures de confinement sur la base de nouveaux critères d'analyse.(26)

Ces données servent de base à la modélisation mathématique qui est couramment utilisée pour l'évaluation des dynamiques des maladies infectieuses et pour planifier et optimiser les interventions en matière de santé publique. La modélisation permet de prévoir le cours de l'épidémie, planifier l'allocation des ressources (fournir des projections sur les lieux et dates où des situations critiques pour des pays ou régions risquent de se produire), évaluer les scenarii de mise en œuvre de contremesures et proposer des stratégies de contrôle ; concevoir et analyser ces scenarii et les stratégies de sortie et évaluer quelles sont les interventions requises pour protéger les groupes de population vulnérables.(27) Toutefois, les variations de taxonomie empêchent de procéder à des comparaisons et analyses pertinentes. L'effort d'harmonisation des données épidémiologiques est d'autant plus nécessaire qu'il n'existe aucune norme décrivant comment les données devraient être publiées par les Etats membres sur les sites nationaux, ni sur les contremesures adoptées. L'extraction automatisée des données à partir de différents formats depuis les sites

01aa75ed71a1/language-en, consulté le 17/08/2020.

(25) JRC Technical Reports, Measuring the impact of Covid-19 Confinement measures on Human mobility using mobile positioning data, <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/measuring-impact-covid-19-confinement-measures-human-mobility-using-mobile-positioning-data>, consulté le 17/08/2020.

(26) Iacus, S., Santamaría Serna, C., Sermi, F., Spyros, S., Tarchi, D. and Vespe, M., Mapping Mobility Functional Areas (MFA) using Mobile Positioning Data to Inform COVID-19 Policies, EUR 30291 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, ISBN 978-92-76-20429-9, <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/mapping-mobility-functional-areas-mfa-using-mobile-positioning-data-inform-covid-19-policies>, JRC121299, consulté le 17 septembre 2020.

(27) eHealth Network, Towards a common approach for the use of anonymised and aggregated mobility data, 30/06/2020, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/modelling_mobilitydata_en.pdf, consulté le 15 septembre 2020.

des Etats membres tarde donc de manière significative leur utilisation immédiate, d'où la nécessité d'indicateurs comparables, y compris pour les données de mobilité (utiliser des échelles géographiques communes). De plus, les modèles utilisés ont des axes spécifiques : certains se focalisent sur les aspects spatiaux de la transmission du virus, d'autres sur les contremesures adoptées (c'est-à-dire l'impact supposé de l'abandon de mesures restrictives). Des équipes de chercheurs et des modélisateurs issus des instituts nationaux coopèrent afin d'identifier les bases d'un minimum de catégories de données à collecter et échanger.

L'intéropérabilité des données collectées par les applications nationales

L'échange d'informations interopérables entre autorités sanitaires nationales chargées de la surveillance des chaînes de transmission de l'infection est nécessaire afin de rompre les chaînes de transmissions transfrontalières. En l'absence d'application de traçage européenne,(28) les données générées par les applications nationales doivent être intelligibles d'un Etat membre à l'autre. Le réseau européen pour la télésanté a édicté les conditions de cette intéropérabilité : architecture, communication, structure des données (types, stockage), interface et sécurité. Le document envisage également des méthodes alternatives de partage des données : les miroirs et la chaîne de blocs.(29)

C'est la Commission européenne qui met en place et garantit une infrastructure de communication sécurisée et fiable qui assure l'interconnexion des applications mobiles nationales de suivi de contacts et d'alerte des Etats membres sur la base de la directive « Droits des patients en matière de soins transfrontaliers »(30). Il s'agit du « *European Federation Gateway Service* »

(28) Le site « Re-open EU » (<https://reopen.europa.eu>) est un outil interactif donnant accès aux informations utiles pour planifier des voyages en Europe, sans risque pour la santé et la sécurité. Il répertorie et actualise les conditions d'accès, quatorzaines et circulation dans les Etats membres.

(29) eHealth Network Interoperability guidelines for approved contact tracing mobile applications in the EU, 13/05/2020, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/contacttracing_mobileapps_guidelines_en.pdf, eHealth Network Guidelines to EU Member States and the European Commission on Interoperability Specifications for cross-border transmission chains between approved apps, 16/06/2020, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/mobileapps_interoperabilitydetailedelements_en.pdf, eHealth Network, European Proximity Tracing, An Interoperability Architecture for contact tracing and warning apps, 04/09/2020, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/mobileapps_interop_architecture_en.pdf, consultés le 15 septembre 2020.

(30) Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontalier, JO L 88 du 4/04/2011, p. 45.



dans lequel la CE agit comme sous-traitant vis-à-vis des Etats membres qui demeurent les responsables de traitement.(31) Un système de certification a été adopté afin de garantir un échange sécurisé des clés de diagnostic entre les Etats membres.(32)

Vers une application de traçage transfrontalière

Plusieurs Etats membres testent un système qui permet à leurs applications de traçage des contacts de fonctionner de façon transfrontalière (Allemagne, Danemark, Irlande, Italie et République Tchèque). La Commission européenne a mis en place un cadre pour une telle approche depuis le mois de juin 2020. Si un résident d'un de ces Etats voyage dans un autre, il n'aura pas à télécharger l'application locale pour être alerté. Il peut aussi signaler un test positif et les données seront partagées avec le pays de son lieu de situation. Deutsche Telekom et SAP ont développé le service d'intéropérabilité qui offre un échange d'informations sécurisé entre les applications de traçage nationales. Le système est géré par le centre des données de la CE à Luxembourg et poursuit ses tests pour un lancement public en octobre. Aucune donnée à caractère personnel ne circule entre les Etats par ce système que d'autres Etats membres pourraient rejoindre si leurs applications de traçage utilisent un système décentralisé (tel que celui développé par Apple et Google) ; ce qui exclut la France dont les données sont stockées sur un serveur central ainsi que la Hongrie et la Norvège.

(31) Décision d'exécution (UE) 2020/1023 de la Commission du 15 juillet 2020 modifiant la décision d'exécution (UE) 2019/1765 en ce qui concerne l'échange transfrontière de données entre les applications mobiles nationales de suivi de contacts et d'alerte dans le cadre de la lutte contre la pandémie de COVID-19, JO LI 227 du 16/07/2020, p. 1.

(32) eHealth Network, European Interoperability Certificate Governance, A Security Architecture for contact tracing and warning apps, 04/09/2020, https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/ehealth/docs/mobileapps_interop_certificate_governance_en.pdf, consulté le 15/09/2020.

Le fondement du transfert international des données à des fins de coopération sanitaire

Enfin, la coopération scientifique internationale peut nécessiter le transfert international des données, lui aussi régi par le RGPD pour les données collectées sur le territoire de l'UE, en particulier en l'absence de décision d'adéquation ou d'autre garantie appropriée (art.46 RGPD). L'annulation du *Privacy Shield*, au-milieu de l'été 2020,(33) est d'effet immédiat, ce qui nécessite de trouver des solutions alternatives pour permettre ces transferts notamment des conventions de flux via des clauses contractuelles types, et de vérifier, en fonction des traitements en cause, dans quelle mesure les données peuvent être pseudonymisées et/ou chiffrées avant leur transfert.

CONCLUSION

Si les considérations liées à la vie privée ont occupé le devant de la scène lors du lancement des applications de traçage dans certains Etats membres, elles ne font pas de cet outil numérique *per se* un frein à la lutte contre la Covid-19. Ce sont davantage des réponses sur l'harmonisation des taxonomies utilisées et la standardisation de l'exploitation des données qui sont à ce jour des facteurs critiques.

La situation est tout à fait comparable celle des véhicules autonomes où des questionnements identiques alimentent les organes de coopération internationale.(34) Quelles sont les données nécessaires pour créer des indicateurs de performance de sécurité pertinents ? La place des standards dans la régulation est de nouveau réaffirmée, tout comme le rôle de l'UE en tant que laboratoire de coopération. ■

(33) CJUE C-311/18 - Facebook Ireland et Schrems, arrêt du 16/07/2020, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-311/18>.

(34) Groupe de travail de l'Union Internationale des Télécommunications : <https://www.itu.int/en/ITU-T/Workshops-and-Seminars/20200916/Pages/default.aspx>.



L'APRÈS COVID : REPENSER LA DÉMOCRATIE EN SORTANT DE LA FASCINATION NUMÉRIQUE

POST-COVID: RETHINKING DEMOCRACY OUT OF THE DIGITAL FASCINATION

Eric DACHEUX* et Daniel GOUJON**

DÉMOCRATIE, LIBERTÉS PUBLIQUES ET SÉCURITÉ SANITAIRE

RÉSUMÉ

Pour entrer dans un monde plus résilient, il convient de s'affranchir des fragilités du système qui nous a conduit à cette crise sanitaire. Construire cette rupture nécessite d'organiser l'intelligence collective. La meilleure façon d'organiser cette dernière est de dépasser la démocratie libérale représentative pour entrer dans une démocratie radicale. Celle-ci réclame plus de délibération entre sujets réflexifs et non plus de connexions entre identités numériques. En effet, les dispositifs numériques en place pallient à la non communication liée au confinement, mais ne réduisent pas l'incommunication. Pire ils produisent trop souvent de l'excommunication. Surtout, le solutionnisme numérique qui accompagne le déploiement de ces dispositifs remet en cause l'idée même de démocratie en renforçant un régime d'historicité qui fait de la servitude numérique un présent indépassable...

organize it is to go beyond representative liberal democracy to enter a radical democracy. This requires more deliberation between reflexive subjects and no longer connections between digital identities. Indeed, the digital devices in place palliate the non-communication linked to confinement, but do not reduce incommunication. Worse, they too often produce excommunication. Above all, the digital solutionism that accompanies the deployment of these devices calls into question the very idea of democracy by reinforcing a historicity regime that makes digital servitude an eternal present.

KEYWORDS

Radical democracy, Deliberation, Social networks, Digital solutionism, Deliberalism.

MOTS-CLÉS

Démocratie radicale, Délibération, Réseaux sociaux, Solutionnisme numérique, Délibéralisme.

ABSTRACT

In order to enter a more resilient world, we must free ourselves from the fragilities of the system that led us to this health crisis. Building this break requires the organization of collective intelligence. The best way to

La Covid-19 est mortelle pour certains humains, elle ne menace pas la survie même de l'humanité. Notre système économique fait le bonheur de quelques-uns, mais il détruit notre planète. La crise sanitaire que nous venons de connaître n'a pas engendré la crise économique que nous vivons, elle l'a juste rendue plus visible. Le monde d'avant est, en effet, celui des inégalités extrêmes (Piketty, 2019), d'un extractivisme à bout de souffle, qui a dérégulé le climat (Lamour, 2015), d'un capitalisme financier déconnecté de l'économie réelle, qui nous plonge dans un présentisme (Hartog, 2003), qui ne fait plus sens (et nous prive du sens même de l'humanité). Résultat ? Les citoyens se défont de plus en plus des élites politiques qui adhèrent sans réserve à ce système fou et commencent, un peu partout dans le monde, à jeter le bébé de la démocratie avec l'eau sale d'un système représentatif professionnalisé décrédibilisé.

* Professeur des universités, Université Blaise Pascal Clermont II, Département communication.

** Maître de conférences en sciences économiques, Institut universitaire de technologie de Roanne, membre du laboratoire Image, Société, Territoire, Homme, Mémoire, Environnement (ISTHME-EVS UMR 5600 CNRS) Université de Saint-Etienne.



Le monde d'avant était déjà dans une impasse (Vignes, 2018). Comment en sortir ? Comment remédier à cette crise écologique, économique et démocratique que la crise sanitaire visibilise et amplifie ? C'est l'objet du délibéralisme : soumettre au débat public un nouveau logiciel intellectuel, qui propose de sortir de l'impasse démocratique par plus de démocratie (cf. dans cet ouvrage notre autre texte). Le délibéralisme est l'idée que, pour sortir de l'impasse, il faut se défaire du libéralisme (politique et économique) afin d'entrer dans une démocratie radicale délibérative, au sein de laquelle est encastree une économie solidaire et écologique (Dacheux, Goujon, 2020). Ce texte est plus précisément dédié à la présentation de ce que nous entendons par démocratie délibérative radicale (I) et à l'improbabilité de son développement par le biais des outils numériques devenus incontournable au tournant de la crise de la Covid (II).

I. LA DÉLIBÉRATION : UNE COMMUNICATION POLITIQUE CONFLICTUELLE AU SERVICE D'UNE DÉMOCRATIE RADICALE

Qu'est-ce que la délibération ? Nous allons, dans cette première partie, nous efforcer de définir ce terme, d'en montrer l'aspect démocratique (A) et communicationnelle (B). Cet essai de clarification terminologique n'a pas pour but d'imposer un sens, mais de favoriser la critique. Il ne s'agit pas de refermer les mots sur un système intellectuel hégémonique, mais au contraire, d'ouvrir le sens des mots, pour élargir l'horizon des débats intellectuels. Ces derniers, concernant la démocratie sont, en France, trop largement influencés par une approche faisant du libéralisme politique et du républicanisme démocratique, les deux seuls modèles acceptables de démocratie.

La Démocratie délibérative

La démocratie délibérative « désigne un paradigme de la théorie démocratique selon lequel la délibération publique et libre entre citoyens égaux constitue le fondement de la légitimité politique. » (Girard, Le Goff, 2010, p.11). Selon les auteurs de cette définition, il existe plusieurs variantes de ce paradigme. La plus célèbre est, sans conteste, celle de Jürgen Habermas. Comme il l'explique parfaitement lui-même (chapitre 7 de « Droit et Démocratie »), sa conception de la démocratie délibérative représente une synthèse entre trois visions de la démocratie. La première, libérale (inspirée par Locke dit le philosophe allemand) est axée sur les droits individuels, tandis que la seconde, républicaine (Habermas fait explicitement référence à Rousseau), est basée sur le devoir de participation

politique. La troisième est systémique (Luhmann, 1987) et met l'accent sur la division inexorable de nos sociétés complexes en sous-systèmes se régulant indépendamment des citoyens. Ces trois théories ne sont pas forcément complémentaires, pourtant Habermas emprunte à chacune d'elle. Selon lui, l'espace public « ne peut pas se concevoir comme une institution, ni, assurément, comme une organisation [...]. Il ne constitue pas non plus un système; il admet certaines frontières intérieures, mais, vis-à-vis de l'extérieur, se caractérise par des horizons ouverts, poreux et mobiles » (Habermas, 1997, p. 387). Au sein de ces frontières poreuses, « la procédure démocratique de législation est conçue de telle sorte que les citoyens fassent de leurs droits de communication et de participation un usage qui soit, entre autres, orienté vers le bien public, usage que l'on peut demander, mais qui ne peut être obtenu de force par le droit » (Habermas, 1997, p. 492). Cette élégante synthèse théorique conçoit donc la société démocratique comme une mise en tension entre, d'une part, des systèmes régulés par des médias généralisés symboliques – le système politique régulé par le pouvoir, le système économique régulé par l'argent – et, d'autre part, un monde vécu régi par un agir communicationnel, c'est-à-dire une action langagière visant l'intercompréhension. Cette tension est régulée au sein d'un espace public, qui met en relation les espaces autonomes de la société civile et les espaces institutionnels du pouvoir.

Dans cet espace public se côtoient deux formes de pouvoir communicationnel : d'une part, un processus informel de formation de l'opinion qui se développe dans l'espace public périphérique (espace médiatique et espace autonome) et, d'autre part, des délibérations formelles permettant d'aboutir à un consensus qui se déploie dans l'espace public central (institutionnel). Cette synthèse est citée ou discutée dans la plupart des recherches consacrées au modèle délibératif. En effet, aux États-Unis, depuis les années quatre-vingt-dix, sont publiées des centaines de textes consacrés au modèle délibératif (Girard, Legoff, 2010). Ces travaux anglo-saxons ont eu une répercussion certaine en France. D'autant plus qu'ils citent souvent un article fondateur du politologue français B. Manin. Dans ce texte de 1985, ce dernier réfléchit à ce qu'il considère comme une faiblesse centrale des démocraties libérales : le décalage entre le principe (légitimer la règle collective par la volonté du peuple) et le fait (le vote à la majorité) : comment concilier le principe de décision (la majorité) et le principe de légitimité (l'unanimité) ? La réponse qu'il propose est la suivante : « il faut alors modifier radicalement la perspective commune aux théories libérales et aux pensées démocratiques : la source de la légitimité n'est pas la volonté déjà déterminée des individus mais son



processus de formation, la délibération. La liberté d'un individu consiste d'abord à pouvoir se déterminer par un processus de recherche et de comparaison entre les solutions. Comme le propre de la décision politique est de s'imposer à tous, on est amené à poser la délibération de tous, ou plus exactement le droit, pour tous, de participer à la délibération comme la condition de légitimité essentielle. On doit donc récuser la conclusion fondamentale de Rousseau, de Sieyès ou de Rawls : la décision légitime n'est pas la volonté de tous, mais celle qui résulte de la délibération de tous ; c'est le processus de formation des volontés qui confère sa légitimité au résultat, non les volontés déjà formées. » (Manin, 1985, p. 84) Dans cette perspective, la délibération est, en démocratie, le mode légitime de la construction de la norme. Mais que recouvre exactement le terme de délibération ?

Une approche communicationnelle de la délibération, inscrite dans une vision radicale de la démocratie

Le succès académique de ce nouveau modèle théorique de démocratie poussa de nombreux chercheurs en sciences sociales à tester la réalité empirique de la délibération. Ces travaux, dont on trouve des comptes rendus, en France, dans la revue *Participations*, ont montré : d'une part, qu'il existait bel et bien, surtout à l'échelon local, des dispositifs démocratiques visant à faciliter la délibération et ont souligné, d'autre part, les limites pragmatiques de ces dispositifs : inégalité d'accès et de prise de parole, polarisation des opinions, prégnance du dispositif lui-même, etc. Cette littérature scientifique abondante permet de mettre à jour un certain nombre de critiques à la version habermassienne de la délibération. Critiques que nous reprendrons ici dans une version très simplifiée. Nous ancrons, en effet, notre définition de la délibération dans deux socles différents. D'une part, dans une vision radicale de la démocratie qui s'éloigne de la vision kantienne imprégnant l'approche habermassienne et, d'autre part, dans une approche communicationnelle de la délibération très différente de l'approche langagière défendue par Habermas.

Une vision radicale de la démocratie

Pour J. Cohen et A. Fung (2011), la démocratie radicale s'oppose à la « démocratie conventionnelle » : « *un système représentatif reposant sur une compétition électorale au sein duquel les citoyens sont porteurs de droits politiques, et, notamment de liberté d'expression, d'association et de suffrage* » (Cohen et Fung, 2011, p.115). En effet, « *les démocrates radicaux reconnaissent ce fait élémentaire de la vie politique, mais recherchent, un accomplissement plus complet des valeurs démocratiques, ce que la compétition*

électorale ne peut atteindre par elle-même » (idem, p.115). Cependant, l'approche théorique de la démocratie radicale la plus connue est celle de C. Mouffe (2002). S'appuyant sur la théorisation de C. Schmitt (1972) selon laquelle la politique est un antagonisme ami/ennemi qui peut déboucher sur la fin même de la société politique (la guerre), elle préconise un jeu démocratique qui transforme l'antagonisme destructeur en un agonisme intégrateur. En effet, contrairement à « *eris* », une joute verbale ne respectant aucune contrainte formelle, l'*agon* est une confrontation soumise à des règles précises. En se soumettant aux mêmes règles communes, les adversaires ne sont plus des ennemis irréductibles, mais des partenaires qui en renouant avec une « *dynamique des passions* » (Mouffe, 2004) déclarent leur foi commune dans la solution démocratique.

Cette vision de la démocratie radicale a le mérite de remettre la conflictualité au centre du jeu démocratique. Cependant, cette vision de la démocratie radicale n'est pas la première dans l'histoire des idées. C'est, en effet, à J. Dewey que revient le mérite d'avoir construit la première théorie de la démocratie radicale(1). Pour ce dernier, la démocratie ne se réduit pas aux libertés négatives, elle est la liberté de faire individuellement et collectivement ses propres expériences. « *Si on me demande ce que j'entends par expérience dans ce contexte, je répondrai qu'elle est cette libre interaction des individus avec les conditions environnantes, en particulier avec l'environnement humain, qui aiguise et comble le besoin et le désir en augmentant la connaissance des choses telles qu'elles sont. La connaissance des choses telles qu'elles sont est la seule base solide de la communication et du partage ; toute autre communication signifie la sujétion de certaines personnes à l'opinion d'autres personnes.* » (Dewey, 1939, p.5) Définition exigeante de la liberté qui conduit F. Leroux à formuler ainsi la vision radicale de Dewey : « *chez Dewey, la démocratie introduit une expérience autre que l'autorité et doit consacrer d'abord et avant tout l'autorité même de l'expérience.* » (Leroux, 1995, p.22) Comment consacrer cette autorité de l'expérience ? Par l'enquête sociale précise Dewey (2008). Cette notion articule deux éléments clés. Le premier est la fin de la dichotomie entre fin et moyen. La démocratie ne consiste pas à choisir la fin (le projet) en laissant l'État libre des moyens. « *De toutes les manières de vivre, la démocratie est la seule qui croit sans réserve au processus de l'expérience en tant que fin et moyen* », affirme Dewey(2)

(1) C'est à J. Zask (2017) que l'on doit ce rappel historique puisqu'elle cite un texte de 1937 de J. Dewey intitulé « *la démocratie est radicale* » paru dans le N° 6 de la revue « *Common Sense* ».

(2) La notion d'expérience chez J. Dewey a (au moins) deux sens : « faire l'expérience de » c'est-à-dire se confronter au monde par les sens, l'intellect, etc., et « faire des expériences » au sens d'une



(Dewey, 1939, p.5). Le deuxième est la notion d'intelligence partagée. La société démocratique ne doit pas reposer sur des dogmes ou des habitudes, mais sur une organisation reposant sur une intelligence collective cherchant à résoudre les problèmes sociaux. La communauté démocratique ne repose pas sur l'usage public de la raison privée comme le soutient Habermas, mais sur la participation du public à l'enquête sociale. « [...] l'intelligence partagée est la méthode démocratique par excellence et le moyen radical de réaliser une démocratie radicale » (Zask, 2017, p.4). Or la délibération est, justement, un exercice d'intelligence partagée.

Une définition communicationnelle de la délibération

Chez J. Habermas (1997), nous l'avons vu, l'espace public permet de réguler les tensions entre des systèmes autorégulateurs qui se différencient les uns des autres (la politique, l'économie, la science, etc.) et le monde vécu. Dans cet espace public se côtoient deux types de communication : un agir stratégique visant à influencer la constitution de l'opinion publique et des délibérations formelles aboutissant à un consensus. Cette conceptualisation théorique pose au moins deux séries de problèmes. La première série a trait à la conceptualisation du monde vécu que propose Habermas. Pour ce dernier, le « monde vécu » est une communauté de langage et de culture qui constitue le contexte dans lequel prennent forme des situations dans lesquelles vont interagir les sujets. Cette culture partagée permet aux interactants d'agir et de communiquer sans problème, l'accord est implicite, la familiarité locale étant le socle de la confiance sociale. Or, ce qui caractérise la vie moderne, citadine, c'est justement l'absence de familiarité, de confiance spontanée, de culture commune. Il n'y a donc pas de monde vécu dans une société contemporaine puisque le brassage culturel, la mobilité urbaine, la précarisation du travail, l'éclatement de la famille, etc. concourent à ce que nos interactions quotidiennes se déploient, la plupart du temps, avec des inconnus dans des contextes souvent changeants. Ce qui ne veut pas dire que la confiance n'existe pas, mais qu'elle n'est plus liée à la familiarité du monde vécue. Elle est devenue un mécanisme rationnel de réduction de la complexité qui favorise l'action (Le Bouther, 2014). Le second problème de la conceptualisation du monde vécu tient à l'existence d'un agir communicationnel orienté vers l'intercompréhension. En effet, contrairement à ce qu'avance Habermas dans

logique expérimentale calquée sur le modèle scientifique de la science « expérimentale » : formuler des propositions pour « résoudre » un problème et les mettre en œuvre pour les tester... C'est dans cette seconde assertion que nous entendons le terme expérience.

sa *Théorie de l'agir communicationnel*, il n'est pas sûr que le partage d'évidences communes qui fonderait l'existence d'un monde vécu suffise à déployer une communication réussie. En avançant la notion de contrat : contrat de « communication » (Ghiglione, 1986) ou de « conversation » (Granier, 2011) différents auteurs soulignent qu'il faut un accord des acteurs pour communiquer. Autrement dit, de nombreuses interactions ne deviennent pas communicationnelles, car l'un des acteurs ne veut pas entrer en communication bien qu'il soit sollicité pour le faire. Dans le même ordre d'idée, la vie quotidienne fourmille d'exemples de communication à distance ne pouvant se déployer malgré la volonté des acteurs en raison de problèmes techniques (incompatibilités informatiques, absence de réseau, etc.). Autrement dit, même dans le monde vécu, il existe une non-communication qui est le fruit volontaire du libre arbitre et/ou le résultat involontaire de perturbations techniques.

La deuxième série de problèmes est liée à la vision de la délibération théorisée par Habermas (1987) : une action langagièr rationnelle débouchant sur un consensus. Tout d'abord, aucune communication – y compris délibérative donc - ne se réduit au langage, la communication est un processus multicanal intégrant le verbal, le para verbal (accent, tonalité, rythme, etc.) et le non verbal (gestes, espace, temps, etc.). Deuxièmement, une communication à visée politique, comme l'est toute délibération portant sur l'intérêt général, n'est jamais totalement rationnelle. Même dans une discussion semblant rationnelle, il y a toujours, comme le rappelait Aristote, une part de rhétorique, de mise en sens sensible et émotionnelle visant à renforcer l'impact de l'argument (Boutaud, 2016). Enfin, même en cas de volonté réciproque d'entrer en communication de la part d'acteurs appartenant au même monde vécu, la communication est souvent un échec, nous disent les chercheurs réfléchissant à l'incommunication (Lespastier, 2013). L'incommunication est l'horizon ordinaire de la communication (Wolton, 2009). Autrement dit, l'incompréhension est la règle de la communication, puisque chacun est, pour l'autre, une altérité radicale (qui possède donc des interprétations différentes) et libre (à qui l'on ne peut imposer un sens).

Ces deux séries de problèmes théoriques ont été complétés par de nombreuses recherches empiriques portant sur des dispositifs délibératifs (conférences de citoyens, débats organisés par la Commission nationale du débat public, etc.). Ces recherches montrent qu'il faut avoir une approche moins normative de la délibération. La délibération n'est que rarement une recherche de consensus orientée vers l'intercompréhension, mais, le plus souvent, une confrontation rhétorique entre intérêts



contradictoires, un « désaccord délibératif » (Gutmann & Thompson, 1996). Elle ne doit pas obligatoirement trancher entre plusieurs options en présence (risque de polarisation et de compromis), mais doit offrir la possibilité de coconstruire une solution inédite (Maggi, 2000). Elle réclame que les citoyens puissent prendre le temps d'avoir accès à une information vérifiée qui ne soit pas entièrement cadrée par les médias de masse. Elle doit, pour renforcer les capacités d'agir et éviter la reproduction (voire le renforcement) des inégalités, favoriser une délibération non institutionnelle qui s'incarne dans des espaces communautaires de prise de parole des plus démunis et dans des espaces publics autonomes contestataires ouverts à tous, des espaces publics oppositionnels (Negts, 2007), etc.

CONCLUSION I

Comme nous venons de le montrer, la délibération, n'est pas seulement un processus social permettant de prendre une décision, c'est le cœur même la légitimité des normes qui nous gouvernent. Pour que cette conceptualisation normative de la délibération puisse devenir réalité empirique, il convient de développer une approche réaliste de la délibération qui tienne compte des recherches de terrain. Que l'on s'en félicite ou qu'on le déplore, dans la réalité empirique, la délibération démocratique est rarement un échange apaisé d'arguments rationnels faisant surgir un consensus qui s'impose à tous. La délibération est une communication politique qui mélange raison et émotion, intérêt privés et intérêts publics, information et persuasion, compréhension et incompréhension, identités collectives partagées et identités individuelles irréductibles, etc. C'est pourquoi nous la définissons comme une communication politique singulière qui vise, par le débat public, la construction de désaccords entre altérités radicales et libres. Ainsi définie, la délibération est non seulement une forme de régulation démocratique plus pertinente que l'agrégation des voix mais aussi, comme nous le montrons dans la version économique du délibéralisme (cf. notre autre texte dans ce même ouvrage) un mode de distribution et de répartition des richesses alternatif au marché. Cependant, pour que la délibération puisse produire l'effet émancipateur escompté, elle doit se libérer de la fascination pour l'outil numérique. En effet, le confinement a renforcé l'idée selon laquelle la communication via les réseaux est l'avenir, que la solution aux maux démocratiques passe par des dispositifs numériques. Nous allons nous efforcer de démontrer l'inverse. Le solutionnisme technologique (Morozov, 2014) est le problème. Les dispositifs numériques ne renforcent pas la délibération démocratique : ils menacent la démocratie.

II. LA CONNEXION NUMÉRIQUE UN OBSTACLE À LA DÉLIBÉRATION DÉMOCRATIQUE

Le numérique n'existe pas. Pourquoi? Pour deux raisons au moins. La première est linguistique « le numérique » est une substantivisation indue d'un adjectif qui a pourtant une signification très précise : « *qui concerne des nombres, qui se présente sous la forme de nombres ou de chiffres, ou qui concerne des opérations sur des nombres* » (Trésors de la langue française). On peut donc parler de données numériques pour désigner des données mises sous forme de nombres, mais, mais pas **du** numérique pour désigner l'apparition d'un phénomène culturel planétaire lié au développement des technologies informatiques. La seconde raison de nier l'existence d'**un** numérique est empirique. Comme le souligne M. Vitali-Rosati (2019), utiliser ce terme suppose que ce phénomène culturel est homogène, alors qu'il existe « *de nombreuses pratiques, usages, outils et environnements différents, chacun fondés sur des principes particuliers, chacun promouvant des valeurs spécifiques et entraînant des conséquences caractéristiques* ». Alors, pourquoi ce terme uniformisant s'imposerait-il contre l'évidence de la diversité des réalités empiriques qu'il recouvre ? Sans doute, parce que, comme le souligne R. Vignes (2018), « le numérique » est, en fait une construction idéologique, un vocable au service d'une vision du monde particulière, celle du Techno-capitalisme. En lutte contre un capitalisme industriel toujours vivace, le numérique est une arme de combat promouvant l'idée que les GAFAM révolutionnent le monde, que la société de consommation est morte et que nous sommes entrés dans une société de connaissances. Une société où tout problème trouvera une solution technologique. Cette nouvelle idéologie capitaliste que Morozov (2014) nomme le « solutionnisme technologique », semble sortir renforcée par le confinement qui a poussé bon nombre d'entre nous à remédier à l'absence de liberté de mouvements par l'utilisation de dispositifs numériques. La connexion numérique était déjà très présente dans nos vies. Elle semble désormais une solution idéale. Pourtant, justement parce que communication et connexion sont des notions différentes, nous pensons que la délibération telle que nous l'entendons (une communication politique visant la construction des désaccords entre altérités radicales et libres) n'a rien à gagner à s'inscrire dans des dispositifs numériques (A). Pire, ces dispositifs numériques s'avèrent une véritable menace pour l'idée même de démocratie (B).

*Le débat sur les réseaux socio numériques (RSN)
n'est pas une délibération*

La crise sanitaire l'a montré, des dispositifs numériques peuvent parfois palier la non-communication, l'impossibilité d'entrer en relation avec l'autre. Le télétravail,



les visioconférences, les apéros via smartphones, ont permis de maintenir des relations sociales. De même, ces outils permettent à des personnes porteuses de handicaps d'exprimer leurs avis alors qu'elles ne peuvent pas parler. Cependant, ces palliatifs utiles ne doivent pas faire prendre les vessies de la connexion numérique pour les lanternes de la communication politique. Pour le comprendre, nous allons partir d'un exemple concret : les échanges sur les réseaux sociaux numériques. Ces derniers sont des espaces médiatiques singuliers dont nous décrirons certaines particularités, avant de montrer qu'ils ne sont pas des espaces publics favorisant la construction de désaccords entre altérités radicales.

Les RSN : des espaces médiatiques singuliers

Comme T. Stengers et A. Coutant (2011), nous restreignons le vocable réseaux sociaux numériques (RSN) aux seuls sites favorisant le réseautage : Facebook, LinkedIn, Instagram, etc. Ces réseaux sociaux, ont un rôle politique clef : ce sont des espaces de libre expression. En cela, ils rejoignent l'utopie libertaire des fondateurs du web. Cependant, cet élargissement des possibilités offertes à tout un chacun de s'exprimer publiquement appelle quelques remarques lorsque cette expression subjective concerne la chose politique. Tout d'abord, cette libre expression politique déborde largement le cadre de l'argumentation rationnelle chère à Habermas. En effet, les analyses⁽³⁾ convergent pour souligner la forte présence des expressions subjectives sur les RSN. Cette subjectivité sensible favorise la diversité des expressions dans le débat public donc la démocratisation de ce dernier. Pour autant, cette pluralisation des modes d'expression ne signifie pas que tous ceux qui s'expriment ont le même poids. Comme l'explique S. Roginsky « Pour s'en sortir sur les réseaux sociaux, il faut être super bon, avoir de la répartie, arriver à retraduire une information, à faire porter son idée, être très vigilant quant aux arguments des uns et des autres... C'est un monde dur, voire brutal » (Roginsky in Blic et Didi, 2020, p. 33). Et effectivement, un chercheur comme R. Badouard souligne que cette liberté d'expression conjuguée à l'anonymat débouche souvent sur des propos très agressifs, d'autant plus virulents parfois qu'ils sont portés par des militants extrémistes cherchant, par la violence verbale, à imposer leur idéologie (Badouard, 2017). Cet aspect nous permet d'insister sur un fait important : l'expression politique n'est pas

synonyme de communication politique. L'expression est une démarche unilatérale d'un sujet qui cherche à transmettre le sens alors que la communication est un processus réciproque de co-construction de sens. Or, outre les violences verbales, les recherches empiriques montrent que le plus souvent, au sein des RSN, on observe plus une juxtaposition d'expressions désordonnées qu'un débat structuré, plus des points de vue qui se croisent sans toujours se répondre, que des échanges visant à construire collectivement des points d'accord et de désaccord. Surtout, les recherches insistent sur l'accélération (Rosa, 2010) que provoquent ces réseaux. Les RSN ne sont pas des espaces où l'on prend le temps du recul critique, ce sont des lieux virtuels de contagion émotionnelle, des invitations à exprimer son ressenti (j'aime/j'aime pas) et non des sollicitations à l'exercice réflexif. La conséquence est la prolifération de fausses informations qui circulent dès lors plus vite que les vraies. Ce qui a encore été vérifié lors de la crise sanitaire liée à la Covid-19 (Dolbeau-Blandin, Jaubert-Michel, 2020). Deux explications sont avancées pour comprendre cette circulation plus rapide du faux. Premièrement, les informations inexacts sont partagées plus vite, car elles surprendraient davantage que les vraies et du coup engendreraient plus de réactions émotionnelles que les vraies (hypothèse sur laquelle travaille, en ce moment, les chercheurs du MIT). Deuxièmement, ces informations erronées sont, comme la plupart des informations circulant sur les RSN, des informations fournies par les algorithmes (en fonction des préférences de l'internaute). Or, soutient le neurologue L. Naccache (2019), la disparition de l'effort consenti pour rechercher une information, fait aussi disparaître, en partie, l'effort réflexif qui préside à l'analyse de l'information. Moins analysées, les informations sont ainsi moins susceptibles d'être rejetées comme mensongères. Ainsi, les RSN sont bien des espaces médiatiques où circulent des informations et des expressions politiques, mais ce sont des espaces médiatiques singuliers puisque les informations sont souvent inexacts et les expressions débouchent plus sur une joyeuse cacophonie que sur un débat public structuré. Enfin, nous suivrons Haud Guegen (2015), pour qui ces espaces médiatiques singuliers sont d'abord des espaces de construction d'identités. Des espaces paradoxaux, puisque ces espaces offrent la possibilité d'expérimenter d'autres soi (les identités numériques autorisent des présentations de soi beaucoup plus libres qu'en présentiel), mais sont aussi devenus des espaces d'injonction à exposition de soi (avoir le plus d'amis et le plus de like possibles). De plus, ces espaces visent la reconnaissance (Honneth, 2013) de collectifs, mais cette reconnaissance se fait sans la connaissance réelle, puisque ceux qui participent à

(3) Les analyses empiriques dont nous faisons part dans ce texte se retrouvent essentiellement dans trois ouvrages : « Communication et débats public : les réseaux numériques au service de la démocratie » (Vacher, Le Moënné, Kiyindou, 2013), « Ces réseaux numériques dits sociaux » (Hermès 2011), « Le désenchantement d'internet » (Badouard, 2017).



ces collectifs sont généralement masqués derrières des identités numériques plus ou moins fictives. Enfin, cette construction identitaire, lorsqu'elle est collective, débouche sur la fermeture à l'autre puisque, la raison d'être des RSN est de connecter ceux qui partagent les mêmes préoccupations que vous. Il s'agit de faire communauté avec le même, pas de s'ouvrir à l'autre (Wolton 2012). D'ailleurs quand, dans les RSN, l'altérité est trop forte, elle est disqualifiée : l'autre n'est plus un humain représentant un point de vue différent mais un être infra humain et maléfique : un troll qui doit être exclu ! Ces espaces médiatiques singuliers et paradoxaux sont-ils des espaces de délibération ?

Ces espaces médiatique singuliers ne sont pas des espaces publics de constructions de désaccords entre altérités radicales

Nous ne le pensons pas. Bien sûr, des exemples récents comme la dénonciation des violences faites aux femmes ou les revendications portées par les gilets jaunes, montrent que les RSN sont des espaces de mobilisation qui peuvent avoir une influence démocratique (Tufekci, 2019). Pour autant, les RSN, ne sont pas des espaces publics permettant la construction de désaccords entre altérités radicales (notre définition de la délibération). Premièrement, une délibération démocratique repose sur un partage d'informations vérifiées ce qui n'est pas – nous l'avons vu – forcément le cas sur les RSN. Deuxièmement, construire des désaccords demande une structuration des débats qui est empiriquement peu présente sur les RSN. Troisièmement, une délibération est une communication entre individus identifiés, pas un croisement d'expressions provenant d'individus inconnus se cachant pour partie derrière des identités numériques. Quatrièmement, les RSN ne sont pas des espaces publics. Si l'espace public est, en effet, un espace de confrontation de points de vue politiques favorisant l'émergence d'une opinion publique, il est aussi un espace où l'on met en jeu son intégrité physique. C'est un espace symbolique de légitimation, mais aussi un espace physique d'action. La communication politique n'a pas uniquement une dimension langagière elle a aussi une dimension praxéologique (Quéré, 1991). De plus, l'espace public est, par définition, un espace qui transcende les communautés singulières pour former une communauté politique (Tassin, 1992). Or les RSN, au contraire, visent, nous l'avons vu, à former des communautés virtuelles. Autrement dit, les RSN sont des espaces d'expression, de construction identitaire et de mobilisation qui pluralisent le jeu démocratique, mais ce ne sont pas des espaces publics. D'ailleurs, plus largement « Internet n'est pas un espace public » (Alloa, 2017). C'est pourquoi il convient, dans le monde d'après, de

se débarrasser de ce solutionnisme numérique(4), qui imprégnaît déjà tant le monde d'avant.

Le solutionnisme numérique un danger pour la démocratie

Pendant le confinement, le solutionnisme a gagné en crédibilité : télétravail, enseignement à distance, vidéo à la demande, etc. Le numérique comme lien social à distance s'est imposé comme une évidence. C'est pourtant contre cette évidence que nous voudrions nous élever. En effet, la crise sanitaire a aussi révélé ce que les thuriféraires du numérique tendent à occulter : l'illectronisme(5) : près de 20 % des personnes ne sont pas équipées, ceux qui sont équipés le sont de manière très inégales, et ceux qui possèdent les mêmes équipements ont des maîtrises très disparates de l'outil (Brygo, 2019). Finalement les dispositifs numériques sont autant de facteurs de cohésion (lien à distance) que de fragmentation (inégalités numériques). Si l'on se focalise sur la question démocratique, on peut faire un double constat : les dispositifs numériques ne remédient pas aux problèmes de la démocratie représentative, pire ils menacent l'essence même de démocratie.

Les dispositifs numériques ne remédient pas aux problèmes de la démocratie représentative

Les dispositifs numériques permettent un accès plus large à l'information. Ils permettent à tout un chacun de s'informer à n'importe quel moment et diversifient une offre d'information qui n'est plus uniquement contrôlée par les grands groupes médiatiques traditionnels. Cependant, dans nos sociétés médiatiques, ce qui pose un problème est moins l'accès à l'information que la surinformation, ce que les journalistes nomment « l'infobésité ». L'information ne fait plus sens. Noyé sous des informations contradictoires, non hiérarchisées et qui se succèdent à une cadence infernale, le citoyen est plus informé, il ne l'est pas forcément mieux. Dans ces conditions, un double danger menace. Celui d'une acratie généralisée (ce monde est trop complexe, je n'arrive plus à le comprendre, donc je me détourne de la vie publique) qui se matérialise, en partie, par la non-inscription sur les listes électorales (près de 3 millions de personnes) et la chute de la participation aux élections, d'une part, et l'illusion, d'autre part, de vivre dans un monde transparent, où tout ce qui est essentiel est transformé en traces écrites accessibles sur le net.

(4) L'idée que tous les problèmes de communication trouvent une solution dans les technologies numériques.

(5) Illettrisme numérique qui, selon l'INSEE touche 17 % de la population française.



Or, la surinformation est, comme la censure, un moyen d'opacifier le monde. Les dispositifs numériques sont également de puissants outils qui permettent d'agrégner un grand nombre de données et de les visualiser. Ces outils permettent alors de rendre compte des inégalités dans le monde, comme le montrent les travaux de Piketty (2010) ou les rapports de l'ONG Oxfam, ce qui facilite l'action démocratique citoyenne. Mais ces outils, participant aussi à ce que Alain Suppiot (2015) nomme la gouvernance par le nombre et que nous nommons « la dictature de la quantification » (Dacheux, Goujon, 2020). Non seulement seul ce qui peut être chiffré compte (c'est pourquoi on s'engage dans des inepties comme donner une équivalence monétaire à la perte d'une espèce animale), mais c'est le nombre qui fait la valeur : le nombre de vue, remplace peu à peu la qualité artistique, le nombre de like se substitue lentement à la valeur morale, etc. On peut voir là, soit une dérive liée au souci de mesurer la performance propre aux sociétés capitalistes, soit un prolongement inattendu de la nature agrégative de la démocratie libérale imprégnée par la culture du vote individuel. Quoi qu'il en soit, ces dispositifs ne semblent pas en mesure de donner un souffle nouveau à nos démocraties représentatives qui semblent perdre le soutien des citoyens. D'autant plus que les promesses les plus fortes des dispositifs numériques ne sont pas tenues. Les outils numériques étaient, en effet, sensés remédier à la distanciation entre les élites et les citoyens. Or, toutes les études montrent que si des outils comme Twitter permettent effectivement un lien direct entre élus et électeurs, ce lien est surtout descendant (Mercier, 2017).

Les outils numériques sont, dans les faits, des outils de propagande avant d'être des outils d'écoute des citoyens. De même, les « civic tech », comme on les qualifie dans le monde anglo-saxon, étaient censées créer un lien permanent entre élus et administrés palliant cette démocratie électorale discontinue dénoncée par Rosanvallon (2016). Or, il semble bien qu'on assiste plutôt à une accélération désynchronisée des temps médiatiques et politiques (Tétu, 2018). L'accélération médiatique pousse à une accélération politique, qui s'avère incompatible avec le temps de l'action démocratique, surtout quand il s'agit d'inscrire cette action dans le temps écologique du développement durable. Enfin, ces dispositifs numériques devaient favoriser la participation citoyenne venant, par-là, redonner une place plus centrale aux citoyens dans la prise de décision. Or, ces dispositifs numériques se révèlent, à l'analyse, être plus souvent des outils de légitimation du politique que des instruments d'une participation citoyenne (Blondiaux, 2008). De plus, s'ils parviennent parfois à favoriser la participations de certains (des jeunes, des personnes en

situation de handicaps), ils renforcent surtout l'exclusion des plus défavorisés, qui se trouvent de ce fait encore plus invisibilisés (Confavreux, Lindgaard, Beaud, 2008). Ainsi, si les outils numériques offrent des opportunités démocratiques, ils sont principalement, à l'heure actuelle, des éléments qui aggravent la crise de nos démocraties représentatives. Plus grave, le solutionnisme numérique menace, à terme, l'idée même de démocratie.

Le solutionnisme numérique contre la démocratie

De nombreux observateurs dénoncent, en s'appuyant sur le Brexit et l'élection de Trump, l'entrée du monde actuel dans une ère « post vérité ». Une ère engendrée par l'Internet et la circulation toujours plus rapide des fausses informations. Si nous pensons, effectivement, que les réseaux numériques favorisent cette circulation globale des fausses nouvelles, nous soulignons, toutefois, l'idée qu'il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau. De César à Kadhafi en passant par Machiavel et Staline, la fabrique et la circulation d'informations erronées ont toujours accompagné le politique, toujours menacé la démocratie. Même si elle prend aujourd'hui une ampleur inégalée, le danger n'est pas nouveau (Gauthier 2018). Mieux on pourrait soutenir, de manière un peu provocatrice il est vrai, que la prise de conscience accompagnant la circulation médiatique du vocable « post vérité » est un bienfait démocratique : n'est-ce pas une invitation à la vigilance, un appel au doute qui ouvre sur la pensée ? Le complotisme n'est-il pas le prix (relativement faible) à payer pour que chaque citoyen remette en cause l'idée que l'information médiatique est synonyme de vérité ? Comprendre enfin, que la science elle-même ne prétend plus dire la vérité, mais entend construire des représentations précises des faits (Barrau, 2019) ?

Dès lors, pour nous, le vrai danger est ailleurs. Il est, tout d'abord, dans cette marchandisation généralisée de données personnelles, dans ce traçage numérique qui permet de connaître tous nos déplacements, dans cette mémoire numérique qui n'oublie rien et emprisonne à jamais les fautes commises et les erreurs de jeunesse. Le néo libéralisme a débouché sur un capitalisme numérique, qui remet en cause les droits fondamentaux de la vision libérale de la démocratie. De même, la vision républicaine de la démocratie se voit, à terme, menacée. En effet, comment prendre le temps de participer à la chose publique quand tout s'accélère ? Avec Internet, s'impose un nouveau régime d'historicité (Hartog, 2003), un nouveau rapport au temps. Ce qui compte c'est le présent ou, plus exactement, l'urgence. Plus précisément encore, l'anticipation de ce qui va être fait dans la seconde suivante (Baschet 2018). Cette course sans fin à l'anticipation empêche la réflexion qui demande du temps (Virillo, 1977), mais elle disqualifie aussi les



expériences passées et ferme l'avenir condamné à n'être que le prolongement, en plus rapide, des tendances du présent. Du coup, nous épuisant à devenir les entrepreneurs de nous-mêmes, les gestionnaires de notre capital temps humain (Becker, 1964), nous nous éloignons peu à peu de la chose publique, la démocratie risquant alors, comme le dénonçait autrefois Platon, de s'effondrer sur elle-même faute de citoyens prêt à s'y investir. Enfin, même la vision radicale de la démocratie est mise en péril. Elle est menacée, tout d'abord, parce que l'autonomie est remise en cause par la soumission aux algorithmes. Ce n'est pas nous qui choisissons l'information, ce sont les algorithmes des moteurs de recherches et de nos réseaux sociaux qui nous diffusent l'information qu'ils jugent bonne pour nous. Déjà, les algorithmes nous suggèrent nous qui aimons telle musique de commander tel film, nous qui achetons telle robe de s'offrir tels escarpins. À terme, ce qui nous menace est moins l'imposition d'une dictature centralisée comme le craignait Orwell, que l'acceptation résignée d'une servitude numérique (Poitevin, 2020). Une servitude numérique d'autant plus inquiétante qu'elle installe, nous l'avons vu, un régime d'historicité qui en disqualifiant le passé et fermant à l'avenir, fige le temps dans l'immédiat. Le solutionnisme numérique remet alors en cause l'idée même d'une autre ère possible que celle du capitalisme numérique. La fin de l'histoire. La fin de notre histoire démocratique.

CONCLUSION II

L'expérience du confinement ne doit pas nous faire prendre les bâquilles du numérique pour les jambes de l'avenir démocratique. La connexion numérique est utile pour maintenir le lien à distance et offre des opportunités de pluralisation de l'expression publique, de construction collective identitaire pour des communautés invisibilisées ou de coordination de l'action militante des organisations de la société civile, ce qui peut contribuer à soutenir nos démocraties représentatives bien mal en point. Mais il ne faut pas confondre connexion numérique et communication politique (Dacheux, 2019), le solutionnisme numérique ne résout pas les principaux problèmes de la démocratie représentative, il menace l'idée même de démocratie en renforçant un régime d'historicité qui fait de la servitude numérique un présent indépassable.

CONCLUSION GÉNÉRALE DU TEXTE

Pour entrer dans un monde plus résilient, il convient de s'affranchir des fragilités du système qui nous a conduit

à cette crise sanitaire. Construire cette rupture et vivre dans un monde plus durable et solidaire, nécessite d'organiser l'intelligence collective. La meilleure façon d'organiser cette dernière (mais ni la moins coûteuse ni la plus rapide) est de dépasser la démocratie libérale représentative pour entrer dans une démocratie radicale. Cette dernière réclame plus de délibération entre sujets réflexifs et non plus de connexions entre identités numériques. Si les dispositifs numériques ont montré leur utilité pendant la crise, ils ont aussi montré leur limite. Comme le disait déjà J. Ellul (1988), la technique est toujours ambivalente. Elle n'est ni positive ni négative ni neutre. Elle autorise et contraint à la fois. Les avantages démocratiques justement attribués aux dispositifs numériques (favoriser la diversité des expressions, faciliter la mobilisation citoyenne, visibiliser des communautés invisibles dans le débat public) ne doivent pas masquer ces graves inconvénients (circulation d'une information peu fiable, servitude numérique, présentisme, etc.). L'avenir de la démocratie n'est pas numérique, il est délibératif. ■

RÉFÉRENCES CITÉES

- Alloa E., « Internet n'est pas un espace public », *Esprit*, N°12/2017, p. 33-35, 2017.
- Badoouard R., *Le désenchantement de l'Internet*, Limoges, FYP, 2017.
- Barrau A., *La vérité dans les sciences*, Paris, Dunod, 2019.
- Baschet J., *Défaire la tyrannie du présent*, Paris, La découverte, 2018.
- Becker G.S., *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education*. Chicago, University of Chicago Press, 1964.
- Blic D. de, Didi R., « Savoir parler pour savoir débattre », *Projet*, n° 373, p. 30-34, 2020.
- Blondiaux L., *Le nouvel esprit de la démocratie*, Paris, Seuil, 2008.
- Boutaud J.J. (dir.), *Sensible et communication*, London, ISTE Éditions, 2016.
- Brygo J., « Peut-on encore vivre sans Internet ? », *Le monde diplomatique*, p.18-19, Août 2019.
- Cohen J, Fung A., « Le projet de la démocratie radicale », *Raisons politiques*, n° 42, 2011.
- Confavreux J., Lindgaard J., Beaud S., *La France invisible*, Paris, La découverte, 2008.
- Coutant A., Stenger T., « Introduction », *Hermès*, N°59, 2011.
- Dacheux E., « La communication numérique n'existe pas », *Revue permanente du mauss*, en ligne avril 2019.
- Dacheux E., Goujon D., *Défaire le capitalisme, refaire la démocratie, les enjeux du délibéralisme*. Toulouse, Eres, 2020.
- Dewey J. « La démocratie créatrice : la tâche qui nous attend », *Horizons philosophiques*, vol 5, n° 2 [1997], 1939.
- Dewey J., *Le public et ses problèmes*, Paris, Gallimard [2008], 1925.



- Dolbeau-Blandin C., Jaubert-Michel E., « Infox et Coronavirus Covid-19 : une relative contagiosité ? », Hal.02542132, 2020.
- Ellul J., *Le Bluff technologique*, Paris, Hachette, 1998.
- Gauthier G., « Le post-factualisme. Réalité, communication, information et débat public », *Communication*, vol.35/1, [En ligne] *Communication*, vol. 35/1, mis en ligne le 26 février 2018.
- Ghiglione R., *L'homme communiquant*, Paris, Armand Colin, 1986.
- Girard C., Le Goff A., *La démocratie délibérative ; Anthologie des textes fondamentaux*, Paris, Hermann, 2010.
- Gueguen, H., « Les contradictions paradoxales de l'expressivité numérique. L'étude des modèles identitaires au sein des espaces numériques », *Réseaux*, n° 193, p. 135-160, 2014.
- Gutmann A., Thompson D., *Democracy and Disagreement*, Cambridge, Bellnap Press of Harvard University Press, 1996.
- Granier J.M., « Du Contrat de lecture au Contrat de Conversation », *Communication et langages*, n° 169, 2011.
- Habermas J., *Théorie de l'agir communicationnel*, T1 et 2 Paris, Fayard, 1987.
- Habermas J., *Droit et démocratie*, Paris, Gallimard, 1997.
- Hartog F., Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps, Paris, Seuil, 2003.
- Honneth A., *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Folio, 2013.
- Lamour B., *Stop au dérèglement climatique*, Paris, Editions de l'atelier, 2015.
- Le Bouter F., « Formes et fonctions de la confiance dans la société moderne », *Implications philosophiques*, mis en ligne le 24 juin, 2014.
- Lepastier S. (coord.), *L'incommunication*, Paris, CNRS éditions, 2013.
- Leroux F., « Démocratie et expérience : introduction à la démocratie créatrice de John Dewey », *Horizons philosophiques*, vol. 5, n° 2, 1995.
- Luhmann N., *Politique et complexité*, Paris, Édition du Cerf, 1987.
- Maggi J., *Prosélytisme, élaboration du conflit et changement d'attitude : deux études expérimentales autour du débat sur la question des étrangers*, Thèse de psychologie, Université de Genève, 2000.
- Manin B., « Volonté générale ou délibération ? », *Le Débat*, n°33, 1985.
- Mercier A.. *La communication politique* (seconde édition). Paris, Cnrs éditions, 2017.
- Mondzain M. J., *Confiscation*, Paris, Les liens qui libèrent, 2017.
- Mouffe C., « La “fin” du politique et le défi du populisme de droite », *MAUSS*, n°20, 2002.
- Mouffe C., « La politique et la dynamique des passions », *Rue Descartes*, n° 45/46, 2004.
- Morozov, E., *Pour tout réussir cliquez ici : l'aberration du solutionnisme technologique*, Limoges, FYP, 2014.
- Naccache L., *Nous sommes tous des femmes savantes*, Paris, Odile Jacob, 2019.
- Negt O., *L'espace public oppositionnel*, Paris, Payot, 2007.
- Piketty T., *Capital et idéologie*, Paris, Seuil, 2019.
- Poitevin D., « La question du temps dans la servitude numérique », *Séminaire Lagon*, Rennes, mars 2020.
- Quéré, L., « D'un modèle épistémologique de la communication à un modèle praxéologique ». *Réseaux*. Vol. 9. n°46-47, 1991.
- Rosanvallon P., “(Dé)libérons-nous”, Philosophie magazine, n° 104, 2016.
- Schmitt C., *La notion de politique. Théorie du partisan*. Paris, Calman-Lévy, 1972.
- Supiot A., *La gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.
- Tassin E., « Espace commun ou espace public ? », *Hermès*, n°10, 1992.
- Tétu J.-F., *Le récit médiatique et le temps*. Paris, L'harmattan, 2018.
- Tufekci Z., *Twitter et les gaz lacrymogènes – Forces et fragilités de la contestation connectée*. Caen, C&f éditions, 2019.
- Vitali-Rossi M., « Le numérique une notion qui ne veut rien dire », *The conversation*, 15 juillet, 2019.
- Vacher B., Le Moënné C., Kiyindou A., *Communication et débat public : les réseaux numériques au service de la démocratie ?*, Paris, L'Harmattan, 2013, 2013.
- Vignes R., *L'impasse*, Aix-en-Provence, Citizen Lab, 2018.
- Virilio P., *Vitesse et politique*, Paris, Galilée, 1977.
- Wolton D., *Indiscipline*, Paris, Odile Jacob, 2012.
- Wolton D., *Informier n'est pas communiquer*, Paris, Cnrs éditions, 2009.
- Zask J., « La démocratie entre la radicalité de Dewey et les expériences paysannes », in *Séminaire Etape* n° 24, publié sur le site Grand angle libertaire, 2017.



POURQUOI L'APPLICATION STOPCOVID NE PARVIENT-ELLE PAS À TRADUIRE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL ?

WHY DOES STOPCOVID APP FAIL TO TRANSLATE THE IDEA OF GENERAL INTEREST?

Virginie TOURNAY*

RÉSUMÉ

L'application *StopCovid* lancée par le gouvernement dans le cadre de son plan global de déconfinement, soulève des enjeux de souveraineté sanitaire et numérique. Destinée à suivre l'évolution du virus sur le territoire national à l'échelle de la population, cette solution de traçabilité suscite de nombreux débats. L'article montre que la faible appropriation collective de cet outil résulte de son incapacité à représenter l'intérêt général aux yeux des citoyens et à l'inscrire dans une histoire nationale partagée. D'une part, la philosophie associée au partage de l'application *StopCovid* échoue à faire naître chez les individus « ce sentiment d'avoir quelque chose en commun » pour reprendre l'expression wébérienne. D'autre part, les options techniques de l'application réactivent les champs de tension au fondement de la souveraineté nationale sans pour autant trancher dans une orientation donnée. Dès lors, les controverses autour de *StopCovid* renvoient à des conceptions incompatibles concernant le devenir des États-nations.

MOTS-CLÉS

Intérêt général, Police sanitaire, *StopCovid*, Traçabilité, Souveraineté nationale.

ABSTRACT

The *StopCovid* application launched by the government as part of its global deconfinement plan raises issues of

health and digital sovereignty. Intended to follow the evolution of the virus on the national territory, at the level of the population, this traceability solution gives rise to many debates. This article shows that the weak collective appropriation of this tool results from its inability to represent the general interest for the citizens which does not succeed in inscribing it in a shared national history. On the one hand, the sharing philosophy of the *StopCovid* app fails to instill in individuals "that sense of having something in common" to use the Weberian expression. On the other hand, the technical options of the application reactivate the tensions at the basis of national sovereignty without deciding on a path dependency. Consequently, the *StopCovid* controversies refer to incompatible conceptions about the future of nation-states.

KEYWORDS

General interest, Health police, *StopCovid*, Traceability, National sovereignty.

* * *

L'IMAGINAIRE NATIONAL À L'ÉPREUVE DU NUMÉRIQUE

Dans son ouvrage de référence(1), l'anthropologue Benedict Anderson caractérise les instruments concrets

(1) Anderson B., *Imagined communities. Reflections on the origin and spread of nationalism*, Verso, 1983. Le concept de « communauté imaginée » d'Anderson fait l'objet d'une abondante littérature, il enrichit les travaux consacrés aux théories du nationalisme, et plus largement aux représentations qui président la constitution des collectifs sociaux.

* Directeur de recherche CNRS, CEVIPOF.
virginie.tournay@sciencespo.fr



au cœur de la structuration des collectifs politiques. Il envisage la nation comme une communauté qu'il qualifie « d'*imaginaire* » parce que tous les citoyens partagent le sentiment d'une communion avec celle-ci, sans être pour autant amenés chacun à se connaître. Elle serait également « *imaginée* », car cette fraternité de principe fait abstraction des inégalités concrètes, inhérentes à toute société moderne. Au fondement de ce mythe structurant où chaque individu se représente comme partie prenante d'un tout (la nation), on trouve les racines de la République, le transfert de légitimité de la souveraineté au peuple, c'est-à-dire, à la fin du 18^e siècle. Cette vision *imaginaire* et *imaginée* d'un socle commun fournit une réalité à la fois historique et opératoire au concept de nation. La révolution numérique modifie fortement cette fiction politique. En particulier, elle bouleverse radicalement la conviction collective profondément ancrée en une existence objective de la nation. En effet, les services produits par les géants du numérique (GAFAM aux USA, BATX en Chine) retentissent sur la façon dont la collectivité se représente elle-même comme un tout(2) : ils sont indifférents aux frontières des États-nations(3) et s'immiscent au cœur du fonctionnement démocratique en modifiant radicalement les cadres familiers de perception individuelle(4). Pour comprendre cette mise à mal de l'*imaginaire national*, il faut revenir aux trois piliers de l'action publique identifiés par Anderson qui fournissent le terreau favorable à l'émergence d'un sentiment national auquel les individus s'identifient : le *recensement*, la *carte* et le *musée*. À partir de l'analyse des principes de l'application *StopCovid*, l'objectif est de montrer la mise à l'épreuve de ces différents piliers, avec pour résultat l'incapacité des citoyens de développer « ce sentiment d'avoir quelque chose en commun » pour reprendre l'expression wébérienne (1). Parallèlement à cette fragilisation de l'idée d'intérêt général, les usages de *StopCovid* réactivent les champs de tension situés au cœur de la distinction formelle entre souveraineté nationale et société civile sans apporter véritablement de

C. Chivallon, « Retour sur la communauté imaginée » d'Anderson. Essai de clarification théorique d'une notion restée floue », *Raisons Politiques*, 2007/3, n°27, p. 131-172. F. Patez, « Quelques remarques sur l'*imaginaire national* », *Les Cahiers du Cériem*, 1998, p. 3-13. T. Landwehr et R. Cahen, « De Johann Gottfried Herder à Benedict Anderson : retour sur quelques conceptions savantes de la nation », *Sens public*, 2010, <https://doi.org/10.7202/1064061ar>

(2) Tournay V., *L'intelligence artificielle. Les enjeux politiques de l'amélioration des capacités humaines*, Ellipses, 2020.

(3) Barber B., *Djihad versus McWorld. Mondialisation et intégrisme contre la démocratie*, Hachette Littérature, 2001.

(4) Vial S., *L'être et l'écran. Comment le numérique change la perception*, PUF, 2013. Cardon D., *À quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure des big data*, Le seuil, 2015.

solutions. Avec la généralisation des services numériques, les représentations de la souveraineté nationale sont en mutation. On assiste en effet à une démarcation de plus en plus floue entre les composantes des quatre couples suivants qui définissent la fiction politique nationale : public/privé, gouvernance/gouvernement, autonomie/hétéronomie et global/local (II)(5).

L'APPLICATION STOPCOVID ET LA PERCEPTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Examinons les trois modalités développées par Benedict Anderson au fondement de l'*imaginaire national*. L'idée de « nation » est fréquemment mobilisée par les élites intellectuelles et politiques dans leurs écrits. Néanmoins, l'appropriation des représentations et des symboles nationaux dans les différentes strates sociales exige des mécanismes d'identification « par le bas »(6). Lancée le 2 juin, l'application *StopCovid* est un système de traçage numérique téléchargeable sur les téléphones mobiles Android et iPhone pour alerter les français d'un contact éventuel avec une personne infectée par le coronavirus lors de leur déplacement. Au delà de l'utilité concrète du dispositif, son déploiement sur le territoire national échoue à tracer un périmètre clair de ce qui est *recensé* (a), *cartographié* (b) et *conservé* (c) *dans le temps*. Dès lors, les conditions ne sont pas réunies pour que se développe un imaginaire commun, partagé par les citoyens, qui ferait de cette application, un outil au service de l'intérêt général.

(a) Un recensement sur la base de la volonté individuelle sans imaginaire collectif fédérateur

Les consignes permettant aux citoyens de s'approprier *StopCovid* n'offrent pas *a priori* une délimitation claire du périmètre de ses utilisateurs. En effet, son acquisition relève de l'engagement individuel. Destiné au territoire français, *StopCovid* est une application téléchargeable sur la base du volontariat. Cette condition sous-tend une conception contractuelle de la santé publique qui s'appuie sur la *volonté individuelle* de chaque membre du corps social. Le pari est risqué car l'efficacité de ce dispositif exige la conversion d'au moins 60 à 70% de la population à cet outil pour atteindre la masse critique suffisante à une prévention efficace de l'épidémie. En outre, le nombre

(5) Ces quatre champs de tension ont été proposés par A. Huet et G. Saez, *Le règne des loisirs*, Ed. de l'Aube, 2003 pour interroger les transformations du domaine des loisirs, et aujourd'hui, la structure des politiques culturelles. À paraître (2021) : G. Saez, *Les politiques culturelles des villes*, Documentation française.

(6) E. Hobsbawm, *Nations et nationalisme depuis 1780*, Gallimard, 1992, cité par F. Patez, *op. cit.*



important de transmissions pré-symptomatiques oblige à identifier très rapidement plus de 90% des contacts d'un patient infecté(7). Sa réussite repose ainsi sur l'idée d'une communauté de citoyens qui, dans leur majorité, agirait de façon éclairée, c'est-à-dire reconnaîtrait dans l'usage de *StopCovid*, un intérêt collectif. Si la note de l'OPECST du 11 avril souligne que les stratégies non pharmaceutiques définissent un levier essentiel dans la limitation de la propagation de l'épidémie(8), ce constat scientifique n'entraîne pas pour autant un changement dans les comportements collectifs. Aussi, la reconnaissance par les citoyens de *StopCovid* comme outil au service de l'intérêt général suppose un travail normatif et pas seulement argumentatif. Cela a été montré à travers l'analyse de l'adhésion collective à d'autres dispositifs publics comme celui des élections. Loin d'être mu par des intentions strictement rationnelles(9), l'acte de vote se rattache au sentiment de faire peuple ; il constitue un rappel historique de la démocratie. Les engagements individuels dans les dispositifs publics ne peuvent donc pas être ramenés aux seules considérations instrumentales et utilitaires(10). Ils résultent d'un travail normatif de longue haleine. Sur ce point, l'échec de *StopCovid* est retentissant puisqu'à la mi-juillet seulement un peu plus de 3% des Français avaient téléchargé l'application de traçage. Le principe de l'adhésion volontaire n'a pas fonctionné car le dispositif n'est pas perçu comme un acte civique, il ne mobilise pas l'histoire ni un imaginaire collectif fédérateur. Un contre-exemple dans le domaine de la santé publique : les controverses autour du caractère obligatoire de la vaccination montrent l'importance historique de ce biomédicament envisagé comme principe d'immunité collective(11).

(b) Une cartographie impossible sans mesures contraignantes

L'objectif de *StopCovid* est de dresser une cartographie des voies de contamination en reconstituant les interactions

(7) Goldstein G.-P., « Covid-19 : pour prendre de vitesse l'épidémie, il faudra du numérique et des enquêteurs sanitaires », *L'ADN – Innovation*, 27 avril 2020.

(8) Note OPECST – *Épidémie de COVID-19 : point sur les technologies d'information utilisées pour limiter la propagation de l'épidémie de COVID19*, validée le 11 avril 2020.

(9) Ainsi, le philosophe John Elster précise que la probabilité que son vote soit décisif est moins important que le risque de mourir d'un accident de voiture en se rendant aux urnes.

(10) Boudon R., « Le paradoxe du vote » et la théorie de la rationalité, *Revue Française de Sociologie*, XXXVIII, 1997, p. 217-227.

(11) Tournay V. et Pariente A., « Comprendre la défiance à l'égard de l'évaluation des risques médicamenteux. Au-delà des conflits d'intérêt », *Therapies*, Vol. 73, 4, 2018, p. 341-348.

entre les individus à partir du bluetooth(12) des téléphones portables. Cette visée pratique nécessite la mise en œuvre de procédures juridiques de sauvegarde de sécurité et de santé publique. Pour autant, le consentement à la collecte et au traitement des données individuelles n'est pas l'unique base légale existante dans la gestion de la pandémie(13). C'est ce que précise la directive ePrivacy qui autorise des suivis individualisés dans la perspective exclusive d'une analyse d'impact, et dans le respect des exigences générales de proportionnalité des informations collectées aux finalités du traitement escompté. Elle souligne, concernant les données de déplacement fondées sur la géolocalisation, qu'une loi spéciale ayant pour effet de restreindre les droits des individus en matière de consentement peut être envisagée dans une perspective de sauvegarde de la sécurité publique(14). Dans les faits, le gouvernement a fait le choix d'une application basée sur le volontariat dont l'objectif est précisé de la manière suivante(15) : il s'agit de *prévenir les personnes qui ont été à proximité d'une personne testée positive, afin que celles-ci puissent être prises en charge le plus tôt possible, le tout sans jamais sacrifier nos libertés individuelles*. L'identification des personnes ayant été potentiellement exposées est donc conditionnée par le téléchargement de l'application. La fracture numérique qui s'adresse à plus de 20% de la population française n'est pas prise en compte. En outre, le rapport de l'OPECST souligne que « *la proximité avec des personnes malades n'est qu'un déterminant très approximatif de la probabilité d'avoir été infecté* »(16). Le retrait du traçage par géolocalisation au profit de la technologie bluetooth prive ces outils de précieuses informations sur le contexte de la contagion (espace clos/ouvert, territorialisation géographique). Le choix de cette dernière présente l'intérêt d'être moins invasif sur le plan de la vie privée. Sans généralisation du *tracing*, ni possibilité d'isoler le lieu précis de contagion, la cartographie des zones pandémiques reste insatisfaisante.

Une conservation contradictoire des données : entre patrimonialisation et atteinte aux libertés individuelles.

Quels sont les usages acceptables des données personnelles capturées en contexte pandémique ? Comme le précise

(12) Il s'agit d'une technologie sans fil qui fonctionne à courte portée (de l'ordre d'une dizaine de mètres) permettant de détecter de qui vous avez été proche de façon prolongée.

(13) Note OPECST, *op. cit.*

(14) Article 15 directive e-Privacy.

(15) <https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/StopCovid>

(16) Note OPECST, *op. cit.*, p. 5.



la note Villani(17), l'accumulation d'informations sur les comportements de population est particulièrement utile pour concevoir des outils prédictifs de l'évolution d'infection. Si elle est profitable à la mise en place d'algorithmes anticipant différents devenirs possibles de la pandémie, le sort des données recueillies doit être interrogé une fois la crise sanitaire passée. Pour autant, la détermination, tant scientifique que politique, de la fin de ladite crise n'est pas toujours facile à établir. Cela peut être le cas si l'épidémie s'avère saisonnière, ou si le taux de létalité devient significativement faible. Dans ce contexte incertain, l'application *StopCovid* retrace l'historique des relations sociales sur plusieurs semaines. Concrètement, une liste de contacts est établie à partir de laquelle toutes les données personnelles enregistrées sont pseudonymisées. Il n'est plus possible d'attribuer les données relatives à une personne physique sans avoir recours à des informations supplémentaires(18). Néanmoins, la réversibilité de cette opération d'anonymisation interroge. Il en est de même concernant la collecte sur un temps long ou hors du contexte particulier d'un état d'urgence. Ces contextes renvoient à des logiques susceptibles d'attenter aux libertés publiques et aux droits fondamentaux. Dès lors, si elle est nécessaire pour retracer le fil de la pandémie, sa généalogie et son devenir, la conservation des données s'inscrit entre la patrimonialisation scientifique et la violation des libertés publiques. Dans quelle mesure les données recueillies sont-elles susceptibles d'être constituées en bien commun ?

L'APPLICATION STOPCOVID À L'ÉPREUVE DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

La mise en œuvre de l'application *StopCovid* alimente des champs de force politiques dont la stabilisation permet d'établir la démarcation formelle entre souveraineté nationale et société civile. La tension entre le local et le global constitue un premier champ de force très présent dans les politiques sanitaires. Elle suppose des coordinations fortes entre le recueil et les lieux de centralisation des données. La tension entre le public et le privé est un second champ de force qui interroge la démarcation entre les marchés produisant des algorithmes utilisés en épidémiologie et l'utilisation des données tant par la puissance publique que par les acteurs économiques. Un troisième champ de force porte sur la tension entre autonomie et hétéronomie qui se traduit par l'inscription de *StopCovid* dans un secteur délimité de l'action

(17) *Op. cit.*, p. 6.

(18) Voir le site de la CNIL : <https://www.cnil.fr/fr/lanonymisation-des-donnees-un-traitement-cle-pour-lopen-data>

publique. Enfin, la régulation du dispositif technique *StopCovid* relève d'une tension entre gouvernement et gouvernance, car elle fait intervenir des acteurs situés en dehors du champ étatique.

La tension entre le local et le global

L'articulation entre le niveau local de collecte des données et leur lecture globale passe par l'examen des flux, de leur chiffrement, et des centres de mutualisation et de stockage. Contrairement à plusieurs pays européens ayant adopté une approche décentralisée DP-3T mise en place par Google et Apple, l'application française repose sur un serveur central qui concentre l'ensemble des données passant par l'application, comme l'adresse IP des utilisateurs. La dépendance vis-à-vis de cet agencement centralisé pour ce qui relève de l'interprétation des données rend d'autant plus fondamentale leur sécurisation face aux compromissions intentionnelles (piratage) ou non (accident). Inversement, une architecture décentralisée basée sur le *peer to peer* (chaque usager intervenant à la fois comme client et comme serveur) fait davantage peser l'administration et la conservation des données sur les smartphones des utilisateurs. Cela évite de stocker les données récupérées par l'application sur un serveur central. La logique des États européens ayant adopté un modèle d'échange fondé sur une architecture décentralisée rend possible une traçabilité étendue à l'ensemble des territoires car le global n'est pas défini à partir des frontières de l'État nation. Ainsi, la technique de traçabilité retranscrit l'idée d'une circulation du virus basée sur des populations mobiles et des frontières poreuses. Le modèle français repose sur une conception classique du territoire national. Tandis que la commission européenne vient d'autoriser l'échange de données entre près d'une vingtaine d'applications nationales de traçage, la France et la Hongrie, en raison de leur architecture centralisée, ne peuvent rentrer dans ce consortium.

La tension entre public et privé

L'introduction du Bluetooth dans un dispositif de traçabilité pose un conflit de souveraineté technologique à plusieurs niveaux. Il est autant question de la conception et de la mise à jour des algorithmes ayant pour objectif d'identifier les « cas contacts », que de l'infrastructure générale du recueil des données. La répartition des tâches entre les services de l'État et les opérateurs privés détenant une expertise numérique n'est en rien évidente. L'enjeu est de taille : le rapprochement de Google et d'Apple concernant les systèmes de traçage ciblé de contacts entre les citoyens a conduit à établir des fonctionnalités partagées sur les smartphones Android et les iPhone. Il



est dorénavant possible de détecter les cas « de manière fluide, sécurisée et sans faux positifs »(19) via Bluetooth sur ces différents portables, avec la perspective d'intégrer ce suivi dans les applications de santé. En France, c'est également l'idée d'une ubérisation de l'État qui est combattue avec le choix d'une application administrée au niveau national malgré les obstacles techniques. Sa politique qui refuse que la gestion des identifiants soit confiée aux géants étrangers du numérique, la rend incompatible avec la régulation technique projetée au niveau européen. Pour Cédric O(20) « *C'est la mission de l'État que de protéger les Français : c'est donc à lui seul de définir la politique sanitaire, de décider de l'algorithme qui définit un cas contact, ou encore de l'architecture technologique qui protégera le mieux les données et les libertés publiques* ».

La tension entre autonomie et hétéronomie

Le pilotage d'un dispositif de tracking numérique dont l'objectif est d'anticiper les évolutions d'une situation de crise doit être cohérent avec le découpage sectoriel de l'action publique. En première intention, l'application *StopCovid* définit un rouage technique d'une politique de santé axée sur la lutte contre l'épidémie. Cette autonomie sectorielle est néanmoins relative car elle est en réalité inséparable du développement d'une stratégie numérique nationale. Les choix scientifiques et technologiques français, comme le rejet d'une dépendance aux plateformes globales des GAFAM, sont principalement des enjeux liés à la souveraineté numérique et à la constitution des données numériques comme « bien commun ». Plus encore, la mise en place d'un suivi technique individuel rencontre des préoccupations liées aux libertés publiques et à la sécurisation des données personnelles.

La tension entre gouvernement et gouvernance

L'uniformité du dispositif d'intervention public de traçage du Covid-19 est loin d'être garantie. Au-delà du problème posé par le principe d'une instance publique unique qui centraliserait toutes les données nationales collectées, l'enjeu porte sur les groupes et les institutions auxquels les citoyens sont susceptibles d'apporter leur confiance : tant au niveau de la protection de leurs données personnelles qu'à celui de l'efficacité sanitaire d'un tel dispositif. À travers la mise en œuvre de *StopCovid*, on assiste à la coexistence de deux cultures politiques : la conception

(19) <https://www.numerama.com/tech/617473-coronavirus-google-et-apple-sassocient-pour-faciliter-la-creation-dapplications-de-tracage.html>

(20) <https://www.numerama.com/politique/616687-application-StopCovid-de-pistage-des-malades-que-sait-on-du-projet-du-gouvernement.html>

française de la souveraineté numérique qui diffère de l'échelle européenne. Une vision centralisatrice, « top-down » de l'esprit public fait face à une action publique fondée sur la négociation, le réseau et la contractualisation avec des compagnies privées américaines. Il s'opère une reconfiguration radicale du rapport des citoyens à leurs données administratives qui ne sont plus nécessairement localisées sur le territoire des institutions publiques mais transmettent par des infrastructures physiques sans opérateurs en étant centrées sur l'utilisateur. Cette ubérisation de l'État, comme le décrivent Clément Bertholet et Laura Létourneau(21), a pour effet de définir la donnée à partir de l'usage qui en fait, plutôt que par l'autorité qui la gouverne(22). D'autres applications comme « Safety Check » de Facebook, permettant à ses utilisateurs de donner signe de vie en cas de catastrophes territoriales (séismes, attentats etc.) remplit en pratique une fonction régaliennes de sécurité. Un site gouvernemental destiné à cette collecte a mis la clef sous la porte. Aux yeux des citoyens, cette fonctionnalité, pourtant portée par un compagnie privée californienne, inspire davantage confiance que les services en ligne proposés par nos administrations publiques(23). La délimitation du périmètre de l'État et du régional est mise au défi avec la mise en œuvre d'une application telle que *StopCovid*.

CONCLUSION

La réponse technique face à l'incertitude sanitaire engendrée par la pandémie interroge le devenir des États-nations en accentuant l'intensité des oppositions dans les quatre champs de tension. Le choix des possibles quant au périmètre d'une souveraineté dite nationale, est multiple : bureaucratisation interne du numérique selon une logique de partenariat plus ou moins intégrée avec des acteurs privés, ou système de large gouvernance allant au-delà du périmètre des États-nations. Le processus, en France, et plus largement au niveau européen, n'est pas linéaire, et il est loin d'être achevé. La complexité des enjeux autour de la souveraineté nationale contraste avec la nécessité d'un équipement technique efficace qui soit susceptible de détecter les cas contacts plus vite que l'évolution de la pandémie elle-même. Dans cette difficile rencontre entre le politique et l'expertise technique, se joue la conception de la souveraineté nationale et l'idée même d'intérêt général. ■

(21) C. Bertholet et L. Létourneau, *Ubérisons l'État !*, Armand Colin, 2017.

(22) V. Tournay, « L'État ubérisé et l'intérêt général », *Pour la Science*, n°500, mai 2019.

(23) V. Tournay, *L'intelligence artificielle. Les enjeux politiques de l'amélioration des capacités humaines*, Ellipses, 2020.



STOPCOVID, UN NOUVEAU VIRUS POUR LA VIE PRIVÉE ?

STOPCOVID, A NEW VIRUS FOR PRIVACY?

Catherine BOURRILLON*

RÉSUMÉ

L'application numérique de suivi des contacts au Covid-19, *StopCovid*, a fait l'objet de nombreux avis controversés au regard de l'équilibre délicat qu'elle exige entre deux grands principes que sont la protection de la santé et le droit à la vie privée. Cette innovation, au-delà de sa licéité et de la nécessité de garanties pour le respect de la vie privée des personnes, invite à une réflexion sur l'opportunité du numérique en période de crise sanitaire.

MOTS-CLÉS

StopCovid, Traçage numérique, données de santé, cybersurveillance.

ABSTRACT

StopCovid, the digital application for Covid-19 contact tracing, has been subjected to many controversial opinions with regard to the delicate balance it needs between two major principles, ie the protection of health and the right to privacy. This innovation, beyond its lawfulness and the need for guarantees for the respect of individuals' privacy, invites reflection about the opportuneness of digital technology at a time of health crisis.

KEYWORDS

StopCovid, Digital tracing, Health data, Cyber surveillance.

* * *

* Doctorante au Centre de recherches juridiques de l'Université de Paris 8

« Élaborer un outil numérique de suivi épidémiologique est sans doute souhaitable, mais pas à n'importe quelle condition.(1) » Afin de prévenir un rebond épidémique post-confinement, un certain nombre de précautions sanitaires préventives (le port du masque, le maintien de mesures barrières) ou de détection et de suivi épidémiologique, visent à « protéger, tester et isoler(2) » la population. Pour garantir une surveillance épidémiologique personnalisée rapide et efficace, la France, sous l'impulsion européenne(3), a mis en place une application numérique de suivi des contacts sociaux des personnes dénommée *StopCovid*. Ses finalités sont d'identifier, d'informer et d'orienter les personnes ayant été en contact rapproché(4) les jours précédents avec un porteur du virus nouvellement déclaré(5).

Cet outil a été confié à Institut national de recherche en sciences et technologies du numérique, par le gouvernement(6). Installé sur les *smartphones*, il utilise, non pas la géolocalisation, mais le *Bluetooth* pour détecter les téléphones mobiles à proximité et mémoriser un

(1) Lemonde.fr, Cynthia Fleury : « Nous sommes entrés dans une ère de "bien(sur)veillance" », 29 avril 2020.

(2) Déclaration de M. Édouard Philippe, Premier ministre, sur la stratégie nationale de déconfinement à la suite de l'épidémie de Covid-19 à compter du 11 mai 2020, Assemblée nationale, prononcée le 28 avril 2020.

(3) Recommandation (UE) 2020/518 de la Commission du 8 avril 2020 concernant une boîte à outils commune au niveau de l'Union en vue de l'utilisation des technologies et des données pour lutter contre la crise de la Covid-19 et sortir de cette crise, notamment en ce qui concerne les applications mobiles et l'utilisation de données de mobilité anonymisées [C(2020) 2296 final], considérant 4.

(4) Arrêté du 30 mai 2020 définissant les critères de distance et de durée du contact au regard du risque de contamination par le virus du covid-19 pour le fonctionnement du traitement de données dénommé « StopCovid », NOR: SSAZ2013543A : « un contact à moins d'un mètre pendant au moins 15 minutes ».

(5) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « StopCovid », article 1, II.

(6) INRIA, L'équipe-projet StopCovid et l'écosystème des contributeurs se mobilisent pour développer une application mobile de contact tracing pour la France, 26 avril 2020.



historique d'identifiants de contacts pseudonymisés(7). Il s'avère plus respectueux de la vie privée(8). En cas de détection positive à la Covid-19 d'une personne déclarée dans l'application, l'historique de proximité est transmis à un serveur central, qui alerte alors les personnes ayant été en contact, qui peuvent s'isoler et se faire tester(9). *StopCovid* a ainsi vocation à freiner la diffusion de l'épidémie, en traçant et en notifiant l'exposition au virus. Si un tel outil numérique représente un intérêt certain en période de crise épidémique(10), son potentiel intrusif pose des questions inédites au regard des principes inhérents au droit à la vie privée et à la protection des données personnelles(11), comme en témoignent de nombreux avis émis(12). Ce dispositif sollicite, outre des données personnelles portant sur les contacts sociaux des utilisateurs, des données sur leur santé (statut virologique confirmé ou probant à la Covid-19(13)), dont le traitement constitue une ingérence dans la vie privée. Il doit par conséquent *a fortiori* respecter strictement le cadre légal de l'usage des données personnelles et de santé. Il lui faut par ailleurs présenter toutes les garanties nécessaires, en termes de droits des personnes sur leur données, compte-tenu de son effet intrusif pour la vie privée, générant des risques de surveillance des personnes, particulièrement concernant leur santé et de dévoilement des données recueillies(14). L'urgence et la peur ne sauraient justifier des atteintes disproportionnées

(7) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 2, 5°.

(8) Recommandation (UE) 2020/518 de la Commission du 8 avril 2020, préc., Article 16, 2.

(9) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 2, 6°.

(10) Conseil scientifique Covid-19, Avis n°6, Sortie progressive de confinement, prérequis et mesures phares, 20 avril 2020, p. 11. Communiqué de l'Académie nationale de médecine : l'utilisation de Smartphones pour le suivi du déconfinement du Covid-19 en France, 22 avril 2020.

(11) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données). Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(12) Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Avis sur le suivi numérique des personnes, 28 avril 2020 ; Le traçage anonyme, dangereux oxymore, Analyse de risques à destination des non-spécialistes, 21 avril 2020 ; Déclaration de Mise en garde contre les applications de traçage, 26 avril 2020, <https://attention-stopcovid.fr/> ; Comité National pilote d'éthique du numérique, Réflexions et points d'alerte sur les enjeux d'éthique du numérique en situation de crise sanitaire aiguë, Bulletin de veille n°1, 7 avril 2020.

(13) Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, préc., Considérant 35 et article 4, 15).

(14) Audition commission des lois Assemblée nationale, Propos liminaires de Madame Marie-Laure Denis, 8 avril 2020, p. 4.

à la vie privée, en particulier lorsqu'il est question du traitement de données sensibles.

Les restrictions à l'exercice des libertés et droits fondamentaux doivent par conséquent être justifiées et proportionnées aux risques courus. Elles doivent en outre être appropriées à la préservation d'un objectif d'intérêt général(15). Or la proportionnalité de l'atteinte à la vie privée par l'application numérique *StopCovid* fait l'objet de controverses (I), d'autant que les garanties apportées pour en limiter les risques demeurent incertaines (II).

I. LA PROPORTIONNALITÉ CONTROVERSÉE DE STOPCOVID EN MATIÈRE D'ATTEINTE À LA VIE PRIVÉE

Si la proportionnalité des mesures contraignantes pour la vie privée, induites par l'outil numérique *StopCovid*, doit s'évaluer au regard de la licéité du traitement des données (A), elle doit également l'être en considération de son efficacité attendue, qui reste incertaine (B).

A. La proportionnalité de *StopCovid* au regard de la licéité du traitement des données

Le traitement portant sur des données de santé est en principe interdit. Par exception, il est autorisé, si la personne concernée a donné son consentement ou si le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique(16). S'agissant de *StopCovid*, le maintien du volontariat dans son utilisation n'équivaut pas nécessairement à un consentement de la personne face aux risques de pressions et d'exclusion. Seule la mission d'intérêt général de protection de la santé constitue une base légale appropriée.

Le volontariat, assimilé à tort à un consentement

La nature étendue du volontariat dans le téléchargement et l'utilisation de l'application, inscrite dans le décret n° 2020-650 du 29 mai 2020(17), peut être apprécié comme un consentement valable au sens du règlement européen régissant les données à caractère personnel, s'il est libre, univoque et éclairé par une information

(15) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Article 52, 1. Recommandation (UE) 2020/518 de la Commission du 8 avril 2020, préc., considérant 23. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 préc., considérant 4.

(16) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016, préc., article 9.

(17) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 1^{er}, III.



suffisante(18). Ce dernier est ainsi conditionné par divers renseignements, permettant à la personne d'appréhender le fonctionnement, les enjeux et les limites de cet outil en termes de vie privée. Pourtant la complexité(19), la nature inédite, la mise à disposition parcellaire(20) et tardive(21) des informations de *StopCovid*, dans un contexte d'urgence, constituent indéniablement des freins à une utilisation éclairée, particulièrement pour les « illettrés du numérique. »(22)

En outre, les autorités, en associant le volontariat à « une lutte citoyenne contre la propagation du virus(23) », et en assimilant le refus de l'application à l'acceptation « de morts supplémentaires(24) », risquent d'engager des pressions sociales discutables portant atteinte à la liberté du consentement. Au surplus, des influences ou des orientations plus directes pourraient également se faire de la part de tiers dans les environnements familiaux, professionnels ou d'accès aux services(25). Aussi, si le maintien du volontariat pour l'utilisation de *StopCovid* tend à induire la confiance des personnes à l'égard de ce dispositif, il ne saurait être apprécié comme un véritable consentement à une utilisation proportionnelle de ses données.

La mission d'intérêt général de protection de la santé de l'application StopCovid, base légale proportionnée

L'identification précoce des cas, et l'alerte de leurs contacts, constituent des conditions nécessaires posées par le Conseil scientifique pour une sortie du

confinement imposée par la Covid-19(26). Le Conseil d'État considère que l'identification des personnes infectées par le virus ou susceptibles de l'être, présente incontestablement un objectif d'intérêt général(27), apprécié comme un fondement légal proportionné à la collecte et au traitement des données des personnes malades et de leur contact par l'application *StopCovid*(28). Pour y parvenir, l'utilisation du numérique offre potentiellement des bénéfices indéniables de détection virologique massive et précoce. Elle permet d'identifier et d'alerter plus rapidement les personnes susceptibles d'être contaminées, la Covid-19 n'étant pas décelable aux premiers stades de la contamination, voire indétectable chez les patients asymptomatiques(29).

Le recours au numérique complète ainsi les enquêtes sanitaires de terrain qui se heurtent à différentes limites humaines et de coûts, notamment pour identifier les cas contacts avec des inconnus (transports en communs, lieux urbains de grande affluence...). Il permet ainsi de limiter les chaînes de contamination. Si la légitimité du traçage numérique est fondée au regard de l'intérêt général de détection virologique, sa proportionnalité reste controversée en considération de son efficacité.

B. La controverse portant sur la proportionnalité de StopCovid en termes d'efficacité

L'efficacité de *StopCovid* pour la détection des cas de contamination est essentielle aux fins de justifier de sa proportionnalité à l'égard des atteintes à la vie privée. Or faute de recul suffisant, celle-ci ne peut-être avérée et demeure ainsi controversée.

L'absence de recul suffisant justifiant une efficacité avérée de l'application

Si différents travaux mettent en exergue l'application *StopCovid* comme un moyen permettant d'améliorer l'efficacité du contrôle sanitaire de l'épidémie(30), *in fine*, les bénéfices d'un tel traçage numérique demeurent

(18) Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, préc, Article 4, 11).

(19) Audition de Cédric O, secrétaire d'État chargé du numérique, Compte rendu n° 52, 9 avril 2020.

(20) CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020, portant avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid », point 57.

(21) Report des débats parlementaires prévu initialement à l'Assemblée nationale le 28 avril 2020 au 27 mai 2020 et vote consultatif sollicité par le parlement.

(22) BEVIERE-BOYER B., Pourquoi l'illettrisme ou illectronisme numérique constitue une faille du développement numérique en santé, notamment de l'application StopCovid ?, 8 juin 2020.

(23) INRIA, Le projet StopCovid, une solution numérique pour contribuer à la lutte citoyenne contre l'épidémie de Covid-19, 11 mai 2020.

(24) Medium.com, Cédric O, StopCovid ou encore ? 3 mai 2020.

(25) Comité National pilote d'éthique du numérique, Réflexions et points d'alerte sur les enjeux d'éthique du numérique en situation de crise sanitaire aiguë, Bulletin de veille n°1, 7 avril 2020, p. 11. Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Avis sur le suivi numérique des personnes, 28 avril 2020, p. 7.

(26) Conseil scientifique COVID-19, Avis n°6, 20 avril 2020, préc., Prérequis 3, p. 5.

(27) Conseil d'Etat, Avis sur un projet de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, adopté en Commission permanente dans sa séance du 1^{er} mai 2020, point 19.

(28) Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, préc. Articles 6.1.e) et 9.2.i). CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020, préc., point 15 et 16.

(29) Académie nationale de médecine, Communiqué du 22 avril 2020, préc.

(30) Conseil scientifique Covid-19, Avis n°6, préc., 20 avril 2020, p. 31.



incertains(31). Annoncé dès le 8 avril 2020 par le gouvernement(32), ce dispositif a été développé selon un calendrier d'urgence dicté par la nécessité du déconfinement. Aucun débat parlementaire n'a pu être engagé en amont(33). Le report, début juin, de sa mise en œuvre, a limité de fait son efficacité durant la période cruciale des premières semaines du déconfinement, commencée dès le 11 mai.

Alors que l'efficacité en termes de détection des applications de *tracing* n'a pas pu être évaluée(34) faute d'un recul suffisant, d'autres mesures sanitaires de prévention, telles le port du masque et les mesures barrières, se sont révélées avérées(35). L'application *StopCovid* a alors été appréciée par certains comme « une diversion(36) » ou une « substitution(37) » expérimentale et onéreuse(38), masquant les carences étatiques ayant généré la pénurie de masques ou de tests de dépistage(39). Si cette application numérique peut contribuer à la sécurisation sanitaire du déconfinement, elle ne peut s'avérer utile qu'en complément d'un plan sanitaire plus global(40), d'autant que son efficacité est discutée.

L'efficacité discutée de l'application en termes de détection virologique

L'utilité d'une application, même peu utilisée, n'est pas à écarter. Toutefois, son réel impact reste limité, en raison d'un nombre trop limité d'usagers y ayant accès, ce qui limite son recours massif indispensable pour être efficace à l'échelle nationale. Son opportunité se justifie si au moins 50 % des nouvelles infections

sont détectées(41). Or, le taux d'équipement dans les pays l'ayant déjà adopté reste en deçà d'un niveau jugé efficace(42). Par ailleurs, une majorité de Français s'y montrent défavorables(43). En outre, la fracture numérique, particulièrement chez la population âgée(44), la plus à risque, est susceptible d'engendrer une inégalité d'accès. De surcroît, l'automatisation de l'alerte ne permet pas une stratégie différenciée en fonction des publics (les mineurs, les personnes âgées) et des situations. Elle déshumanise la relation de soin.

Ainsi, l'attraction du « solutionniste technologique(45) » doit être envisagée avec prudence, d'autant que les modes de transmission du virus ne font l'objet d'aucun consensus (durée et distance du contact risquant la transmission du virus(46)). La précision limitée et non avérée de l'application *StopCovid* pour la mesure des distances entre les personnes(47) et la restriction d'accès au *Bluetooth* sur certains *smartphones*(48), risquent de produire des alertes erronées de contact à la Covid-19 (proximité protégée) ou, au contraire, de ne pas détecter des contacts (cas de transmissions par les surfaces), réduisant la fiabilité de l'alerte numérique(49). Le risque est alors d'accroître inutilement l'anxiété ou *a contrario* de donner un faux sentiment de sécurité. L'interopérabilité de l'application en Europe, indispensable pour son efficacité, semble également compromise(50). Il est en outre regrettable qu'aucune autorité indépendante n'ait pu mettre en place un contrôle régulier de

(31) Le traçage anonyme, dangereux oxymore, 21 avril 2020, p. 12.

(32) Dans un entretien du ministre de la Santé Olivier Véran et du secrétaire d'État au Numérique Cédric O au journal *Le Monde*.

(33) Report des débats parlementaires prévu initialement à l'Assemblée nationale le 28 avril 2020 au 27 mai 2020 et vote consultatif sollicité par le parlement.

(34) Recommandation (UE) 2020/518 de la Commission du 8 avril 2020, préc., considérant 12.

(35) Communiqué de l'Académie de médecine, Covid-19 : sortie du confinement, 5 avril 2020.

(36) Lemonde.fr, StopCovid est un projet désastreux piloté par des apprentis sorciers, 25 avril 2020.

(37) Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Avis sur le suivi numérique des personnes, 28 avril 2020 p. 13.

(38) Franceinter.fr, Coût et soupçon de favoritisme : l'appli StopCovid dans le collimateur d'Anticor, 11 juin 2020.

(39) GUILLAUD H., StopCovid : le double risque de « signose » et du glissement, 10 avril 2020.

(40) CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020 portant avis sur un projet d'application mobile dénommée « StopCovid », p. 8.

(41) Lemonde.fr, À la veille du déconfinement, des projections épidémiologiques globalement pessimistes, 7 mai 2020.

(42) Lemonde.fr, Coronavirus : en Europe, les applis de traçage divisent les Etats et ne convainquent pas les habitants, 14 mai 2020.

(43) FOUCAULT M., Opinions sur l'usage du téléphone portable en période de crise du coronavirus, Sciences Po CEVIPOF, 3 avril 2020.

(44) CREDOC, Baromètre du numérique 2019 : p. 31 et 32 : 23% de la population n'est pas équipée d'un smartphone, et seulement 44% des 70 ans le sont.

(45) CNIL, Délibération n° 2020-046 du 24 avril 2020, préc., p. 8.

(46) INRIA.fr, « Contact tracing » : Bruno Sportisse, PDG d'Inria, donne quelques éléments pour mieux comprendre les enjeux, 18 avril 2020.

(47) StopCovid, Avis du Conseil National du Numérique, 23 avril 2020, p. 17.

(48) Francetvinfo.fr, Application StopCovid : accouchée dans la douleur et déjà limitée, 30 mai 2020.

(49) Le traçage anonyme, dangereux oxymore, préc., Version du 21 avril 2020, p. 2.

(50) Audition Cédric O, Secrétaire d'Etat auprès du Ministre de l'économie et des finances et du Ministre de l'action et des comptes publics, chargé du numérique, commission des lois de l'Assemblée nationale, 26 mai 2020.



proportionnalité du dispositif au regard de son efficacité dans le temps, permettant le cas échéant son arrêt(51). Si l'atteinte à la vie privée par le traçage des contacts est assurément un impératif proportionné à la protection de la santé en période épidémique, l'adéquation et la nécessité du numérique pour y parvenir demeurent hypothétique, voire, pour certains, un obstacle potentiel au « processus médical humain(52) ». Ce, d'autant que les modalités de mise en œuvre de *StopCovid* présentent des garanties incertaines pour le respect du droit à la vie privée.

II. LES GARANTIES INCERTAINES DU DROIT À LA VIE PRIVÉE DE L'APPLICATION STOPCOVID

L'accès, la transmission, la traçabilité, la conservation et la limitation des données personnelles doivent s'exercer conformément aux exigences de respect des droits des personnes. Or, pour l'application *StopCovid*, ceux-ci restent insuffisamment garantis (A) d'autant que d'importants risques de mésusage des données personnelles existent (B).

A. Les droits des personnes sur leur données personnelles insuffisamment garantis

L'application *StopCovid* ne garantit que partiellement l'anonymat des personnes. Elle est source de limitation de leurs droits, ce qui suscite un vif débat.

La remise en question de l'anonymat des données, objet d'un vif débat.

L'application numérique est fondée sur des données pseudonymisées, temporaires, associées à un terminal, partagées avec un serveur central, sous la responsabilité de l'autorité publique de santé(53). Le choix d'identifiants pseudonymisés, plutôt que des données nominatives personnelles, est présenté comme l'instrument central permettant de garantir le respect de la vie privée et la protection des données. Toutefois, pseudonymat n'est pas assimilable à anonymat(54). La pseudonymisation

(51) Sénat, Covid-19 : deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, 29 avril 2020, p. 87. Comité National pilote d'éthique du numérique, Bulletin de veille n°1, préc., p. 12. CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020, préc., p.4.

(52) GIFFARD A., *StopCovid : Note à l'attention des membres du Conseil National du Numérique*, 23 avril 2020.

(53) Décret n°2020-650 du 29 mai 2020, préc., art. 1 et 2.

(54) Règlement (UE) 2016/679, préc., considérant 26, 28, 75. Groupe

est réversible, contrairement à l'anonymisation. Elle permet de réidentifier la personne à partir de données tierces(55). Les possibilités d'identification(56) sont nombreuses par le croisement de fichiers ou encore par l'adresse IP(57).

Par nature, le traçage de contact ne garantit pas l'anonymat(58). Le contournement de la pseudonymisation peut également être envisagé du côté des utilisateurs. Outre le déclenchement de fausse alerte, la surveillance individualisée de tierces personnes est susceptible de développer de la suspicion. Dans l'environnement personnel, professionnel ou à l'occasion de l'accès aux services publics et privés, l'exclusion d'une personne peut être opérée sur la base d'une donnée de santé(59). La pseudonymisation comporte ainsi des risques d'identification. Par ailleurs, elle rend délicat l'exercice des droits des personnes sur leurs données personnelles.

L'exercice délicat des droits des personnes sur leurs données personnelles

Les principes de minimisation des données(60)et de protection dès la conception(61) sont garantis par l'application *StopCovid*(62). En effet, la conservation des historiques de proximité, enregistrés dans le smartphone et dans le serveur central, est limitée dans le temps à quinze jours (période d'incubation du virus). Les données de diagnostic positif au virus (date de début des symptômes et QR-code délivré par un médecin(63))

de travail article 29 sur la protection des données, Avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation, 10 avril 2014 p.11 : « Les données pseudonymisées ne peuvent être assimilées à des informations anonymisées puisqu'elles continuent à permettre l'individualisation d'une personne concernée et la corrélation entre différents ensembles de données ».

(55) CNIL, L'anonymisation de données personnelles, 19 mai 2020, <https://www.cnil.fr/fr/anonymisation-de-donnees-personnelles>.

(56) Groupe de travail article 29 sur la protection des données, Avis 05/2014, préc., p. 11 : « l'identification ne désigne pas simplement la possibilité de retrouver le nom et/ou l'adresse d'une personne, mais inclut aussi la possibilité de l'identifier par un procédé d'individualisation, de corrélation ou d'inférence ».

(57) Le traçage anonyme, dangereux oxymore, 21 avril 2020, préc., p. 6.

(58) Règlement (UE) 2016/679, préc., considérant 26. La quadrature du net, La CNIL s'arrête à mi-chemin contre StopCovid, 27 avril 2020.

(59) Le traçage anonyme, dangereux oxymore, 21 avril 2020, préc., p. 7 et s.

(60) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 5.1.c).

(61) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 25.

(62) CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020, préc., p.6.

(63) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 6 : « Un QR-code ne comportant aucune information permettant d'identifier la personne concernée est généré aléatoirement puis apposé sur le résultat



sont supprimées après leur traitement(64). La durée de l'application est limitée à six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire(65). En revanche, la pseudonymisation rend impossible(66) l'exercice des droits d'accès(67), de rectification des données(68) et du droit à la revendication de limitation du traitement(69). L'exclusion de ces droits pourrait s'avérer dangereuse pour la vie privée, d'autant qu'il existe de véritables risques de réidentification. Au surplus, la pseudonymisation empêche la protection spécifique des mineurs(70), l'âge n'étant pas une condition requise pour le téléchargement de l'application. À ce titre, compte-tenu des risques engendrés en termes de sécurisation des données personnelles de ces derniers, une information spécifique devrait être mise en place en faveur des mineurs et de leurs parents. Plus généralement, le droit à l'information de l'ensemble des utilisateurs de l'application *StopCovid* devrait être amélioré(71).

En outre, le volontariat induisant la possibilité de cesser librement l'utilisation de l'application, et par conséquent le traitement des données personnelles, la CNIL a censuré l'exclusion des droits d'opposition(72) et d'effacement(73) des personnes sur leurs données, alors qu'ils étaient prévus dans l'analyse d'impact réalisée avant la mise en œuvre du dispositif(74). En effet, la possibilité de désinstallation de l'application, concrétise le droit d'opposition de la personne en permettant la suppression de la clé d'authentification partagée et celle de l'identifiant aléatoire permanent(75). Néanmoins, le sort des historiques des contacts reste à clarifier en cas

d'un examen de dépistage au virus du Covid -19 et envoyé à la personne ayant effectué le test de dépistage, en cas de résultat positif ».

(64) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 3 al. 5

(65) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 3.

(66) Article 4 du décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 préc. sur le fondement des articles 11 et 23, 1, i) du règlement (UE) 2016/679, préc.

(67) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 15.

(68) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 16.

(69) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 18.

(70) Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016, préc., article 8 et 12.

(71) CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020, préc, point 56 et 57 sur le fondement des articles 12 à 14 du règlement (UE) 2016/679, préc.

(72) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 21.

(73) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 17.

(74) CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020, préc, point 61 à 66.

(75) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 3 al. 2.

d'abandon par l'utilisateur de l'application pendant la période des quinze jours de leur conservation, tant en termes d'effacement que d'opposition au traitement. Les droits d'effacement et d'opposition ne semblent pas s'appliquer en l'absence de désinstallation de l'application. La mise en place d'un contrôle du déploiement et du fonctionnement de l'application, jugée comme une garantie nécessaire(76), n'a pourtant pas été envisagée par le décret qui se limite uniquement à un rapport public sur le fonctionnement de *StopCovid* dans les trente jours suivant son terme(77). La possibilité d'étendre le domaine d'intervention du Comité de contrôle et de liaison Covid-19, chargé d'évaluer le déploiement des systèmes d'information SI-DEP et Contact Covid, à *StopCovid* a opportunément été évoquée lors des débats parlementaires(78). Ce contrôle est d'autant plus nécessaire en termes de sécurisation des données qui s'avère incertaine et risquée.

B. La sécurisation incertaine des données présentant des risques pour la vie privée

Par le choix d'un système centralisé des données personnelles, leur sécurisation(79) demeure aléatoire. Elle ouvre la voie au suivi de contacts et au traçage des personnes, non seulement dans le domaine de la santé, mais plus largement à la surveillance des personnes par des acteurs publics ou privés.

Une sécurisation par le choix d'une solution Bluetooth centralisée ?

Afin de restreindre l'accès et le contrôle des données de contacts et de santé, le gouvernement a fait le choix d'un système centralisé *Bluetooth* (protocole ROBERT(80)). Le ministère de la Santé est responsable du traitement(81). Le serveur central stocke uniquement les identifiants pseudonymes des personnes exposées à la

(76) Assemblée nationale, Déclaration du Gouvernement relative aux innovations numériques dans la lutte contre l'épidémie de covid-19, suivie d'un débat et d'un vote, 27 mai 2020. CNIL, SI-DEP, Contact Covid et *StopCovid* : la CNIL lance sa campagne de contrôles, 4 juin 2020.

(77) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 5.

(78) Assemblée nationale, Déclaration du Gouvernement, 27 mai 2020, préc, Cédric O.

(79) Règlement (UE) 2016/679, préc., article 5, f)

(80) INRIA, Protocole ROBERT, Un protocole de suivi des contacts rapprochés, rigoureux et respectueux de la vie privée, <https://www.inria.fr/sites/default/files/2020-04/Présentation%20du%20protocole%20Robert.pdf>

(81) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 1.



maladie et non ceux des personnes contaminées(82). La version décentralisée, proposée par les GAFAM Apple et Google, a été rejetée au nom de la souveraineté numérique. Ce choix témoigne plus du « caractère oligopolistique du marché des OS(83) » que d'une réelle volonté de protection de la vie privée(84). En effet, l'activation permanente du *Bluetooth*, requise pour une efficacité optimale, permet une localisation de l'utilisateur et une reconstitution des historiques des identifiants de contact(85). Les systèmes d'exploitation mobile limitent par conséquent volontairement l'accès au *Bluetooth*(86), d'autant qu'il engendre des risques d'identification des *smartphones*, d'accès aux données, et, plus largement, de piratage ou de vol des données du téléphone(87). En outre le choix d'un serveur centralisé, permettant les échanges de données peut engendrer une vulnérabilité en termes de sécurisation de celles-ci(88) en particulier un risque de détournement.

Les risques d'un détournement des finalités des données de l'application StopCovid

Si les finalités du traitement sont explicitement limitées dans le premier article du décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, le risque est que l'État(89) prenne l'initiative de les étendre pour des objectifs notamment de santé publique (par exemple suivi du non-respect de la quarantaine des malades isolés(90)), facilité par le croisement des données avec les systèmes d'information étatiques SI-DEP et Contact Covid(91). Est ainsi mise en avant

(82) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 3.

(83) Cédric O, <https://www.futura-sciences.com/tech/actualites/smartphone-application-stopcovid-vise-2-juin-son-lancement-80247/>

(84) FORTEZA P, Assemblée nationale, Déclaration du Gouvernement relative aux innovations numériques dans la lutte contre l'épidémie de covid-19, suivie d'un débat et d'un vote, 27 mai 2020.

(85) Le traçage anonyme, dangereux oxymore, préc., 21 avril 2020.

(86) Déclaration de Mise en garde contre les applications de traçage, 26 avril 2020, préc.

(87) Le traçage anonyme, dangereux oxymore, préc., p. 10.

(88) Sénat, Covid-19 : deuxième rapport d'étape sur la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire, 29 avril 2020, p. 17.

(89) StopCovid, Avis du Conseil National du Numérique, 23 avril 2020, p. 18. Comité National pilote d'éthique du numérique, Bulletin de veille n°1, 7 avril 2020, préc., p. 13.

(90) Proposition de loi visant à la création d'une application permettant d'établir et d'informer quant aux déplacements d'une personne contaminée lors d'une crise épидémique majeure, n° 2800, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 7 avril 2020.

(91) Comité National pilote d'éthique du numérique, Enjeux d'éthique concernant des outils numériques pour le déconfinement, 14 mai 2020.

la menace d'un « *Big Data* épidémiologique(92) » de surveillance étatique, dépassant la finalité originelle de détection épidémiologique de cas contact(93). Cette hypothèse pourrait être particulièrement légitimée en situation d'état d'urgence sanitaire à l'occasion d'une reconduction de mesures exceptionnelles au-delà du temps nécessaire, voire, ce qui est plus discutable, une intégration dans le droit commun(94). En effet, l'intérêt légitime de l'application, fondée sur la santé publique, ne doit pas induire un précédent banalisant par « un effet cliquet » une surveillance étatique renforcée des personnes pour d'autres finalités(95).

En outre, *StopCovid* constitue une opportunité attractive d'usage des données comportant un risque d'attaques malveillantes(96) et de dérives potentielles d'exploitation(97) par une multiplicité d'acteurs privés (les systèmes d'exploitation des téléphones portables, les fournisseurs d'accès Internet(98), les entreprises d'analyse de données(99), et, plus généralement, les GAFAM, ou par des pays(100)). Cette menace est d'autant plus exacerbée que ces acteurs intensifient la collecte des données de toute natures relatifs à la Covid-19(101). Dans ce sens, au Qatar, une faille de sécurité dans l'application de *contact tracing* à la Covid-19, a permis aux cyberattaquants d'avoir accès aux données sensibles

(92) GIFFARD A., *StopCovid : Note à l'attention des membres du Conseil National du Numérique*, préc.

(93) GUILLAUD H., *StopCovid : le double risque de « signose » et du glissement ?*, préc. Voir Conseil d'État, n° s 440442, 440445, 18 mai 2020, Surveillance par drones.

(94) Audition Assemblée nationale Marie-Laure Denis, 8 avril 2020, p. préc., p. 7.

(95) Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, Avis sur le suivi numérique des personnes, préc., p. 11 et s. Comité National pilote d'éthique du numérique, Bulletin de veille n°1, préc., p. 11

(96) GAVANON I., *Les cyberattaques à l'heure du coronavirus*, Dalloz actu., 28 mars 2020 : « l'Agence nationale de sécurité des systèmes d'information (ANSSI) a traité dix-huit incidents liés à des rançongiciels dans la santé en 2019, ce qui en fait le secteur le plus visé, selon un rapport du centre gouvernemental de veille, d'alerte et de réponse aux attaques informatiques (CERT-FR).

(97) Groupe de travail article 29 sur la protection des données, Avis 05/2014, préc., p. 24 « il peut se révéler aussi facile d'identifier un individu dans un ensemble de données pseudonymisés qu'à partir des données originales ».

(98) Déclaration de Mise en garde contre les applications de traçage, 26 avril 2020, préc.

(99) Le traçage anonyme, dangereux oxymore, préc., p. 11.

(100) Usine-digitale.fr, *Les Etats-Unis accusent la Chine de lorgner sur sa recherche médicale contre le Covid-19*, 14 mai 2020.

(101) COURMONT A., *Coronoptiques : des modèles épidémiologiques au contact tracing, rendre visible la contagion*, 10 avril 2020.



d'un million de personnes(102). La privatisation de la conception de l'outil, du traitement et du stockage des données(103) accentue ce risque de détournement des données et de leur finalité, permettant d'obtenir des informations précises sur les personnes, tel le graphe social d'un utilisateur(104). Elle est susceptible de porter de graves atteintes en termes de vie privée, ce qui est particulièrement préoccupant, d'autant que la protection des données personnelles est rattachée aux fonctions régaliennes. À cet égard, le recours à un *Captcha* (Test automatisé pour différencier les ordinateurs des humains), fourni par un tiers, est susceptible de tracer et transmettre des données en dehors de l'Union européenne(105). La création d'un outil numérique

d'autosurveillance sanitaire volontaire(106), telle que l'application *StopCovid*, sous contrôle de l'État, présente par conséquent d'importantes et nombreuses fragilités pour la vie privée des personnes et la sécurité de leurs données. Elle ne s'avère pas en l'état satisfaisante et nécessiterait d'être consolidée en vue de la protection des droits des utilisateurs à l'égard de leur vie privée et de leurs données personnelles.

En fait, le choix entre la centralisation des données auprès d'une entité privée pilotée par des intérêts économiques ou auprès d'un État issu d'un processus démocratique, n'est pas exclusif. Une autre alternative existe : celle d'une gouvernance(107) permanente, indépendante et transparente garantissant une protection et une gestion de ces données. En effet, la crise majeure sans précédent de la Covid-19 ne saurait remettre en cause la protection des citoyens, d'autant que le développement des applications numériques est exponentiel et que le traçage, sous toutes ses formes, se déploie mettant en cause de plus en plus la liberté qui ne saurait se réduire comme une « peau de chagrin ». ■

(102) Amnesty International, Qatar : une faille dans l'application de traçage contre le Covid-19 a exposé les données de plus d'un million d'utilisateurs, 29 mai 2020 : comme le nom, le numéro de la carte d'identité, le statut médical et les données de localisation.

(103) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020, préc., article 2, III. Voir aussi la liste des contributeurs sur <https://inria.fr/fr/stopcovid>.

(104) Déclaration de mise en garde contre les applications de traçage, préc.

(105) CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020, préc., point 77.

(106) PAILLER L., *StopCovid : la santé publique au prix de nos libertés ?*, Dalloz, 2020. 935.

(107) Recommandation (UE) 2020/518 de la Commission du 8 avril 2020, préc., Considérant 18.



L'ÉMERGENCE DES OUTILS NUMÉRIQUES DANS LE CONTEXTE D'ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE. ENJEUX ET CONDITIONS D'APPLICATION FACE AU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE*

*DIGITAL TOOLS AND PUBLIC HEALTH EMERGENCY.
ISSUES AND CONDITIONS OF APPLICATION WITH REGARD
TO THE RIGHT TO PRIVACY*

Alejandra DELFIN ROSSARO^{1,3,4,5} et Emmanuelle RIAL-SEBBAG^{2,3,4,5,6}

RÉSUMÉ

A la fin de l'année 2019, nous apprenions qu'une nouvelle maladie faisait son apparition dans le monde. Le premier cas positif de la maladie à coronavirus 2019 (Covid-19), provoquée par le virus SARS-CoV-2, a été repéré en Chine, dans la ville de Wuhan. La découverte et la rapidité de sa propagation à l'échelle mondiale a mené l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) à déclarer, le 30 janvier 2020, l'état d'urgence de santé

publique de portée internationale et l'état de pandémie en mars. Plusieurs pays, dont la France, ont également opté pour déclarer l'état d'urgence sanitaire afin de mettre en place des mesures exceptionnelles pour lutter contre sa diffusion. En France, et plus particulièrement dans le contexte du déconfinement, des outils numériques de suivi et de lutte contre la propagation du virus ont été déployés tels que les nouveaux systèmes d'information « Contact Covid » et « SI-DEP » ainsi que l'application mobile « StopCovid ». Si ces outils permettent un meilleur suivi de l'évolution de la maladie, ils peuvent porter atteinte au droit à la vie privée des personnes. Des conditions d'application doivent donc être respectées afin de limiter autant que possible les impacts négatifs de ces mesures d'exception sur les libertés fondamentales des individus.

* Les auteurs remercient Mesdames Anastasia Constantin et Sandra Le Tirant pour leurs précieux commentaires et leurs contributions durant la rédaction de cet article.

¹ Juriste en droit du numérique. Ingénierie d'études
Adresse : Faculté de médecine de Purpan – INSERM,
37 Allées Jules Guesde, Bâtiment E, 2e étage, 31062 Toulouse Cedex 9,
alejandra.delfin-rossaro@univ-tlse3.fr

² Juriste. Docteur en droit de la santé. Directrice de Recherche INSERM.
³ INSERM, UMR 1027, Equipe BIOETHICS (Bioethics Exploring Trajectories of Health Innovations Challenging Society), Toulouse, France.

⁴ Université Toulouse III – Paul Sabatier, UMR 1027, Toulouse, France.
⁵ Chaire UNESCO, Ethique, Science et Société, Université Fédérale de Toulouse (UFT), Toulouse, France.

⁶ Plateforme Ethique et Biosciences (Genotoul Societal), GIS Genotoul, Toulouse, France.

MOTS-CLÉS

Covid-19, Etat d'urgence sanitaire, Données personnelles, Données de santé, Libertés publiques, Vie privée, Traçage numérique, Systèmes d'information.



ABSTRACT

At the end of 2019, we learned that a new disease was appearing in the world. The first positive case of coronavirus 2019 (Covid-19), caused by the SARS-CoV-2 virus, was detected in November 2019 in the city of Wuhan in China. The discovery and the speed of its global spread led the World Health Organization (WHO) to declare an international public health emergency on the 30th of January 2020 and a pandemic in March of 2020. Several countries, including France, declared a public health emergency in order to put in place exceptional measures to fight against the spread of Covid-19. In France, specifically in the context of deconfinement, digital tools for monitoring and combating the spread of the virus were deployed; these included "Contact Covid" and "SI-DEP" information systems and the "StopCovid" mobile application. While these tools have allowed better monitoring of the evolution of the disease, they may infringe on people's right to privacy. As such, the conditions of the use of these applications must be respected in order to limit as much as possible the negative impact of these exceptional measures on the fundamental freedoms of individuals.

KEYWORDS

Covid-19, Public health emergency, Personal data, Health data, Fundamental freedoms, Right to privacy, Digital tracing, Information systems.

* * *

INTRODUCTION

Le virus SARS-CoV-2 (Coronavirus 2 du syndrome respiratoire aigu sévère)(1) a été signalé pour la première fois à Wuhan (province de Hubei, Chine) le 31 décembre 2019(2). Il est à l'origine de la maladie à coronavirus 2019 (ou Covid-19). La maladie s'étant rapidement propagée dans le monde, l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) a déclaré le 30 janvier 2020 l'état d'urgence de santé publique de portée internationale, et le 11 mars 2020 a qualifiée ladite maladie de « pandémie ».

(1) Organisation Mondiale de la Santé, "Appellation de la maladie à coronavirus 2019 (COVID-19) et du virus qui la cause", [https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it).

(2) Source : OMS, <https://www.who.int/fr/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>

Des nombreux pays ont aussi opté pour déclarer l'état d'urgence sanitaire afin de mettre en place des mesures d'exception telles que la fermeture des frontières, la suspension des déplacements internationaux, l'annulation d'évènements sportifs et de spectacles culturels, et la limitation voire l'interdiction de déplacements non essentiels. Tel est le cas de la France où la loi du 3 avril 1955 prévoit que « l'état d'urgence peut être déclaré (...) soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »(3). L'état d'urgence sanitaire, quant à lui, « peut être déclaré (...) en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population »(4). L'état d'urgence sanitaire a été ainsi déclaré le 23 mars 2020(5), et prorogé le 11 mai 2020(6) jusqu'au 10 juillet 2020.

Dans ce cadre, plusieurs mesures exceptionnelles ont été mises en place impactant les droits et libertés des individus. L'article L. 3131-15 du Code de la santé publique (CSP), introduit par ladite loi du 23 mars 2020, habilité le Premier ministre à mettre en place de mesures orientées, par exemple, à restreindre ou à interdire la circulation des personnes et des véhicules, à mettre en place un confinement ou un isolement, à ordonner la fermeture provisoire des établissements recevant du public et des lieux de réunion, à limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique, à ordonner la réquisition de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire, ou encore à limiter la liberté d'entreprendre.

De ce fait, les libertés d'entreprendre, d'aller et venir, de manifester, et le droit au respect de la vie privée, entre autres, se sont vu restreints au nom de l'état d'urgence sanitaire. Plus particulièrement dans le contexte du déconfinement entamé le 11 mai, des outils numériques orientés sur le suivi de l'évolution de la maladie ont été déployés par le Gouvernement, tels que l'application de traçage numérique « StopCovid » et les systèmes d'information « SI-DEP » et « Contact Covid ».

Ces outils, liés notamment aux technologies de traçage numérique, présentent plusieurs avantages : ils assurent un meilleur suivi de l'évolution de la maladie et permettent de prévenir plus rapidement les personnes concernées à une possible exposition au virus

(3) Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, art. 1.

(4) Article L. 3131-12 CSP.

(5) Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

(6) Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.



(I). Cependant, ils peuvent mettre en péril l'exercice du droit au respect de la vie privée et de la protection des données personnelles par le fait de collecter des données personnelles, notamment sur l'état de santé de la personne concernée pour qu'ils puissent fonctionner, et de permettre un suivi non seulement de la maladie mais également de la personne malade et de celles qui auraient pu être en contact avec cette dernière(7). Le recours à ces technologies doit en conséquence être encadré et respecter certains standards et conditions d'application afin de réduire au minimum l'impact sur les droits et libertés des personnes concernées (II).

I. L'ÉMERGENCE DES OUTILS NUMÉRIQUES DANS LE CONTEXTE D'URGENCE SANITAIRE

Afin de mieux répondre à la rapide propagation du coronavirus Covid-19, plusieurs outils numériques – à l'efficacité et à l'impact variables sur les droits et libertés des personnes – ont été déployés et utilisés par les Etats touchés par l'épidémie. Ces outils s'inscrivent dans une stratégie globale de gestion de crise sanitaire et de suivi épidémiologique et sont destinés à ralentir la diffusion du virus et à casser sa propagation. Nous pouvons citer l'analyse de données de géolocalisation anonymisées sur les déplacements des personnes(8), les sites internet et *chatbots* [par exemple, en France, avec Allocovid(9)], la délivrance des passeports d'immunité (document avec un code QR attestant de l'état de santé de la personne (saine, infectée, remise/immunisée contre la maladie), l'installation des caméras infrarouges pour le dépistage automatique par prise de température corporelle, et des applications mobiles de *contact tracing* destinées au traçage des personnes malades et de leurs contacts afin de casser la chaîne de contamination et ainsi freiner la propagation de la maladie.

Dans le contexte du déconfinement de la population programmé à partir du 11 mai 2020, le Gouvernement français a opté pour la mise en place des dispositifs numériques tendant à suivre l'évolution de la maladie et les chaînes de transmission et à gérer au mieux la période de déconfinement. C'est le cas des systèmes d'information « SI-DEP » et « Contact-Covid » et de l'application mobile « StopCovid ».

(7) Bruno Py, « De la surveillance des maladies à la surveillance des malades », Dalloz actualité, 27 Mai 2020.

(8) Martin Untersinger, « Coronavirus : la Commission européenne réclame des données d'opérateurs téléphoniques pour évaluer l'effet des mesures de confinement », *Le monde*, section Pixels, 25 mars 2020.

(9) <https://www.allocovid.com/>

Les systèmes d'information « SI-DEP » et « Contact-Covid » ont été créés à l'occasion de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire(10). L'article 11 de la loi du 11 mai 2020 déroge à l'article L. 1110-4 du CSP(11) et organise les conditions dans lesquelles les données médicales des personnes atteintes de la maladie de Covid-19 et de celles ayant été en contact avec ces dernières peuvent être partagées entre certains professionnels chargés de traiter les chaînes de contamination.

Ces systèmes ont pour objectif :

- L'identification des personnes infectées par le Covid-19, par la prescription et la réalisation d'examens de biologie ou d'imagerie médicale pertinents ainsi que par la collecte de leurs résultats, y compris ceux qui sont négatifs ;
- L'identification des personnes présentant un risque d'infection, par la collecte des informations relatives aux contacts des personnes infectées et, le cas échéant, par la réalisation d'enquêtes sanitaires, en présence notamment de cas groupés ;
- L'orientation des personnes infectées et des personnes susceptibles de l'être, vers des prescriptions médicales d'isolement prophylactiques, ainsi que l'accompagnement de ces personnes pendant et après la fin de ces mesures ;
- La surveillance épidémiologique nationale et locale, ainsi que la recherche sur le virus et les moyens de lutter contre sa propagation.

L'application mobile « StopCovid », de son côté, a été créé par le décret du 29 mai 2020 et mise à disposition du public le 2 juin 2020. Celle-ci a pour finalités(12) :

- D'informer les personnes utilisatrices de l'application qu'il existe un risque qu'elles aient été contaminées par le virus du Covid-19 en raison du fait qu'elles se sont trouvées à proximité d'un autre utilisateur de cette application ayant été diagnostiqué positif à cette pathologie ;
- De sensibiliser les personnes utilisatrices de l'application sur les symptômes du virus, les gestes barrières et la conduite à adopter pour lutter contre sa propagation ;
- De recommander aux contacts à risque de contamination de s'orienter vers les acteurs de santé compétents ;
- D'adapter, le cas échéant, la définition des paramètres de l'application permettant d'identifier les contacts

(10) Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, Chapitre II.

(11) En ce qui concerne le respect du secret médical.

(12) Décret n° 2020-650 du 29 mai 2020 relatif au traitement de données dénommé « StopCovid », art. 1.



à risque de contamination grâce à l'utilisation de données statistiques anonymes, au niveau national.

Il est important de souligner que le gouvernement français a suivi les préconisations du Comité Européen de la Protection des Données (EDPB) et de son avis du 21 avril 2020⁽¹³⁾ à propos du développement d'une telle application sur la base du volontariat. Dans « StopCovid », le volontariat se matérialise dans toutes les composantes du dispositif : le téléchargement, l'activation de la communication par Bluetooth, l'envoi des alertes aux cas contacts identifiés (si l'utilisateur est diagnostiqué ou testé positif, celui-ci est libre de notifier ou non ce résultat dans l'application et de transmettre au serveur l'historique de proximité), la mise en contact avec un médecin traitant et/ou la réalisation du dépistage suite à la réception d'une alerte ainsi que sa désactivation et sa désinstallation qui peuvent être faites à tout moment par l'utilisateur.

La maladie au Covid-19 présente des particularités qui diminuent l'efficacité des outils traditionnels de suivi des maladies utilisés pour d'autres maladies infectieuses. Malgré les recherches scientifiques, nous ne connaissons pas encore ses caractéristiques à 100% (les moyens de transmissibilité, le temps de résistance dans les différentes surfaces, ou tous les symptômes que les personnes malades peuvent présenter), mais nous savons que cette pathologie est rapidement transmissible et qu'elle peut se transmettre par la personne même en étant asymptomatique (période qui peut durer jusqu'à 15 jours). Les outils numériques – combinés avec d'autres mesures de prévention et de détection de la maladie – présentent plusieurs avantages dès lors qu'ils complètent le suivi et ne remplacent pas les méthodes traditionnelles de suivi des maladies infectieuses. Face à une maladie rapidement transmissible, ils peuvent signifier un gain de temps pour contrôler les avancées des cas de contaminations (ex. via le raccourcissement de la durée des entretiens pour identifier les cas contacts et/ou pour obtenir les coordonnées du contact, ou la détection rapide des symptômes comme la fièvre par le biais de l'utilisation de caméras infrarouges) et une accélération du processus d'identification/notification de cas suspects.

Si ces outils numériques représentent une opportunité pour contrôler plus efficacement la maladie, des questions se posent quant au droit au respect de la vie privée. Un encadrement adéquat du recours à de tels outils doit être mis en place afin d'éviter toute dérive pouvant impacter négativement ce droit fondamental.

(13) EDPB, *Guidelines 04/2020 on the use of location data and contact tracing tools in the context of COVID-19 outbreak*, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_en.pdf

II. LES ENJEUX ÉTHIQUES ET JURIDIQUES VIS-À-VIS DE LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE

ALEJANDRA DELFIN ROSSARO

Si la déclaration d'état d'urgence habilite le Gouvernement à mettre en place des mesures exceptionnelles pouvant limiter les droits et libertés fondamentaux, cette restriction doit être justifiée. La loi française encadrant l'état d'urgence sanitaire prévoit que les mesures doivent être « strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu »⁽¹⁴⁾ devant y mettre fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. Elles doivent en outre être prises durant ledit état d'urgence sanitaire, et « aux seules fins de garantir la santé publique »⁽¹⁵⁾. Des conditions pour la mise en place des mesures restrictives des droits et libertés fondamentaux sont également prévues dans le droit européen et international. A titre d'exemple, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies indiquent que les droits peuvent être restreints pour prévenir la propagation des maladies infectieuses⁽¹⁶⁾.

Les dispositifs numériques d'identification et de suivi des maladies et des malades varient en fonction de la finalité du traitement et peuvent inclure le traitement, en temps réel, des données personnelles et de santé telles que les déplacements, les croisements avec d'autres personnes, les symptômes, l'état de santé et le diagnostic positif de la maladie. Pas suffisamment encadrés ou avec un encadrement inexistant, ils peuvent provoquer l'effet contraire à celui recherché : ils peuvent exacerber des problèmes comme la panique sociale, la discrimination et la stigmatisation des personnes concernées, ainsi que l'érosion de la confiance au Gouvernement et à la santé publique, et les inégalités⁽¹⁷⁾ ; cela sans oublier les risques d'une utilisation détournée des données personnelles et de santé sur la vie privée de la personne concernée. Il a été signalé, à propos du recours au traçage numérique pour lutter contre l'épidémie, qu'une telle méthode « a d'énormes conséquences sur la vie privée et nécessitera une réglementation rigoureuse

(14) Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence, *ob. cit.*, art. 2.

(15) Idem.

(16) CEDH, Art. 8 ; PIDCP, arts. 12 al. 3, 18 al. 3, entre autres.

(17) La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) alerte à ce sujet que « Les mesures de suivi individuel ou collectif, afin de limiter la propagation d'une épidémie, pourraient induire des risques de discriminations/stigmatisations en ciblant : certaines zones territoriales, certaines populations, certaines personnes identifiées comme porteuses du virus ». CNCDH, *Avis sur le suivi numérique des personnes*, 28 avril 2020, p. 12.



pour garantir le respect des droits de l'homme et de l'État de droit »(18).

Face à de tels risques et au caractère exceptionnel de toute déclaration d'état d'urgence, de nombreuses institutions, dont le Groupe européen sur l'éthique dans les sciences et les Nouvelles technologies(19) et l'EDPB, en Europe, ou la CNIL et la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) en France, ont signalé que la limitation des droits et libertés devaient respecter les standards de (1) Nécessité, pour atteindre un objectif spécifique de santé publique ; (2) Proportionnalité, vis-à-vis de la menace de santé publique ; (3) Efficacité pour répondre à la menace ; et (4) Limitation dans le temps.

Nécessité. Il doit être nécessaire de mettre en place ce type de traitements pour répondre à la situation de crise sanitaire. Dans ce cas, le développement et le recours à ces outils numériques doit correspondre au besoin de mieux contenir l'avancée de l'épidémie voire même de casser la chaîne de transmission du virus. Si la maladie a une période d'incubation qui peut durer jusqu'à 15 jours, permettant une propagation rapide et silencieuse du virus, il est essentiel d'identifier et de prévenir les personnes au plus vite pour qu'elles se fassent tester et/ou s'isolent. Ces outils numériques peuvent limiter la propagation de la maladie et casser la chaîne de transmission et pourraient, éventuellement, accélérer la fin de la pandémie. Dans ce cadre, la restriction temporaire de certains droits et libertés peut être éthiquement justifiée(20), tel que souligné par le Contrôleur Européen de la Protection des Données (CEPD) dans sa déclaration du 6 avril 2020(21).

Proportionnalité. Si les outils numériques peuvent impacter sur la vie privée, cette atteinte doit être proportionnelle à l'intérêt public poursuivi. En France, le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 11 mai 2020, signale qu'« il résulte du droit au respect de la vie privée que la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de

données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif. Lorsque sont en cause des données à caractère personnel de nature médicale, une particulière vigilance doit être observée dans la conduite de ces opérations et la détermination de leurs modalités »(22). A propos de la création des systèmes d'information « SI-DEP » et « ContactCovid », le Conseil Constitutionnel reconnaît que ces outils portent atteinte au droit au respect de la vie privée(23), mais il valide la constitutionnalité d'une telle création car : (1) l'objectif de valeur constitutionnelle de « protection de la santé » prévaut sur la vie privée ; (2) les données personnelles et de santé sont limitées et strictement nécessaires pour atteindre les finalités des traitements créés(24) ; et (3) les personnes susceptibles d'avoir accès à ces données à caractère personnel ont un rôle lié aux démarches à entreprendre pour organiser la collecte des informations nécessaires à la lutte contre le développement de l'épidémie(25).

En ce sens, la CNIL signale que l'atteinte portée à la vie privée par ces traitements n'est admissible que si cette politique constitue la réponse appropriée pour ralentir la propagation de l'épidémie. Elle précise que « la lutte contre cette épidémie, qui relève de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé, constitue un impératif majeur de nature à justifier, dans certaines conditions, des atteintes transitoires au droit à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel (...) les protections constitutionnelle et conventionnelle du droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, assises notamment sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, imposent que les atteintes portées à ces droits par les autorités publiques soient non seulement justifiées par un motif d'intérêt général, comme cela est le cas en l'espèce, mais soient également nécessaires et proportionnées à la réalisation de cet objectif »(26).

(18) Council of Europe, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis. A toolkit for member states*, SG/Inf(2020)11, 7 avril 2020.

(19) GEE, *Déclaration sur la solidarité européenne et la protection des droits fondamentaux dans la pandémie de COVID-19*, avril 2020, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/gee/ec_rtd_eee-statement-covid-19-fr.pdf

(20) De la même manière, ne pas utiliser de tels outils peut se révéler non-éthique. V. Jessica Morley, Josh Cowls, Mariarosaria Taddeo, Luciano Floridi, "Ethical guidelines for SARS-CoV-2 Digital Tracking and Tracing Systems" (April 22, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3582550>

(21) Dans sa déclaration du 6 avril 2020, le CEDP s'interrogeait sur le devoir de se servir des nouvelles technologies pour mieux lutter contre la propagation de l'épidémie (CEDP, *Statement on digital solidarity*).

(22) Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 sur la Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions (Non-conformité partielle – réserve), Considérant 61.

(23) Considérant 62.

(24) Considérant 66.

(25) Il faut noter, concernant l'accès aux données, que le Conseil Constitutionnel établit, par contre, que la consultation et la transmission des données aux organismes qui assurent l'accompagnement social des intéressés sans demander le consentement de ces derniers est contraire à la Constitution dès lors que ledit accompagnement ne relève pas directement de la lutte contre l'épidémie (Considérant 70).

(26) CNIL, Délibération n° 2020-056 du 25 mai 2020 portant



Efficacité. Afin de mettre en place de tels outils numériques, il faut justifier dans quelle mesure ce dispositif numérique va contribuer (effectivement) à la lutte contre la propagation de la maladie (par exemple, à travers l'évidence que ces techniques améliorent la politique de dépistage et de prise en charge du malade). L'objectif derrière ce standard est de vérifier, avant la mise en place, s'il existe d'autres techniques numériques aussi efficaces et moins invasives pour le respect de la vie privée. On peut donc s'interroger sur le degré d'effectivité des technologies comme le *contact tracing*, par exemple, en termes de capacité d'anticipation des pics de contamination si elle doit être utilisée par une proportion élevée de la population, ou si l'Etat n'a pas la capacité de réaliser de dépistage.

A cet égard, il a été signalé que ces outils étaient destinés à contribuer plus efficacement à la réduction des chaînes de transmission du virus. Dans le cas particulier de l'application mobile, la CNIL a pu constater son utilité dès lors qu'elle permet (1) l'envoi d'information et d'alertes plus rapides des cas contacts quant aux risques d'exposition au virus ; (2) une identification plus rapide et large des contacts des cas détectés ; et (3) une meilleure prise en charge sanitaire des personnes exposées au virus, dès lors que la personne alertée via l'application déciderait de consulter un personnel de santé et serait ainsi enregistrée dans les systèmes d'information « Contact Covid » et « SI-DEP »(27).

Temporalité. Le caractère temporaire de ces outils est essentiel afin de ne pas intégrer des outils trop invasifs dans la vie privée et dans la vie quotidienne. Cette limitation dans le temps est liée au caractère temporaire de tout état d'urgence qui ne doit pas servir aux autorités à « normaliser » les mesures de surveillance mises en place pour atteindre la finalité de protection de la santé publique(28). Ainsi, portant atteinte aux droits

avis sur un projet de décret relatif à l'application mobile dénommée « StopCovid » (demande d'avis 20008032), paragraphe 4 et 5.

(27) Idem, paragraphes 8, 9 et 12.

(28) « Can exceptionality jeopardize some democratic principles in the long term? », In Nay, Olivier, Can a virus undermine human rights? *The*

et libertés des personnes, ces mesures exceptionnelles doivent répondre seulement aux besoins temporaires de l'état d'urgence sanitaire déclaré et être limitées dans le temps.

Enfin, l'effectivité, la proportionnalité et la nécessité de ces technologies doivent être révisées régulièrement, de manière à s'assurer de leur utilité au cours du temps, dans une logique de politique sanitaire et dans un contexte évolutif de connaissances de l'épidémie(29). En conséquence, toute limitation à l'exercice des droits et libertés doit être arrêtée si la mesure n'est plus utile dans le cadre de la crise sanitaire.

CONCLUSIONS

L'objectif de cet article était d'analyser la mise en place des outils numériques dans le cadre de la lutte contre la propagation de la maladie au Covid-19. Ces technologies, qui existaient déjà dans d'autres secteurs mais qui ont pris de la notoriété comme conséquence de l'état d'urgence sanitaire, impactent indubitablement sur la vie privée des personnes. Cette pratique doit être encadrée et limitée aux objectifs recherchés dans le contexte dudit état d'urgence. Si d'après le droit national et le droit international, une telle limitation peut être tolérée, une attention particulière doit être portée sur les dérives de ces technologies : risques de stigmatisation ou d'exclusion de certains secteurs de la population, surtout celui des personnes contaminées ou pouvant être contaminées par le virus. Les outils numériques choisis, eux aussi, doivent être nécessaires, proportionnels, efficaces vis-à-vis de la finalité, dans le sens où ceux-ci doivent présenter plus d'avantages que de risques surtout en matière de droits et libertés fondamentaux. Enfin, l'emploi de ces outils doit être limité dans la durée afin d'éviter la normalisation de l'état d'urgence et des outils de surveillance. ■

Lancet, 20 avril 2020, [https://doi.org/10.1016/S2468-2667\(20\)30092-X](https://doi.org/10.1016/S2468-2667(20)30092-X)

(29) V. par exemple, CNIL, Délibération n° 2020-051 du 8 mai 2020 portant avis sur un projet de décret relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 6 de loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire.



Les auteurs souhaitent signaler trois faits qui ont lieu après la finalisation de la rédaction du présent article :

En septembre 2020, la CNIL a publié son avis trimestriel adressé au Parlement sur *les conditions de mise en œuvre des traitements SI-DEP, Contact Covid et « StopCovid »*. S'appuyant sur les avis précédemment émis, la Commission insiste sur fait qu'évaluer l'effectivité de l'application « StopCovid » est « indispensable et urgente au regard notamment des risques inhérents à ces traitements pour les droits et libertés des personnes ». La Commission constate également que les dispositifs évalués (les fichiers SI-DEP et Contact Covid, et l'application StopCovid) sont globalement respectueux des données personnelles mais que certaines pratiques restent cependant à améliorer. La publication d'un nouvel avis de la Commission est prévue pour la fin de l'année 2020.

L'application « StopCovid » a été remplacée par l'application « TousAntiCovid ». Cette dernière, en plus de viser la recherche de possibles « cas contacts » (contact tracing) propose de nouvelles fonctionnalités : informations actualisées sur la circulation du virus et des liens vers d'autres outils numériques mis à disposition par les autorités sanitaires (ex. avoir accès à la carte des lieux pour se faire tester, ou télécharger l'attestation de déplacement dérogatoire). N'ayant pas de modification substantielle du traitement de données personnelles déjà prévu par « Stop Covid », la saisine de la CNIL n'était pas obligatoire.

Un nouvel état d'urgence sanitaire a été déclaré à compter du 17 octobre 2020 par Décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020 et prolongé par Loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 jusqu'au 16 février 2021 inclus. Le régime transitoire de sortie de l'état d'urgence sanitaire a été également prolongé jusqu'au 1^{er} avril 2021.



INTERVIEW DU PR EMMANUEL HIRSCH PAR CHRISTIAN BYK

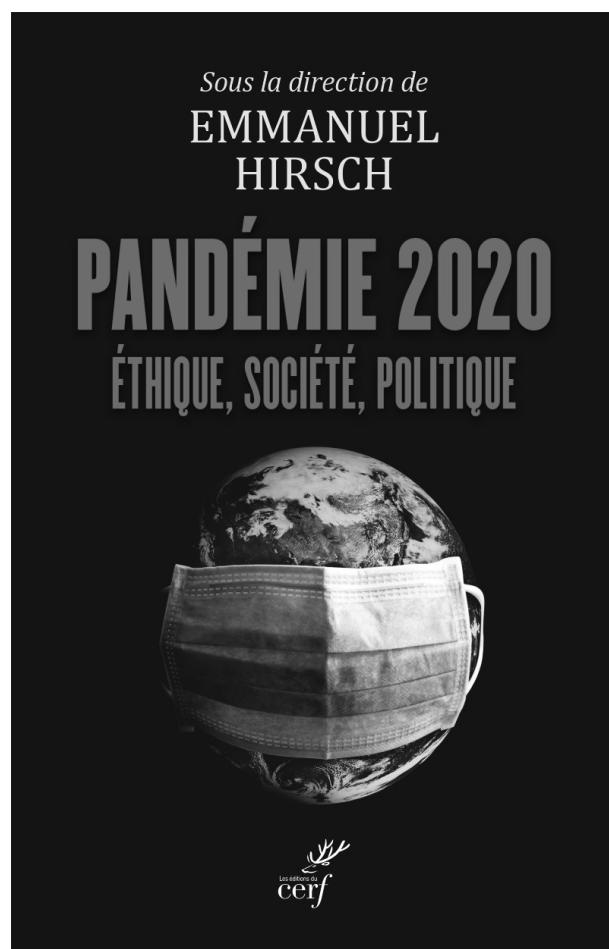
À PROPOS DE LA PUBLICATION DU LIVRE
PANDÉMIE 2020 – ÉTHIQUE, SOCIÉTÉ, POLITIQUE
(LES ÉDITIONS DU CERF, PARIS)

Christian Byk : Pourquoi parlez-vous (page 18) d' « une pandémie d'un autre temps » ? Chaque épidémie ne vient-elle pas en son temps lorsque les conditions d'un nouvel équilibre pathogène sont réunies ?

Emmanuel Hirsch : Nos sociétés modernes, celles de l'intelligence artificielle et des technologies innovantes ne pensaient pas être confrontées aux défis d'une pandémie qui stupéfiait et fige aujourd'hui l'ensemble des populations du monde. D'autres crises sanitaires comme le SRAS en 2003 n'ont pas eu de telles conséquences. Si l'on évoque les années sida, assez rapidement la prévention a permis de limiter les contaminations, et des mesures de santé publique liées au développement de thérapeutiques efficace vers 1996 ont fait du sida une maladie chronique. Il n'en demeure pas moins que plus de 700 000 personnes meurent encore chaque année des suites du sida dans les pays dépourvus de système de santé efficaces. Nous n'étions certainement pas prêts à envisager la nature du risque sanitaire d'ampleur qui nous surprend et nous déroute, alors que l'environnement est pourtant menaçant avec notamment les menaces nucléaires, radiologique, bactériologiques et chimiques (NRBC). Cette pandémie est d'un autre temps dès lors qu'actuellement les mesures prescrites pour tenter de limiter son extension renvoient aux représentations des grandes épidémies, aux peurs, aux visions de la mort massive accompagnées d'un renoncement aux rites du départ, à l'enfermement lorsque le confinement est imposé et à l'acceptation des contraintes qui déterminent les choix politiques. L'incapacité à recourir aux savoirs scientifiques pour parer les menaces immédiates renforce l'inquiétude et le désarroi. Nos capacités d'initiative sont limitées. Cette forme d'impuissance vulnérabilise la société et conteste nos prétentions à tout maîtriser et contrôler. Que saurons-nous tirer de cet exercice forcé d'humilité collective ?

C.B. : Vous mettez en avant l'éthique de l'action dans l'urgence, face à l'incertain et, dans l'organisation de l'ouvrage, la question de l'élaboration et de la

INTERVIEW



cohérence des politiques publiques globales semble n'être abordée que de façon critique à travers le vécu des expériences de terrain. Est-ce volontaire ? S'agit-il d'une méfiance vis-à-vis de ces politiques ? Quelle alternative de gouvernance peut-on proposer ?

E.H. : Les responsables gouvernementaux n'ont pas été à même d'anticiper la crise sanitaire et d'en saisir l'ampleur, la complexité et les conséquences. Leurs décisions se sont avérées erratiques, souvent contradictoires, privilégiant les injonctions administratives là où le croisement des



expertises et des expériences aurait permis d'identifier les premières lignes d'actions urgentes. Je n'ignore pas la difficulté de décider dans un contexte d'incertitudes scientifiques qui ne permet pas pour autant de différer les arbitrages qui s'imposent dans l'instant présent. Dès lors ont-ils choisi la bonne méthode de gouvernance, préférant les décisions argumentées dans un entre soi confiné, ignorant volontairement la moindre concertation publique ? Si la communication des autorités publiques est aussi critiquée que les modalités du processus décisionnel, c'est du fait d'une conception que l'on a dit verticale de l'exercice du pouvoir en temps de crise. Je ne la contesterais certainement pas si elle s'était avérée efficace. Au moment où la pandémie soumet à nouveau nos pays aux règles des restrictions et du confinement, comme démocrate je conteste la gouvernance des 10 premiers mois de la crise. Responsabiliser la société civile c'est tenir un discours respectueux, loyal et cohérent afin de favoriser l'appropriation par chacun des enjeux. Par défaut d'une intelligence des enjeux sociaux d'une pandémie, je constate que le gouvernement a ajouté à la crise une défiance de la part de l'opinion publique. Nous risquons une dissidence, le refus d'accepter des mesures plus contraignantes et restrictives du point de vue de nos libertés fondamentales.

C.B. : Alors que vous soulignez combien la pandémie est révélatrice des failles de la société, **l'ouvrage ne parle guère ni d'économie, sauf au regard de la situation sociale des plus vulnérables, ni d'environnement ? Pourquoi cette absence ?**

E.H. : On pourrait faire l'inventaire de nombre de thématiques qui seront approfondies dans de prochains travaux. L'ambition de notre ouvrage collectif ne visait ni l'exhaustivité ni de produire un ouvrage universitaire. Au cœur du confinement nous avons souhaité identifier certains axes de réflexion permettant d'éclairer l'instant présent et de produire quelques savoirs utiles pour les mois à venir. De ce point de vue, l'accueil réservé à ce livre

qui propose une première approche pluridisciplinaire des premiers moments de la pandémie, nous conforte dans ce qu'aura été notre intention de contribuer ainsi à une concertation qui a été refusée par les instances publiques. Il était urgent de compléter la restitution des premières expériences de terrain par des analyses et des perspectives nécessaires. Il s'agissait pour nous de procéder à un premier retour d'expériences, ce qui s'avère très utile pour mieux comprendre à quels enjeux et défis nous serons confrontés ces prochains mois.

C.B. : Dès le premier chapitre consacré à « la grippe espagnole », l'importance de la communication est mise en avant et l'ouvrage en dénonce les ambiguïtés autant que les difficultés. A cet égard, **certaines s'interrogent sur l'efficacité de la communication gouvernementale. Qu'en pensez-vous ?**

E.H. : Il n'y a pas eu de stratégie de communication gouvernementale, alors qu'en situation de crise sanitaire les plans préparatoires insistent sur l'importance de messages informatifs clairs, pertinents, adaptés et loyaux. On ne peut pas se contenter de messages de prévention sous formes de spots pour permettre à une société de s'approprier les savoirs indispensables à sa responsabilisation. Les interventions solennelles ou les conférences de presse ont eu pour fonction de donner à connaître les décisions gouvernementales à travers des éléments de langage rarement convaincants. Ce mode d'information verticale n'a pas favorisé l'adhésion aux mesures prescrites. De telle sorte que les médias ont compensé cette autre carence gouvernementale. Nous avons suivi en direct sur les chaînes d'information continue les commentaires et controverses qui ont contribué eux aussi à une défiance à l'égard de la crédibilité de l'information de manière générale. Lorsque l'on évoque le devoir de transparence et l'exigence de concertation en démocratie, le peu d'attention consacrée à l'information des citoyens autrement qu'en des termes de stricte application des mesures de santé publique interroge. ■



Vient de paraître

Les épidémies partagent avec l'homme une longue histoire. Au-delà des peurs et des croyances qu'elles inspirent, nos sociétés ont dû s'organiser contre les destructions tant humaines que sociales dont elles sont la cause. Les progrès de la médecine et la disparition des plus violentes d'entre elles (peste, variole, choléra, typhus) dans les pays développés nous ont fait croire que nous étions à l'abri.

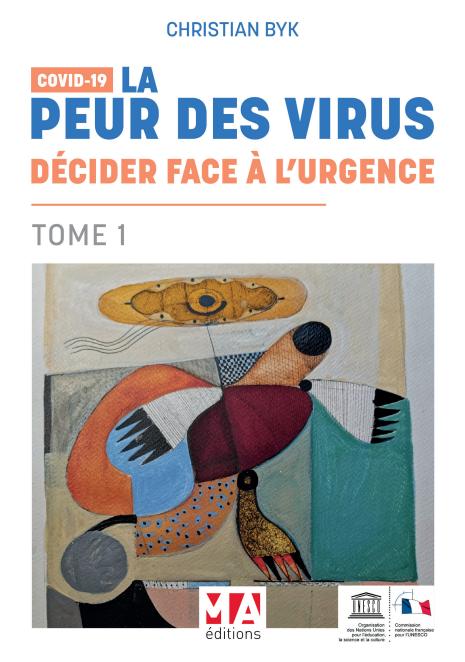
Or, l'émergence fulgurante de nouveaux virus dément cette fausse assurance. Et, c'est dans l'urgence qu'il faut faire face et décider de la politique à mener à partir d'informations encore réduites sur les nouveaux virus.

Que faut-il alors choisir : le confinement, qui contraint nos libertés, ou maintenir une activité économique et sociale au risque d'accroître l'épidémie que l'ampleur des voyages internationaux facilite ? Comment permettre au système de santé de s'adapter ? Les décisions à prendre doivent-elles se faire uniquement à partir de la parole des experts ou le politique, dont on se méfie, peut-il avoir sa propre vision des choses ? Et le citoyen, dont l'état d'esprit gravite entre peur et insouciance, peut-il trouver la voie d'une démocratie sanitaire pour se sentir écouté et lui permettre de raison garder ?

Christian BYK : Magistrat, Rédacteur en Chef de la revue Journal International de Bioéthique et de la revue Droit Santé et Société.

ÉDITIONS ESKA

12, rue du Quatre-Septembre
75002 Paris
Tél. : 01 42 86 55 79 - Fax : 01 42 60 45 35



COVID-19 La peur des virus décider face à l'urgence TOME 1

Sous la direction de Christian BYK

ISBN 978-2-8224-0696-3

Format 16x24 cm • 250 pages

30 € + 1 € de frais de port

Avec les contributions de :

María Teresa Alfonso Galán, Iñigo Barreda Cabanillas, Catherine Bourrillon, Aurore Catherine, Amandine Cayol, Pierre-Olivier Chaumet, Vincent-Pierre Comiti, Eric Dacheux, Jessica De Alba-Ulloa, Anne-Marie Duguet, Asunción Fernández-Laredo, Daniel Goujon, Claude Huriet, Bertrand Mathieu, Antonio Piga Rivero, Yves Saint-Geours, Michèle Stanton-Jean, Sharmini Varatharajah, Laurent-Henri Vignaud.

Pour toutes commandes :
<http://eska-publishing.com>

Contact :
adv@eska.fr



Recommandations aux auteurs / Instructions to Authors

Le Journal Droit, Santé et Société est une série du *Journal de Médecine Légale* destinée à l'ensemble des personnes intéressées par les rapports entre sciences et société. Elle a une approche pluridisciplinaire et une vocation internationale. Les articles soumis sont proposés éventuellement dans le cadre d'un dossier thématique propre à chaque numéro. Mais, la rédaction peut également créer des rubriques comme indiquées ci-après.

LES DIFFÉRENTES RUBRIQUES SONT LES SUIVANTES :

Rubriques-thématisques transversales :

a) Editorial

b) Rubriques spécialisées

Dossiers thématiques :

Pôle 1 : 1^o Droit de la santé et de la bioéthique

2^o Droit de la famille et des personnes

3^o Prisons et soins psychiatriques,

4^o Droit, données de santé, télémédecine et imagerie médicale, géroneurologie

5^o Droit de la recherche

6^o Droit pharmaceutique et du médicament (y inclus les produits de santé et les aliments)

Pôle 2 : 1^o Droit des assurances

2^o Atteintes corporelles (aléa médical, responsabilité médicale et du fait des produits, indemnisation)

3^o Droit, santé et environnement

4^o Pratiques judiciaires, droit pénal de la santé et de l'environnement

Pôle 3 : 1^o Droit de l'expertise, déontologie, conflits d'intérêts et bonnes pratiques

2^o Droit européen et international de la santé

3^o Histoire de la médecine légale et du droit de la santé

4^o Anthropologie, médecine et droit

5^o Sociologie de la santé

Pôle 4 : Correspondants régionaux et nationaux

Les langues admises sont l'Anglais et le Français.

LES TEXTES SOUMIS TIENDRONT COMpte DES RÈGLES ÉDITORIALES SUIVANTES

Titre : le titre est bref et informatif, il est d'environ 10 mots. Il doit être complété d'un titre court (de 5 mots environ) utilisé par l'entête de l'article publié.

Auteurs : la liste des auteurs (initiales des prénoms, noms) est suivie des références de l'institution (nom, ville, pays) ainsi que du nom et de l'adresse complète de l'auteur auquel le bon à tirer sera adressé.

Résumé : il ne dépasse pas 10 lignes dactylographiées (usuuellement 250 mots). Il ne comporte que des phrases ayant un contenu informatif précis. Il est rédigé en français et en anglais. Il est suivi de mots-clés (keywords).

Tableaux : ils sont appelés dans le texte et numérotés dans l'ordre appel (chiffres romains). Leur nombre est réduit (pas plus de 4 à 5 tableaux), de même que leur dimension. La légende figurera en haut des tableaux.

Figures : elles sont appelées dans le texte et numérotées dans l'ordre d'appel (chiffres arabes). La légende figurera en dessous des figures. Les auteurs doivent fournir une épreuve originale de bonne qualité. Le texte, les tableaux et les figures doivent être complémentaires.

Bibliographie : seules figurent les références citées dans le texte. Inversement, tout auteur cité figure dans la bibliographie. **L'ordre retenu pour les références bibliographiques est alphabétique selon les noms des premiers auteurs.** Chaque référence est appelée dans le texte par le numéro d'ordre (chiffre arabe entre crochets) qui lui est affecté dans la bibliographie. Les références sont classées en fin d'article dans l'ordre alphabétique des premiers auteurs.

La rédaction et la ponctuation des références bibliographiques suivent les normes de Vancouver :

- Les auteurs : leur nom figure en minuscules suivis des initiales du prénom. Lorsque leur nombre excède 6, on ne mentionne que les 3 premiers suivis de « et al. ».
- Le titre complet du document dans sa langue d'origine est porté en italique.

QUELQUES EXEMPLES

Pour un périodique, le titre abrégé selon l'index Medicus (sans accent et sans point), l'année de parution, le tome ou le volume, la pagination (première et dernière pages).

Ex. : Béraud C. Le doute scientifique et la décision : critique de la décision en santé publique. Santé pub., 1993 ; 6 : 73-80

Pour un livre : la ville d'édition, la maison d'édition ou d'impression, l'année de parution, le nombre total de pages.

(les chapitres et les communications sont précédés et suivis de guillemets).

Pour un mémoire ou une thèse : le titre de thèse doit apparaître entre guillemets, et le type de thèse et sa spécialité seront portés entre crochets suivis de la ville, l'université, l'année et le nombre total de pages.

ENVOI AU SECRÉTARIAT DE RÉDACTION

La proposition d'article doit être dactylographiée en double interligne (en Times new roman 12). Pour un article thématique, le nombre de mots doit être compris (figures, tableaux et bibliographie inclus) entre un minimum de 5000 (8-9 pages) et un maximum de 7000. Les pages sont numérotées consécutivement sur l'ensemble du texte.

Pour soumettre votre proposition d'article par email : christian.byk@gmail.com

PROCÉDURE DE LECTURE

Après une 1^{re} lecture, le secrétariat de rédaction adresse la proposition d'article anonymisée pour un examen critique à deux lecteurs référents anonymes.

Les avis des lecteurs et la décision de la rédaction (acceptation, refus, proposition de modifications) sont transmis ensuite à l'auteur dans un délai 2 mois après la réception.

La version définitive, acceptée par le comité de rédaction, est adressée sur support email (document word).

Les articles soumis au *Journal Droit, Santé et Société* ne doivent avoir été ni publiés, ni simultanément soumis ou déjà acceptés pour publication ailleurs. Le fait de soumettre un article à la rédaction vaut à la fois pour la publication papier et électronique de la revue, notamment via le portail www.cairn.info.

A cette fin, les auteurs doivent certifier, par courrier, que leur texte n'a jamais été publié ou soumis à publication.

Law, Health and Society Journal is a series of the *Journal of Forensic Medicine*. This series is devoted to all those interested in the relationship between Law, Medicine and society. It has a multidisciplinary approach and an international vocation. Submitted articles could be included in a thematic issue or inserted into a specific section.

The editorial committee can also create specific sections as shown below.

The different sections available are listed below:

Cross-thematic sections:

a) Editorial

b) Specialized Topics

Special Sections:

Pole 1: 1^o Health Law and Bioethics
2^o Law of families and individuals
3^o Prisons and psychiatric care
4^o Law, health data, telemedicine and medical imaging, geriatric technology
5^o Law of research
6^o Pharmaceutical law and medicine (including health products and nutraceuticals and medical devices)

Pole 2: 1^o Insurance Law
2^o Body damages and injury (medical hazard, medical liability and responsibility of bad products and practices, compensation and indemnification)
3^o Law, Health and Environment

Pole 3: 1^o Law of expertise, ethics, conflicts of interest and good practice
2^o European and International Health Law
3^o History of Forensic Medicine and Health Law
4^o Anthropology, medicine and law
5^o Sociology of Health

Pole 4: Regional and national correspondents

Articles are accepted in English and French.

SUBMITTED TEXTS WILL TAKE INTO ACCOUNT THE FOLLOWING EDITORIAL RULES

Title: The title must be short and informative (approximately 10 words). It must also include an abbreviated version (about 5 words) which will be used as the header of the article.

Authors: List of authors (first name initials, surnames) must be followed by the institution details (name, city, country) as well as the name and full address of the author to which the final version will be sent.

Abstract: The abstract should not exceed 10 typed lines (generally 250 words). It should only include sentences with specific informative content and should be provided in French and in English. The abstract must be followed by key words.

Tables: Tables must be named in the text and numbered in order using Roman numerals. The size of the tables is limited as is the number of tables that can be included (no more than 4 or 5). The caption must figure at the top of the tables.

Figures: The figures must be named in the text and numbered in order (Arab numerals). The caption should appear below the figures. Applicants must provide an original copy of good quality. The text, tables and figures must complement each other.

Bibliography: Only include references cited in the text. Conversely, any author cited must be listed in the bibliography. The order chosen for bibliographic references is alphabetical according to the authors' surnames. Each reference is labelled in the text by the number (Arab numerals in square brackets) it is assigned in the bibliography. The references are classified at the end of the article in alphabetical order.

Writing and punctuation for the references must follow the Vancouver standards:

- Authors: the surname must figure in small letters followed by first name initials. When the number of names exceeds 6, only the first 3 are mentioned followed by "et al.".
- The full title of the document in its original language should be in italics.

SOME EXAMPLES

For a periodical, referencing is as follows: short title according to the Medicus index (without the accent and the full stop), year of publication, volume or the part, page numbers (first and last pages).

E.g.: Béraud C. Scientific doubt and decision: criticism of decision in public health. Health Pub., 1993; 6: 73-80

For a book: the city in which it was printed, publishing or printing house, the year of publication, the total number of pages.

(Chapters and articles are preceded and followed by quotation marks).

For a memoir or a thesis: the thesis title must appear between quotation marks, and the type of thesis and its area of expertise should figure between square brackets followed by the city, the university, the year and the total number of pages.

SENDING THE ARTICLE TO THE EDITORIAL SECRETARY

The article must be typed using double spacing (in Times new roman 12). For a thematic feature, the number of words must be specified (figures, tables and bibliography included): between 5,000 (8-9 pages) and 7,000 pages. The pages are numbered consecutively throughout the text.

To submit your article by email, please send it to the following address: christian.byk@gmail.com

PROOF-READING

After the first reading, the editorial secretary will send the article (anonymous) for critical review to two anonymous readers.

The readers' opinion and the editor's decision (acceptance, refusal, proposed changes) are subsequently sent to the author within 2 months of receipt.

The final version accepted by the editorial committee, is sent by email (Word format).

Articles submitted to the *Law, Health and Society Journal* should not have been published, submitted or accepted for publication elsewhere. Articles submitted are for both the paper and electronic versions, especially the www.cairn.info website.

Authors must therefore certify by post that their text has not been published or submitted for publication elsewhere.