

"Le passe sanitaire est un moyen extrajudiciaire de désactiver socialement les gens"

Selon le professeur de droit Guillaume Zambrano, le passe sanitaire est une atteinte aux droits fondamentaux ainsi qu'une sanction extrajudiciaire. La pérennisation de ce dispositif signifierait d'après lui la normalisation de l'atteinte à l'intégrité physique des individus et de la privation de sortie et de mouvement.



□ Guillaume Zambrano est maître de conférences en droit privé à l'université de Nîmes. Face à la loi imposant le passe sanitaire, il a lancé une requête collective auprès de la Cour européenne des droits de l'homme.

Reporterre : En quoi le passe sanitaire porte-t-il atteinte aux droits fondamentaux ?

☞ Guillaume Zambrano : Être exclu des transports publics, hôpitaux, cafés, restaurants, bibliothèques, associations sportives et culturelles et autres lieux de réunion est une privation de liberté extrêmement lourde : c'est une privation du droit de réunion, de la liberté d'aller et de venir, une véritable exclusion de la vie sociale. Le plus grave est qu'il s'agit d'une sanction extrajudiciaire. Depuis le XVII^e siècle et le Bill of Rights anglais destiné à limiter l'arbitraire des souverains, notre tradition juridique est fondée sur le principe de l'habeas corpus : toute personne privée de liberté a le droit de passer devant un juge. De fait, quand une personne est assignée à résidence ou condamnée à porter un bracelet électronique, la mesure doit être approuvée par le juge des libertés et de la détention. Quand on condamne des personnes pour des dommages sociaux comme le vol, la fraude fiscale, les coups et blessures, elles ont eu droit à un procès. Et généralement, le but visé est la réinsertion sociale : même pour des délits graves, il y a du sursis, des aménagements de peine. Mais avec le passe sanitaire, toute une catégorie de personnes reçoivent une sanction pénale maximale sans qu'il y ait eu de jugement, sans même avoir pu se défendre.

Qu'est-ce qui justifie cette sanction ? Le fait de ne pas pouvoir (ou ne pas vouloir) présenter un QR code à l'entrée des lieux publics, de ne pas être vacciné ou testé. Ce qui est reproché aux gens, c'est d'être potentiellement contagieux. C'est d'autant plus grave qu'il est très rare en droit que l'on soit condamné pour une infraction par omission. La règle est d'être condamné pour avoir fait quelque chose, et non pour ne pas avoir fait quelque chose.

Il existe le délit de non-assistance à personne en danger (article 223-6 du Code pénal), mais ses conditions sont très restrictives et les condamnations rares. Il existe aussi une jurisprudence pour des personnes ayant contaminé d'autres personnes avec le Sida en connaissance de cause, mais les juges ont retenu l'aspect inten-

tionnel : non seulement elles se savaient malades et n'ont pas pris de précautions, mais elles ont déclaré vouloir contaminer d'autres personnes, c'est ce qui a motivé la condamnation¹.

"Ce ne sont plus les juges mais la population elle-même qui applique la sanction."



Le passe sanitaire — sanction extrajudiciaire selon vous — représente-t-il un basculement ?

☞ Le passe sanitaire sort du cadre ordinaire du droit pénal. Il donne lieu à des sanctions sociales inédites qui sont un mélange de privation de liberté, de stigmatisation et d'incitation à l'humiliation publique. C'est un moyen extrajudiciaire de désactiver socialement les gens, de les débrancher, en quelque sorte.

Et ce ne sont plus les juges, mais la population elle-même — les cafetiers, les bibliothécaires, les gardiens de musée ou les employés des hôpitaux — qui applique la sanction. Cela indique que le gouvernement est passé dans une logique de répression massive : comme il ne peut pas mettre un juge derrière chaque citoyen, il se repose sur la population et sur des moyens automatisés pour le faire. C'est une révolution anti-libérale. La seule comparaison possible est celle du crédit social en Chine, une forme de rééducation à la carotte et au bâton : je t'interdis de prendre le train, d'accéder à tel emploi, d'aller au cinéma...

La pandémie de Covid-19 ne justifie-t-elle pas de déroger au droit de manière exceptionnelle ?

☞ Depuis deux siècles, la France a érigé la liberté en tant que principe fondamental, naturel, inaliénable : les restrictions sont des exceptions qui doivent être strictement justifiées et proportionnelles. Dans le cadre d'un raisonnement sur la proportionnalité, les mesures portant atteinte aux libertés fondamentales doivent remplir trois conditions.

➡ D'abord, le test d'"aptitude" : la mesure est-elle apte à atteindre l'objectif affiché ? Le passe sanitaire et l'obligation vaccinale peuvent-ils lutter efficacement contre l'épidémie ? On peut en discuter, puisque les vaccins n'empêchent pas forcément la contagion.

➡ Ensuite, le test de "nécessité" : y aura-t-il un très grand nombre de morts si le gouvernement ne met pas en place cette mesure ? Vraisemblablement non, ce n'est pas le cas dans les pays qui n'ont pas recours au passe sanitaire comme la Suède ou l'Angleterre.

¹ Première condamnation pour contamination volontaire par le virus du Sida par décision du Tribunal correctionnel de Mulhouse, 6 février 1992 : Est coupable de coups portés volontairement ou de violences ou voies de fait le prévenu ayant mordu un agent de la force publique dans l'intention de le contaminer par le virus du Sida dont il se savait porteur. Le 27 juillet 1989, un toxicomane séropositif, en état d'ébriété, se querellant dans un bar, a violemment mordu jusqu'au sang le policier venu l'interpeller, en lui criant : "J'ai le Sida, tu vas crever aussi !" (Le Monde, 30 juillet 1989 ; La Voix du Nord, 7 février 1992 ; Le Monde, 9 février 1992). Dans une autre affaire, par un arrêt rendu le 2 juillet 1998, la Cour de cassation a invalidé la décision qui avait renvoyé devant une cour d'assises du chef d'empoisonnement, un homme qui, se sachant séropositif, avait eu des rapports sexuels non protégés avec sa partenaire qu'il savait séronégative et dont un test sanguin ultérieur avait révélé qu'elle avait été ainsi contaminée. La Cour relève que "la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée ne suffit pas à caractériser l'intention homicide" (Crim. 2 juill. 1998, no 98-80.529, Bull. crim. no 211 ; JCP 1998. II. 10132, note M.-L. Rassat ; D. 1998. 457, note J. Pradel).

Enfin, le test de "substitution" : existe-t-il des mesures alternatives et moins restrictives qui permettraient de lutter contre les effets de l'épidémie ? Oui : le gouvernement pourrait ouvrir des lits de réanimation, créer des hôpitaux de campagne, vacciner les personnes les plus à risque et les personnes volontaires, et tester fréquemment les soignants, ce qui serait dans ce cas plus efficace que l'obligation vaccinale.

Le passe sanitaire et l'obligation vaccinale sont donc des mesures disproportionnées et excessives par rapport à la nature du danger et à leur capacité à y répondre.

L'obligation vaccinale des soignants, ou la quasi-obligation vaccinale imposée par le passe sanitaire, sont-elles contraires au droit ?

Le plus fondamental des droits fondamentaux est le respect de la dignité humaine dont le consentement libre et éclairé à l'acte médical est une manifestation. En principe, les atteintes à l'intégrité du corps humain ne sont jamais permises, sauf dans des circonstances particulières et si et seulement si elles sont justifiées par un intérêt médical pour vous².

En avril dernier, les juges européens ont rendu un arrêt justifiant la vaccination obligatoire des enfants contre le tétanos (arrêt Vavříčka, 8/04/21) : on note que d'une part, la balance bénéfice/risque est positive pour les enfants, car le tétanos est dangereux pour eux, et que d'autre part, l'ancienneté des vaccins permet de connaître leur efficacité et la nature des risques à long terme.

Dans le cas des vaccins contre le Sars-Cov2, c'est différent : non seulement leur intérêt médical pour les enfants et les adolescents fait débat³, mais le fait qu'ils soient basés sur une technologie nouvelle⁴ ne permet raisonnablement pas d'en connaître les risques à long terme.

"Ce qui risque de se normaliser n'est plus seulement l'atteinte à la vie privée, mais l'atteinte à l'intégrité physique des individus."

Ne risque-t-on pas de voir ces mesures d'exception se normaliser ?

Le risque est d'autant plus grand que la menace épidémique n'est pas de nature provisoire. Nous allons devoir vivre avec ce virus, ou avec d'autres virus. Si on est face à un risque permanent, alors il faut mettre en place des mesures permanentes, et celles-ci doivent bien sûr être compatibles avec les libertés. On peut constater que les mesures antiterroristes temporaires ont été dévoyées pour s'installer de manière permanente dans notre droit. Avec l'opération Sentinelle, le fait d'utiliser l'armée pour exercer des pouvoirs

² Voir les articles 16 et 16-3 du code civil, de la décision du Conseil constitutionnel n°94-343/344 DC du 27 juillet 1994, des articles 2 et 36 du code de déontologie médicale, de l'article 5 de la Convention d'Oviedo de 1997 sur la biomédecine, ou de l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³ Le comité vaccinal britannique — Joint Committee on Vaccination and Immunisation (JCVI) — ne recommande pas la vaccination universelle des 12-15 ans mais seulement celle de ceux qui ont des problèmes de santé sous-jacents les exposant particulièrement au virus.

⁴ <https://www.inserm.fr/c-est-quoi/secret-fabrication-c-est-quoi-arn-messenger-%f0%9f%93%83-%f0%9f%8f%ad/>

de police sur le peuple s'est normalisé. La surveillance de la population aussi : dans les années 1980, les écoutes de l'Élysée ont fait scandale ; en 2020, l'État peut écouter n'importe qui.

Les mesures antiterroristes ont donc progressivement fait disparaître du droit la protection de la vie privée.

Si on transpose cette situation aux mesures d'exception sanitaires, les conséquences sont vertigineuses : ce qui risque de se normaliser, ce n'est plus seulement l'atteinte à la vie privée, mais l'atteinte à l'intégrité physique des individus, la privation de sortie et de mouvement.

Quels espoirs placez-vous dans la requête que vous portez auprès de la Cour européenne des droits de l'homme ?

☞ Il faut rappeler une chose élémentaire : les droits de l'homme sont au-dessus des lois. C'est la raison d'être de ces textes. Si les droits fondamentaux ont été inscrits dans les juridictions internationales et les constitutions, c'est précisément pour éviter que les gouvernements n'adoptent des lois contraires aux libertés et ne fassent basculer un pays dans la dictature.

Il est donc nécessaire (quoique pas forcément suffisant) d'en appeler à la Cour européenne des droits de l'homme dans la situation actuelle.

En pratique, le but est d'éviter que l'obligation du passe sanitaire ne soit prolongée au-delà du 15 novembre 2021 par l'adoption d'une nouvelle loi. La Cour est légalement obligée de traiter toutes les requêtes, or ses moyens sont limités. Si elle est saisie par des dizaines de milliers de personnes, elle sera contrainte d'écouter nos arguments, pour éviter d'être complètement paralysée administrativement. En 2020, la CEDH a reçu un total de 40 000 requêtes de toutes natures. C'est ce chiffre qu'il faut dépasser. Nous sommes déjà à plus de 20 000. Toute personne de plus de 12 ans peut attaquer gratuitement et sans risques la loi sur le passe sanitaire.

Après cet article

► Enquête — Libertés : Le passe sanitaire, un pas de plus dans "l'autoritarisme" et la "société du contrôle"