



L'OBLIGATION VACCINALE : PEUT-ON L'IMPOSER ET COMMENT ?

Il convient de faire une distinction entre l'obligation vaccinale et les modalités qui peuvent accompagner cette obligation afin de la rendre effective.

En effet, si cette question peut susciter beaucoup de débats sociétaux, y compris au sein de la communauté des juristes, celles-ci porteront davantage sur les mesures de contrainte pour sanctionner le refus par une personne d'être vaccinée pour diverses raisons.

Cependant, le présent article ne traitera que de l'obligation vaccinale telle qu'elle est appréciée par les juridictions suprêmes car la question de fond est bien celle de savoir si une telle obligation, qui touche notamment à la dignité de la personne humaine, peut être imposée et si oui à quelles conditions.

Il faut savoir qu'en France, seul le législateur peut rendre un vaccin obligatoire pour l'ensemble de la population ou pour une catégorie de celle-ci.

Dans une décision rendue en 2015, le Conseil constitutionnel a ainsi précisé dans son considérant n° 10 :

« *Considérant qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé.* » ([Conseil constitutionnel, QPC, 20 mars 2015, n° 2015-458, Epoux L. Obligation de vaccination](#)).

Il y a lieu de relever la grande réserve du juge constitutionnel sur le contrôle de l'opportunité du législateur d'imposer ou pas un vaccin.

Il faut noter que le Juge du Palais Royal avait déjà jugé dans le même sens en 2001 en indiquant que :

« *si des dispositions ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain (...), elles sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le préambule de la Constitution de 1958, et sont proportionnées à cet objectif ; que dès lors, elles ne connaissent pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine ; que, pour les mêmes raisons, elles ne portent pas une atteinte illégale au principe constitutionnel de la liberté de conscience.* » ([Conseil d'Etat, 26 novembre 2001, n° 22274, Association Liberté Information Santé](#)).

Enfin, il convient de signaler que la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé en avril 2021 que l'obligation vaccinale imposée par un État relevait de mesures « *nécessaires dans une société démocratique* » à propos de la vaccination contre les maladies graves prescrite pour la protection de tout enfant ([CEDH, 8 avr. 2021, n°47621 et cinq autres, Vavricka et a. c/ République Tchèque](#)) [1].

Patrick Lingibé
Vice-Président de la Conférence des Bâtonniers de France
Président de la délégation outre-mer de la Conférence
Ancien membre du Conseil national des barreaux
Avocat associé Cabinet JURISGUYANE
Spécialiste en droit public
Diplômé en droit routier
Médiateur Professionnel
Membre du réseau interprofessionnel EUROJURIS
Membre de l'Association des Juristes en Droit des Outre-Mer (AJDOM)
www.jurisguyane.com

PASS SANITAIRE, OBLIGATION VACCINALE ET LICENCIEMENT

ANALYSE DE L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat a rendu un avis attendu sur le pass sanitaire et notamment sur les dispositions relatives au licenciement en l'absence de justification du pass sanitaire. Il valide quasiment l'entier projet de loi en ne tenant aucun compte des libertés et droits des salariés. Analyse de cet avis du Conseil d'Etat.

La semaine est celle du Pass Sanitaire et de l'obligation vaccinale des professionnels de santé, en effet, le projet de loi relatif à la crise sanitaire [1] a été examiné lundi 19 juillet par le Conseil des Ministres et le Conseil d'Etat a rendu son avis [2], Mardi 20 et Mercredi 21 juillet, il s'agira pour l'Assemblée Nationale de débattre sur le projet de loi, Jeudi 22 et Vendredi 23, le Sénat sera saisi. Il y aura sans doute une saisine du Conseil Constitutionnel avant que le texte ne soit promulgué.

L'avant projet de loi prévoyait en effet une possibilité pour l'employeur de licencier un salarié travaillant dans certains secteurs d'activités listées si ce dernier ne justifiait pas d'un pass sanitaire (soit le certificat de vaccination, soit un test PCR négatif, soit un certificat de rétablissement). Un arrêt d'activité non rémunéré pouvait être ordonné, une suspension du contrat de travail et si cet arrêt était de deux mois, un licenciement pouvait être ordonné.

Le projet de loi présenté au conseil des Ministres reprend ces dispositions, il distingue les salariés ou agent de l'Etat soumis à une obligation vaccinale, des salariés non soumis à cette obligation mais devant justifier d'un test PCR négatif ou d'un justificatif de vaccination ou encore d'un certificat de rétablissement, du fameux pass sanitaire.

Et Pour les personnels de santé qui sont soumis à une obligation vaccinale, les dispositions légales et l'avis du Conseil d'Etat.

► **Sur l'obligation vaccinale**, sans surprise, le Conseil d'Etat considère que le législateur peut mettre en place une obligation vaccinale si cette obligation poursuit un but légitime et n'est pas disproportionnée par rapport au but recherché. Pour le Conseil d'Etat, l'obligation vaccinale répond un besoin social impérieux notamment (il reprend la décision de la CEDH Vavricka c. République tchèque, du 8 avril 2021),

► **Sur le contrôle de l'employeur et le licenciement**, le projet de loi dispose : « *Lorsqu'une personne soumise à l'obligation prévue au I de l'article 5 (obligation de se faire vacciner, personnel médical) ne présente pas les justificatifs, certificats ou résultats mentionnés au I de l'article 6 ou, jusqu'au 15 septembre 2021, au 1° du I, à son employeur, ce dernier lui notifie le jour même, par tout moyen, la suspension de ses fonctions ou de son contrat de travail. Cette suspension, qui s'accompagne de l'interruption du versement de la rémunération, prend fin dès que l'intéressé produit les justificatifs requis. La personne est convoquée à un entretien qui a lieu au plus tard dans un délai de cinq jours suivant la suspension afin d'examiner avec elle les moyens de régulariser sa situation.*

Le fait de ne plus pouvoir exercer son activité pendant une durée supérieure à deux mois en raison du non-respect de l'obligation de présentation des documents mentionnés au précédent alinéa peut être un motif spécifique justifiant la cessation définitive des fonctions ou la rupture du contrat de travail ».

Le Conseil d'Etat n'émet aucune réserve, si ce n'est qu'il préconise au gouvernement de prévoir une présentation de ces documents sous une forme qui ne permettra pas à la personne chargée du contrôle de connaître l'origine de l'immunisation. Le but étant de préserver le secret médical et la vie privée du salarié.

Mais est-ce vraiment suffisant pour garantir le secret médical et la vie privée du salarié ?

En effet, ces dispositions s'appliquent aux salariés qui doivent être vaccinés obligatoirement (le personnel médical), l'origine de l'immunisation ne sera que la vaccination ou un certificat de rétablissement, le secret sera un secret de polichinelle et l'employeur se doutera de l'origine de l'immunisation.

Il aurait été préférable que ce soit autre intervenant soumis au secret médical qui contrôle. Or, le Conseil d'Etat n'est pas « *choqué* » par la disposition qui précise que « *les employeurs sont chargés de contrôler le respect de l'obligation prévue au I de l'article 5 par les personnes placées sous leur responsabilité* ». Au contraire, il approuve le contrôle des employeurs et la possibilité de les sanctionner s'il ne respecte pas leur obligation de contrôler les salariés ou agent de l'état (*En second lieu, alors que le projet de loi prévoit de sanctionner les employeurs qui ne contrôleraient pas que leurs personnels concernés respectent l'obligation vaccinale (cf. point 21), le Conseil d'Etat estime nécessaire d'établir expressément cette obligation de contrôle*).

Le Conseil d'Etat insiste sur les dispositions de l'OIT et le fait de mettre en place une procédure contradictoire avant le licenciement des salariés, d'où l'entretien mis en place dans les cinq jours suivants la suspension. A noter que la suspension du contrat de travail peut s'effectuer par « *tous moyens* », si cette suspension est notifiée oralement il sera compliqué de décompter les cinq jours à respecter pour l'organisation de l'entretien préalable.

La suspension non rémunérée est possible selon le Conseil d'Etat à partir du moment où le salarié en est averti et peut se défendre et régulariser.

Pour les agents publics, le Conseil d'Etat reprend le projet de loi qui aurait dû soumettre les dispositions pour avis au Conseil Commun de la fonction publique.

Et Pour les salariés non soumis à une obligation vaccinale et donc soumis à un pass sanitaire (travaillant dans les secteurs d'activités énumérés à l'article 1er du projet de loi) devant par conséquent justifier d'un test PCR négatif, d'un certificat de vaccination ou d'un certificat de rétablissement.

« Le Conseil d'Etat estime que le fait d'imposer la détention du « passe sanitaire » à l'ensemble des professionnels et bénévoles intervenant dans les lieux, établissements, services et événements où le dispositif trouvera à s'appliquer ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'exercice de leur activité professionnelle par les intéressés »

Comme pour les salariés soumis à une obligation vaccinale, les salariés travaillant dans des secteurs d'activités énumérés (la plupart du temps en contact avec le public) devront pouvoir justifier d'un pass sanitaire auprès de leur employeur, à défaut, il pourra y avoir une cessation d'activité et un licenciement au bout de deux mois d'inactivité, le projet de loi devant introduire un nouveau motif de licenciement qui sera pour cause réelle et sérieuse.

En conclusion.

En matière de licenciement et pass sanitaire, le Conseil d'Etat valide toutes les dispositions du projet de loi ou presque alors qu'il aurait fallu sans doute mener une réflexion plus approfondie sur le contrôle le plus adapté de ce pass sanitaire.

L'employeur ne semble pas être l'acteur idéal pour effectuer ce contrôle et s'immiscer dans la vie privée du salarié. De même, ce pass était-il vraiment nécessaire et indispensable à la mise en œuvre de la politique de santé publique au sein de l'entreprise ? L'atteinte à la liberté de travail du salarié, à sa vie privée, au secret médical est-elle réellement proportionnée au but recherché ? Est-ce que ces dispositions ne tendront-elles pas les relations sociales dans les entreprises en exigeant des employeurs d'être policiers (sous peine de sanctions pénales) de leurs salariés et en les plaçant dans une position bien délicate ?

N'aurait-il été pas plus judicieux de confier cette mission de contrôle à d'autres acteurs telle que la médecine du travail ? La suspension du contrat de travail sans rémunération est ce une sanction proportionnée au but recherché ? Et le licenciement automatique après deux mois d'activité, est-ce proportionné par rapport à une décision personnelle du salarié de ne pas souhaiter se faire vacciner ou faire un test tous les jours qui risque d'être onéreux ?

Beaucoup de questions restent en suspens et comme dans mon billet précédent, il est ahurissant que la fermeté du gouvernement s'exerce qu'à l'égard d'une seule partie au contrat de travail, le salarié... alors qu'à l'époque où il n'y avait pas de vaccin, une pénurie de masques, le Ministère du travail ne diffusait que des questions réponses et des effets d'annonces dans la presse à l'égard des employeurs qui ne respectaient pas les mesures relatives télétravail ou celles relatives au protocole sanitaire, mesures rappelons le destinées à préserver la santé et la sécurité du salarié et pas seulement mesures permettant aussi de lutter contre la propagation du virus.

La messe n'est pas encore dite, attendons les débats à l'assemblée nationale et la décision du Conseil Constitutionnel. Espérons que cette institution fasse preuve de plus de courage que le Conseil d'Etat.

Michèle BAUER

Avocate à la Cour

Généraliste, titulaire d'un certificat de spécialisation en droit du travail

Blog : <http://michelebaueravocatbordeaux.fr>

contact@avocatbauer.fr

PASS SANITAIRE ET LICENCIEMENT, ANALYSE

L'avant projet de loi sur la crise sanitaire sera présenté au conseil des ministres le 19 juillet 2021, il crée un pass sanitaire. Ce dernier devra être présenté par tout salarié, à défaut le salarié sera en arrêt d'activité et pourra être licencié au bout de deux mois d'absence.

Cette disposition est critiquable car elle porte atteinte à la liberté de travailler, au droit au respect de la vie privée du salarié et au secret médical. Pourquoi ne pas avoir plutôt renforcé les recommandations sanitaires pour l'employeur et les avoir transformées en obligations plutôt que de sanctionner la partie la plus faible au contrat de travail ?

Je me risque à écrire sur le pass sanitaire et les dispositions annoncées dans l'avant projet de loi sur la gestion de la crise sanitaire qui doivent être examinées ce jour lundi 19 juillet 2021 par le conseil des Ministres et plus particulièrement celle qui concerne le droit du travail.

J'éviterai de me placer sur le terrain des anti-vaccin ou pro-vaccin.

Je suis juriste et me contenterai de me placer sur un terrain que je maîtrise, le droit, la médecine étant pour moi inconnue.

Une disposition a particulièrement retenue mon attention tant elle porte atteinte au droit au respect de la vie privée du salarié, au secret médical et à la liberté de travailler.

L'article 1er précise qu'il y a lieu de subordonner à la présentation d'un pass sanitaire (soit un justificatif de vaccination, soit un résultat négatif au test de dépistage virologique) l'accès à certains lieux, établissements et événements publics.

Il ajoute

« A défaut de présenter à leur employeur (établissement accueillant du public ERP notamment et bien d'autres, les établissements sont énumérés dans le texte) les documents mentionnés en 1° et 2° (soit le test soit justificatif de vaccination), les salariés ne peuvent plus exercer l'activité mentionnée à l'alinéa précédent. Le fait pour un salarié de ne plus pouvoir exercer pendant une période de plus de deux mois en application du présent alinéa justifie son licenciement ».

En résumé, un employeur pourra demander à un salarié de ne plus exercer son activité s'il ne présente pas son pass sanitaire.

S'il est absent pendant deux mois, son licenciement sera automatique et justifié, sur quel motif, le texte ne nous le dit pas, sur les réseaux sociaux il a été question d'un licenciement *sui generis*... Ce pourrait être aussi un licenciement pour absences désorganisant l'entreprise et l'obligeant à pourvoir à titre définitif au poste du salarié absent.

Cet avant projet de loi interroge.

Le gouvernement, jusqu'ici était plutôt « mou » quant aux respects des mesures sanitaires au sein de l'entreprise.

Les gestes barrières, le télétravail, le port du masque, les sensibilisations à la vaccination ou au dépistage ne sont que des recommandations pas sanctionnables à moins que le règlement intérieur de l'entreprise ne le prévoit.

L'entreprise qui ne respectait pas ces recommandations ne risquait pas grand chose, il n'est pas certain que les contrôles de l'inspection du travail étaient si fréquents en l'absence de sanctions.

Les salariés quant à eux auraient pu agir contre le manquement de l'employeur de préserver leur santé et sécurité, mais comment pouvaient-ils prouver par exemple qu'ils ont contracté la Covid à leur travail et du fait du non respect par l'employeur de ces mesures de sécurité sanitaire ?

Alors qu'il aurait été sans doute judicieux de transformer ces recommandations en obligations, l'exécutif préfère préserver la sacro-sainte liberté d'entreprendre et sanctionner la partie la plus faible du contrat de travail : le salarié.

Si ce dernier ne justifie pas de son pass sanitaire, il ne pourra pas exercer son activité et s'il persiste dans son refus de se soumettre aux tests virologiques (qui seront bientôt payants) ou de se faire vacciner et que son absence est d'une durée de deux mois, la porte sera grande ouverte.

L'employeur n'aura même pas à justifier d'un quelconque motif, il lui suffira d'écrire que le salarié ne pouvait pas exercer son activité puisqu'il ne justifiait pas d'un test négatif ou encore d'être vacciné et qu'il était absent durant deux mois.

Ce texte est critiquable :

► **Il fait peser sur les acteurs privés (employeurs) la charge d'un contrôle qui devrait être public et réservé à l'Etat.** L'employeur a un pouvoir de direction sur ses salariés, il n'a pas de pouvoir de police, cette fonction devant être réservée à des personnes habilitées ;

► **Il porte atteinte à la liberté de travail du salarié, de quel droit empêche-t-on le salarié de travailler au motif qu'il ne présente pas son pass sanitaire ?**

Il existe des « atteintes » à la liberté de travailler qui sont l'insertion par exemple d'une clause de non-concurrence dans un contrat de travail, encore faut-il pour qu'elle soit valide qu'elle soit limitée dans l'espace, dans le temps et que le salarié bénéficie d'une contrepartie financière puisqu'il est empêché de travailler. Se pose la question de la rémunération du salarié en arrêt d'activité car il ne présente pas son pass sanitaire.

Les employeurs seront confrontés à des situations ubuesques : ils diront aux salariés de ne plus travailler et devront les rémunérer un peu comme le préavis non travaillé puisque ce ne sont pas les salariés qui sont à l'initiative de cet arrêt d'activité. L'impossibilité d'exercer son activité n'est pas prévue par le code du travail. Non seulement les employeurs seront des policiers bénévoles mais en plus ils devront payer des salariés à rien faire, ils seront sans doute très coopératifs, n'en doutons pas. Cet arrêt d'activité

pourrait être considéré comme une suspension du contrat de travail, et l'employeur pourrait ne pas payer les salariés réfractaires, comme pour une suspension due à un arrêt de travail....,

► Il porte atteinte aussi au droit au respect de la vie privée du salarié et au secret médical.

Rappelons que le salarié a droit au respect de sa vie privée, et que toute atteinte à ce droit doit être proportionnée au but recherché. La CEDH a pu juger que l'ingérence dans la vie privée en obligeant à la vaccination était justifiée par un objectif légitime de santé public [[Voir arrêt CEDH 8 avril 2021 Vavricka contre République Tchèque et plus particulièrement son commentaire : Questions réponses](#)].

Dans cette espèce, il n'était pas question de Covid et il s'agissait de la vaccination obligatoire des enfants. Aussi, il n'est pas certain que l'on puisse estimer que l'atteinte à la vie privée du salarié est proportionnée au but recherché puisqu'il existe d'autres possibilités d'atteindre ce but de santé publique notamment en transformant par exemple les recommandations de sécurité sanitaire en obligations.

L'employeur est tenu de respecter la réglementation relative aux données personnelles (RGPD), il ne peut collecter des données de santé du salarié (article 9 du RGPD). Or, en sollicitant ces justificatifs, il récolte ces données personnelles.

Pour finir, le secret médical est gravement atteint. Dans le cadre des protocoles sanitaires, il a été rappelé que l'employeur ne devait pas porter atteinte au secret médical, notamment lorsque le salarié se soumettait volontairement à un test de dépistage, l'employeur ne pouvait pas lui demander le résultat de ce test. Le salarié était responsabilisé, la confiance était la règle, il était bien entendu invité à s'isoler s'il était positif.

Avec ce texte (qui n'a pas encore été adopté et qui doit subir le contrôle du Conseil d'Etat et certainement du Conseil Constitutionnel, il est utile de le rappeler), on se moque du secret médical, l'employeur pourra sans problème avoir connaissance de la santé du salarié, de son état de vaccination. C'est inquiétant. S'il est dérogé ainsi au secret médical, qu'est ce qui empêchera un employeur de demander à son salarié le résultat de son check-up annuel pour bien vérifier qu'il est en bonne santé et qu'il continuera à se donner corps et âme ?

En conclusion, vous l'avez compris, cet avant projet de loi est dangereux et inquiétant. Il est déplorable que l'Etat transfère sur des personnes privées le contrôle sanitaire qu'il devrait exercer. Pourquoi n'avoir pas mis en place une obligation vaccinale générale assortie de contrôles et de sanctions ? On me répondra parce que les sanctions sont difficiles à mettre en œuvre ... Je ne le pense pas.

On aurait pu envisager des sanctions pécuniaires pour les citoyens imposables, telle qu'une augmentation d'impôt ou une amende si le pass vaccinal n'est pas présenté sur le site *impots.gouv* et pour ceux qui sont plus « *précaires* », un accompagnement social vers une vaccination en utilisant la pédagogie.

Au lieu de mettre en place un obligation vaccinale pour tous qui politiquement serait impopulaire on préfère un tour de "pass pass" en mettant en place cette obligation indirectement au prix d'atteintes graves aux libertés et aux droits fondamentaux.

Michèle BAUER

Avocate à la Cour

Généraliste, titulaire d'un certificat de spécialisation en droit du travail

Blog : <http://michelebaueravocatbordeaux.fr>

contact@avocatbauer.fr

L'ILLEGALITE MANIFESTE D'UN PASS SANITAIRE ELARGI

« Partout, nous aurons la même démarche : reconnaître le civisme et faire porter les restrictions sur les non-vaccinés plutôt que sur tous » disait Emmanuel Macron, Président de la République lors de son allocution du 12 juillet 2021.

Voilà que le triptyque « liberté, égalité, fraternité » n'est plus par cette assertion qui sonne comme un coup de fracas pour tous les citoyens encore dubitatifs quant à l'idée d'être vaccinés. Le contrat social unissant les français se retrouve ici fragilisé.

Depuis le 14 mars 2020, date des premières fermetures administratives prononcées pour faire face à la pandémie de covid-19, une crise éthique, juridique, politique, démocratique, économique, financière s'est élevée. La généralisation et la pérennisation du pass sanitaire n'en est que la suite logique.

I- LE CADRE JURIDIQUE DU PASS SANITAIRE.

Après avoir abandonné son projet de loi instaurant un « passeport vaccinal » en décembre 2020, le gouvernement a décidé de retenir un « pass sanitaire », moins restrictif dès lors que le vaccin n'est pas le seul moyen de justifier de sa bonne santé.

Qu'est-ce que le pass sanitaire ?

Il s'agit de l'obligation de justifier d'un élément de sa santé pour voyager en dehors de la France métropolitaine ou pour accéder à certains établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes. Cet élément de santé peut être justifié par un vaccin, un test pcr négatif ou un certificat de rétablissement.

Il s'agissait de ne pas faire du vaccin la condition *sine qua non* pour pouvoir voyager en dehors de la France métropolitaine ou accéder à certains lieux regroupant un nombre important de personnes. La limite a été fixée à 1000 personnes au 7 juin 2021. Après de nombreux débats ou l'opposition s'est faiblement opposée, la loi du 31 mai 2021 relative à la sortie de crise sanitaire a fait entrer dans le droit positif le « passeport sanitaire ».

Ce dispositif est prévu au II de l'article 1er de la loi. Il a vocation à s'appliquer entre le 2 juin au 30 septembre 2021. Les décrets du 1er et du 7 juin 2021 ont précisé son contenu. Cette date du 30 septembre sera bien évidemment (ne soyons plus surpris) repoussée *sine die*.

L'instauration d'un passeport sanitaire soulève des problèmes juridiques et éthiques d'une très grande gravité qui ne laisseront pas notre droit indemne. Si en période de crise sanitaire, les libertés fondamentales peuvent être désactivées, alors c'est qu'elles ne sont plus si fondamentales.

Les défenseurs de la santé publique plaideront que ce mécanisme juridique est justifié pour les raisons suivantes :

- ▶ La crise sanitaire justifie tous les moyens ;
- ▶ Le pass sanitaire est cantonné à la question de la Covid-19 ;
- ▶ Le pass sanitaire est temporaire et limité dans le temps.

Premièrement, il n'existe pas de définition de ce qu'est une crise sanitaire. A partir de quand une situation n'est plus acceptable et nécessite de recourir à de tels moyens ? A partir de combien de mort, une épidémie devient une crise sanitaire ?

Deuxièmement, il serait cantonné à la maladie SARS COV 2. Dès lors que l'outil technologique permettant d'éviter des épidémies futures existe, pourquoi le cantonner à la question d'une maladie dont la létalité est inférieur à 1% ? Pensons notamment au HIV et posons-nous sérieusement cette question. Les éternels variants sont autant de raisons de pérenniser cet outil.

Troisièmement, l'histoire des dernières décennies démontrent que la tendance est à la généralisation et pérennisation des mesures restrictives de liberté. Des mesures qui étaient envisagées comme provisoires sont ensuite entrées dans le droit positif. Nous faisons ici référence à l'état d'urgence sécuritaire qui a suivi les attentats du 13 novembre 2015.

Surtout, si au 30 septembre 2021 les indicateurs sont au rouge, pensons-nous raisonnablement que cet outil disparaîtra ?

Rappelons également, que de nombreuses dispositions du décret du 1er juin 2021 permettent aux préfets de prendre des mesures plus restrictives localement, ce que les préfets n'ont pas hésité à faire [\[1\]](#).

Entré en vigueur le 9 juin 2021, il n'aura pas fallu attendre très longtemps avant de décider de l'étendre aux discothèques. Le 12 juillet 2021 il est question de le généraliser et de le pérenniser à toutes les activités de la vie courante. Bienvenue à Gattaca !

II- L'ILLÉGALITÉ MANIFESTE D'UNE GÉNÉRALISATION ET PÉRENNISATION DU PASS SANITAIRE.

Dans son discours du 12 juillet 2021 le Président de la République a décidé d'élargir aux activités de la vie quotidienne le pass sanitaire. A l'heure où cet article est rédigé, les textes ne sont pas encore publiés. Cependant, une généralisation aux activités de la vie quotidienne nous permet déjà de soulever les difficultés qui suivent.

Deux droits fondamentaux sont directement impactés ; la liberté (1) et l'égalité (2). Ces droits ne sont pas exhaustifs.

1) L'atteinte manifeste à la liberté.

La liberté constitue le droit de pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Si la liberté est consacrée par la Constitution, la question de la santé publique y est consacrée de manière plus indirecte.

a) La soumission de la liberté à la santé.

En effet, l'Etat doit garantir la protection de la santé et non pas la santé ou plus spécifiquement la bonne santé à tout prix [2]. Il s'agit d'une obligation pesant sur l'Etat dont la finalité n'est pas d'empêcher quiconque de tomber malade, mais d'agir afin de protéger la santé des individus, lesquels ont le droit d'être malades dès lors que cette maladie ne résulte pas d'une inaction ou d'une faute de l'Etat [3].

La protection de la santé n'est donc pas mise sur le même plan que la liberté qui reste une valeur cardinale dans une société démocratique. La santé est un moyen pour jouir de la liberté mais n'est certainement pas une condition. Pis encore, un citoyen malade a les mêmes droits qu'un citoyen en bonne santé. Nul ne concevrait d'ailleurs une telle distinction reposant sur un élément de la santé, sauf à se rendre coupable d'une discrimination.

Par l'instauration d'un pass sanitaire la liberté se retrouve dès lors qu'il sera nécessaire de justifier de son état de santé pour toutes les activités de la vie courante.

Que l'on soit vacciné ou non, la liberté n'est plus naturelle. Elle est conditionnelle, ce qui apparaît incompatible avec un état démocratique.

Indirectement mais sûrement, les citoyens qui n'accepteront pas de justifier de leur état de santé, qu'ils soient vaccinés ou non, se trouveront privés du droit d'entreprendre, de travailler, de la liberté d'aller et venir ou encore du droit au respect de la vie privée et familiale. Cela aura aussi un impact sur le droit de propriété qui s'en trouvera réduit.

Faire ses courses, aller à la salle de sport ou au cinéma nécessitera une véritable organisation pour toute personne non vaccinée. La liberté pour ces derniers sera, en réalité, théorique et illusoire.

b) Une obligation vaccinale déguisée.

Que reste-t-il à la personne refusant de justifier de son état de santé ? Rien.

Sa seule alternative est d'accepter un traitement nasale invasif toutes les 48h, lequel ne sera plus remboursé à partir de l'automne. Existe-t-il encore un choix dans ces conditions ? Et si elle refuse, dispose t'elle d'une alternative ? Bien entendu, non.

La liberté vaccinale repose sur deux principes.

Le premier, la liberté de consentir librement et de manière éclairée à tout acte médical. Cette liberté est fondamentale [4]. Cette liberté existe-t-elle lorsque l'on est soumis au chantage du licenciement ? Le chantage n'est pas une modalité de communication socialement acceptable.

Le second, est le respect de l'intégrité du corps humain. Quand bien même la vaccination obligatoire existe, celle-ci ne signifie pas que l'on peut injecter un tel produit de force sans méconnaître ce principe. Elle est obligatoire et implique d'assumer la responsabilité de son refus. Ces conséquences doivent rester proportionnées et ne sauraient conduire à une exclusion sociale totale [5].

Surtout, la question du non remboursement des tests PCR pose une difficulté quant à l'égal accès aux soins dès lors qu'aucune personne ne peut faire l'objet de discrimination dans l'accès à la prévention ou aux soins [6].

Selon que vous soyez pauvre ou riche, une discrimination existera nécessairement. Enfin, en pleine période de pandémie, freiner la détection du virus par les tests PCR revient à renier ce qui a été fait jusqu'à ce jour dès lors que la politique sanitaire a été basée en grande partie sur le nombre de « cas ».

Plus de cas, plus de pandémie. Plus de pandémie, plus de restriction de liberté.

2) L'atteinte manifeste à l'égalité.

Le principe d'égalité trouve sa source dans le droit constitutionnel et irrigue tout notre droit. Il implique d'une part, que toutes les personnes placées dans une situation identique soient traitées de la même manière. Cela n'empêche pas que des situations différentes fassent l'objet d'un traitement différent. Il est possible de déroger à l'égalité lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie. Dans ces deux situations, motif général ou situation différente, la différence de traitement qui peut en résulter doit être en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit. Cette différence ne doit pas être manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier.

Le pass sanitaire constitue un risque d'exclusion sociale totale d'une partie de la population qui ne souhaitera pas se soumettre à une telle justification. N'opposons pas bêtement les vaccinés et les non vaccinés. Les deux camps seront plutôt ceux qui sont attachés aux libertés et ceux qui soit par bêtise soit par cynisme, voire les deux, accepteront cette société fliquée et flippée de la moindre contamination.

Quid des personnes ne pouvant, pour des raisons médicales, subir une injection ? Est-ce une troisième catégorie de citoyens ? Quid des femmes enceintes pour lesquelles la haute autorité de la santé publique ne préconise pas d'injection ?

Or, le droit français ne reconnaît qu'un peuple français [7].

Souscrivant à un abonnement vaccinal annuel, dorénavant une scission est clairement affirmée par le gouvernement entre des citoyens vaccinés adhérant à la justification permanente de leur état de santé et des citoyens non vaccinés ou refusant cette justification bien que vaccinés. Légalement nous aurons deux catégories de citoyens : des supra citoyens et des sous citoyens.

Il y aura un peuple et un sous-peuple, avec des restrictions pesant sur certains plutôt que sur tous.

David Guyon, Avocat.
Barreau de Montpellier.