

**OBLIGATION VACCINALE ANTI-COVID EN FRANCE :
DE JURE ET DE FACTO****Clément SCHOULER**
Magistratclement.schouler@laposte.net**Résumé :**

En France, entre décembre 2020 et juillet 2021, les plus hautes autorités de l'Etat sont passées de l'affirmation du caractère nécessairement volontaire de la vaccination anti-covid à l'annonce de la mise en place d'une obligation vaccinale très large : soit directe assortie de sanctions particulièrement lourdes et dissuasives pour plus de quatre millions de personnes, soit déguisée en mettant en place un dispositif de nature discriminatoire à raison de l'état de santé destiné à inciter un maximum de personnes à se faire vacciner.

Mots-clés : Covid-19, obligation vaccinale, laissez-passer sanitaire, discriminations.

Abstract:

In France between December 2020 and July 2021, the highest state authorities went from affirming the necessarily voluntary nature of anti-covid vaccination to announcing the establishment of a very compulsory vaccination broad: either direct accompanied by particularly heavy and dissuasive sanctions for more than four million people, or disguised by setting up a system of a discriminatory nature because of the state of health intended to encourage as many people as possible to be vaccinated

Key words: Covid-19, vaccine obligation, health pass, discrimination.

Classification JEL : B59.

Le pragmatisme en politique exige de se plier aux contraintes du réel. L'homme qui fonda le concept de Realpolitik, August Ludwig von Rochau¹, n'imaginait pourtant peut-être pas que le réel puisse provoquer à quelques mois d'intervalles des virages politiques à 180° aussi spectaculaires que ceux auxquels on a assisté en France entre la fin de l'année 2020 et l'été

¹ August Ludwig von Rochau écrivait en 1869 dans *Grundzüge der Realpolitik* : « La Realpolitik ne se meut pas dans un futur nébuleux, mais dans la sphère historique du présent ; elle ne trouve pas sa tâche dans la réalisation d'idéaux, mais dans la réalisation de buts concrets, et elle sait, sous toutes réserves, se contenter de la moitié des résultats si tous ne sont pas disponibles pour le moment ». Il affirmait également dans cet ouvrage « L'unité allemande n'est point une affaire de cœur et de passion pour la nation [...] L'unité est pour les Allemands au fond une pure transaction commerciale où personne ne veut perdre et où chacun, au contraire, veut faire autant de profit que possible »

2021 en matière d'obligation vaccinale contre le nouveau coronavirus responsable du syndrome de Covid 19.

En effet, le 4 décembre 2020, le président de la République française déclarait : « *Je ne crois pas à la vaccination obligatoire pour ce vaccin [...]* On ne répond pas à la défiance par l'obligation¹ ». Et d'insister trois semaines plus tard : « je l'ai dit, je le répète : le vaccin ne sera pas obligatoire »². Six mois plus tard, le 12 juillet 2021, lors de son adresse aux Français³ il s'exprimait ainsi : « Pour les personnels soignants et non-soignants des hôpitaux, des cliniques, des maisons de retraite, des établissements pour personnes en situation de handicap, pour tous les professionnels ou bénévoles qui travaillent au contact des personnes âgées ou fragiles, y compris à domicile, la vaccination sera rendue obligatoire sans attendre (...) A partir du 15 septembre, des contrôles seront opérés, et des sanctions seront prises (...) Il y a ensuite tous les autres Françaises et Français, les millions d'entre vous qui n'ont pour le moment reçu aucune injection. En fonction de l'évolution de la situation nous devons sans doute nous poser la question de la vaccination obligatoire pour tous les Français. Vous l'avez compris, la vaccination n'est pas tout de suite obligatoire pour tout le monde, mais nous allons étendre au maximum le pass sanitaire pour pousser le maximum d'entre vous à aller vous faire vacciner ».

Qu'a-t-il pu se passer pour que la politique de l'Etat français change à ce point entre décembre 2020 et juillet 2021 ? La réponse ne peut être trouvée ni dans le nombre de décès attribués au coronavirus, ni dans le nombre d'hospitalisations, fût-ce en soins critiques qui entre décembre 2020 et juillet 2021 avaient considérablement décru. En effet, selon les données publiées par le gouvernement français, le nombre d'hospitalisations liées au coronavirus est passé d'environ 25 000 en décembre 2020 à environ 7 000 en juillet 2021 soit une baisse de 72%. Quant au nombre quotidien de décès à l'hôpital, il est passé d'environ 300 en décembre 2020 à moins de 20 sept mois plus tard soit une chute spectaculaire de plus de 93%⁴.

Il ne saurait s'agir ici d'examiner les facteurs évidemment complexes et multiples qui peuvent expliquer une telle chute du nombre de décès et d'hospitalisations liée à l'épidémie. On est cependant en droit de faire l'hypothèse que la vaccination y a largement contribué puisqu'il n'y avait guère de personnes vaccinées en décembre 2020 et qu'elles étaient plus de 30 millions sept mois plus tard. En revanche, ce qui peut être affirmé avec certitude, c'est que l'obligation vaccinale n'a en rien contribué à cette amélioration spectaculaire de la situation sanitaire entre décembre 2020 et juillet 2021 puisqu'elle n'existait pendant cette période ni de facto, ni de jure en ce qui concerne le virus responsable de l'épidémie.

¹ Entrevue accordée le 4 décembre 2020 par le président de la République française au magazine *brut* <https://www.brut.media/fr/news/covid-19-emmanuel-macron-ne-croit-pas-a-la-vaccination-obligatoire--b634b310-c9db-4ec3-8148-62562b9ed384>

² <https://twitter.com/emmanuelmacron/status/1343144938985451520?lang=fr>

³ <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/07/12/adresse-aux-francais-12-juillet-2021>

⁴ [https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/carte-et-donnees?xtor=SEC-3-GOO-\[-511792643944\]-S-\[%C3%A9pid%C3%A9mie%20coronavirus\]](https://www.gouvernement.fr/info-coronavirus/carte-et-donnees?xtor=SEC-3-GOO-[-511792643944]-S-[%C3%A9pid%C3%A9mie%20coronavirus])

En effet, c'est la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire et le décret n°2021-1059 du 7 août 2021 qui, traduisant la parole présidentielle du 12 juillet 2021 en droit, institue de jure et de facto une vaccination obligatoire « contre la covid-19 ».

De jure, elle concerne les personnes travaillant dans pas moins de dix-sept catégories de lieux et établissements et plus de huit catégories et statuts professionnels (I).

De facto, est élargie l'obligation de présenter un laissez-passer sanitaire¹ pour accéder à un nombre considérable de lieux, établissements, services ou événements, jusqu'aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, ce laissez-passer sanitaire ayant pour but avoué de « pousser » un maximum de personnes à se faire vacciner (II).

I. Obligation vaccinale de jure

Le fait que le législateur puisse instituer une obligation vaccinale n'est ni une nouveauté ni une spécificité nationale (A). Pourtant il convient de souligner l'étendue et la portée considérables de l'obligation vaccinale instituée en France en 2021 en ce qui concerne le nouveau coronavirus tant du point de vue du nombre de personnes concernées, que de la sévérité des sanctions civiles et pénales encourues en cas de violation de cette nouvelle obligation vaccinale (B).

A) Dans d'autres temps, dans d'autres lieux : approche historique et géographique de l'obligation vaccinale

L'idée de contraindre des groupes humains entiers de se soumettre à une obligation de se voir injecter un produit prophylactique en l'absence de tout facteur de risque personnel au regard de la maladie que le produit est censé combattre pour la personne qui le reçoit n'est pas nouvelle. Dès 1853, fut établie en Grande-Bretagne une obligation de vaccination au moyen des « poor laws » qui consacrèrent la légalisation des dispositifs médico-hygiénistes parfois coercitifs. Ces lois suscitèrent de vives oppositions et la naissance d'un mouvement anti-vaccinal².

En France, c'est une loi de 1902 qui institue pour la première fois une obligation vaccinale antivariolique³ au cours de la première, onzième et vingt-et-unième année de la vie en

¹ Le décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 introduit un « passe » sanitaire dont la présentation obligatoire a été élargie par le décret n°2021-1059 du 7 août 2021 il s'agit en réalité d'un laissez-passer, le nom masculin *passé* en français étant, selon le dictionnaire de l'Académie française, le synonyme familier de *passé-partout*. *Il ne saurait* donc désigner un document ou un dispositif dont le but est précisément de prohiber l'accès de certaines personnes à certains lieux sauf à considérer que la dystopie orwellienne est devenue réalité (cf. la devise du Parti dans 1984 : *la guerre, c'est la paix, la liberté c'est l'esclavage...*).

Un laissez-passer selon le dictionnaire de l'Académie française est en revanche un titre autorisant quelqu'un à pénétrer et circuler dans un endroit déterminé.

² Vaccination act de 1853 et de 1867

³ Article 6 de la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique

précisant que les parents ou tuteurs sont tenus personnellement de l'exécution de cette mesure. Toutefois la pénalité encourue en cas d'infraction demeure limitée puisque l'article 27 de cette loi prévoit en cas d'infraction à cette obligation la peine la plus légère prévue par le code pénal d'alors : une amende d'un à cinq francs¹.

L'obligation de vaccination antivariolique sera suspendue par la loi n° 84-404 du 30 mai 1984 relative à la vaccination antivariolique quatre-vingt-deux ans après avoir été instituée.

D'autres obligations vaccinales ont été imposées ultérieurement contre la diphtérie en 1938, contre le tétanos en 1940, contre la tuberculose en 1950, enfin contre la poliomyélite en 1964.

Toutefois, à partir de la fin des années 1960, les nouveaux vaccins mis sur le marché sont simplement recommandés et même l'obligation de vaccination contre la tuberculose finit par être suspendue par un décret de 2007².

Jusqu'au 1^{er} janvier 2018, seules trois vaccinations demeurent obligatoires : l'antipoliomyélitique³, l'antidiphtérique et l'antitétanique par l'anatoxine⁴. Par une décision de 2015⁵, le conseil constitutionnel a considéré que cette obligation vaccinale ne portait pas atteinte à l'exigence constitutionnelle de protection de la santé telle qu'elle est garantie par le Préambule de 1946 et notamment par son onzième alinéa par lequel est proclamé que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère (...) la protection de la santé ».

C'est la loi du n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 en son article 49 qui, en modifiant l'article L3111-2 du code de la santé publique, qui institue à nouveau une obligation vaccinale relative à onze vaccins⁶. Ces vaccinations doivent pratiquées dans les dix-huit premiers mois de la vie⁷. Aucune sanction pénale n'est prévue en cas de non-respect de ces obligations de vaccination. Toutefois, l'article L3111-2 du code de la santé publique dispose que les personnes titulaires de l'autorité parentale ou qui assurent la tutelle des mineurs sont tenues personnellement responsables de l'exécution de cette obligation vaccinale et que la preuve que cette obligation a été exécutée doit être fournie,

¹ Article 471 de l'ancien code pénal du 12 février 1810 alors en vigueur qui définit les contraventions de la première classe qui sont les moins graves.

² Décret n°2007-1111 du 17 juillet 2007 relatif à l'obligation vaccinale par le vaccin antituberculeux BCG

³ Article L. 3111-3 du code de la santé publique dans sa rédaction résultant de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

⁴ article L. 3111-2 du code de la santé publique dans sa rédaction résultant de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance

⁵ Décision n° 2015-458 QPC du 20 mars 2015

⁶ Antidiphtérique, antitétanique, antipoliomyélitique, contre la coqueluche, les infections invasives à *Haemophilus influenzae* de type b, le virus de l'hépatite B, les infections invasives à pneumocoque, le méningocoque de sérogroupe C, la rougeole, les oreillons et la rubéole.

⁷ Cf. article R3111-2 du code de la santé publique dans sa version en vigueur depuis le 27 janvier 2018 modifié par l'article premier du décret n°2018-42 du 25 janvier 2018.

selon des modalités définies par décret, pour l'admission ou le maintien dans toute école, garderie, colonie de vacances ou autre collectivité d'enfants.

La vaccination obligatoire des enfants a fini par être jugée conforme à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un arrêt du 8 avril 2021¹ rendu dans une instance introduite contre la République tchèque dans laquelle la République française est intervenue volontairement « pour souligner l'importance, pour les États, de pouvoir mettre en place une politique de santé publique efficace, permettant de lutter contre les maladies graves ou contagieuses, ce que la pandémie de COVID-19 aurait clairement démontré », la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que si la vaccination obligatoire des enfants était une ingérence dans la vie privée, celle-ci pouvait, sous certaines conditions très restrictives (efficacité et innocuité démontrée du vaccin, légèreté des sanctions appliquées en cas de non-soumission à l'obligation, impossibilité d'envisager une vaccination forcée, non-exclusion des enfants non-vaccinés de la scolarité obligatoire) être nécessaire dans une société démocratique au nom de la solidarité sociale et de l'intérêt supérieur des enfants.

L'obligation vaccinale est donc loin d'être une nouveauté en France. Toutefois on ne peut qu'observer que les pays qui ont fait le choix d'une obligation vaccinale générale contre le virus SARS-CoV-2 (responsable de la maladie Covid-19) se comptent sur les doigts d'une main².

C'est le cas dans deux régimes autoritaires d'Asie centrale, le Tadjikistan et le Turkménistan et du micro-Etat pontifical du Saint-Siège.

Il est à noter qu'un territoire d'outre-mer français, la Nouvelle-Calédonie, impose depuis septembre 2021 la vaccination anti-covid aux personnes majeures.

Certains Etats ont adopté l'obligation vaccinale pour certaines professions : la Grèce, l'Italie, le Royaume-Uni, les Etats-Unis, le Canada, le Zimbabwe, l'Arabie saoudite et la France.

B) L'étendue et la portée considérables de l'obligation vaccinale en France : plus de 4 millions de personnes concernées

En France l'obligation vaccinale concerne un nombre considérable de personnes et est assortie de sanctions particulièrement lourdes et dissuasives.

Elle concerne tout d'abord les personnes exerçant leurs activités établissements de santé publics, privés d'intérêt collectif et privés qui représentent 1,4 millions de personnes³. Elle s'applique à tous les médecins et infirmiers libéraux qui comptent un effectif de 400 000

¹ CEDH, 8 avr. 2021, *Vavříčka c. République tchèque*, n°46621/13

² Les Echos, édition du 27 septembre 2021, Sébastien Mastrandreas, Pauline Verge, Anna Lippert *Covid : où en est l'obligation vaccinale dans le monde ?* <https://www.lesechos.fr/monde/enjeux-internationaux/covid-ou-en-est-lobligation-vaccinale-dans-le-monde-1349736>

³ LES ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ EN 2019 LES CHIFFRES CLÉS Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES)

personnes¹, aux professionnels employés par un particulier employeur à son domicile privé pour réaliser des travaux à caractère familial ou ménager, effectuant des interventions au domicile des personnes attributaires de l'allocation personnalisée d'autonomie ou de la prestation de compensation prévue à l'article L. 245-1 du code de l'action sociale et des familles qui représentent plus de 1,2 millions de salariés².

L'obligation vaccinale s'applique aussi au secteur des établissements d'hébergement des personnes âgées dépendantes qui représente plus de 400 000 salariés³.

Etant donné que l'obligation vaccinale instituée par l'article 12 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire concerne également les personnes exerçant leur activité dans les hôpitaux des armées, les centres de santé, les maisons de santé, les centres médicaux et équipes de soins mobiles du service de santé des armées, les dispositifs d'appui à la coordination des parcours de santé complexes, les centres de lutte contre la tuberculose, les services de médecine préventive et de promotion de la santé, les services de prévention et de santé au travail, les services de prévention et de santé au travail interentreprises, les établissements et services sociaux et médico-sociaux, les résidences-services pour personnes âgées, les résidences-services destinées à l'accueil des personnes âgées ou handicapées, les habitats inclusifs, les psychologues, les ostéopathes, les chiropracteurs, les psychothérapeutes, les étudiants ou élèves des établissements préparant à l'exercice des professions de santé, les sapeurs-pompiers et les marins-pompiers des services d'incendie et de secours, les pilotes et personnels navigants de la sécurité civile assurant la prise en charge de victimes, les militaires des unités investies à titre permanent de missions de sécurité civile, les membres des associations agréées de sécurité civile, les prestataires de services sanitaires les personnes exerçant l'activité de transport sanitaire, c'est vraisemblablement plus de 4 millions de personnes qui se voient imposer cette obligation soit environ 15% de la population des actifs occupés en France⁴.

S'agissant d'une vaccination obligatoire, il a été prévu par la loi que la réparation intégrale des préjudices directement imputables à cette vaccination serait assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales⁵.

Il n'y a cependant d'obligation autre que symbolique que lorsque des sanctions y sont attachées pour ceux qui y sont soumis et qui s'en affranchissent. Il faut rappeler que la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique ne prévoyait en cas de non-respect

¹ LES CHIFFRES CLÉS DE L'OFFRE DE SOINS DIRECTION GÉNÉRALE DE L'OFFRE DE SOINS (DGOS) du ministère de la santé et des solidarités, édition 2018

² DIRECTION DE L'ANIMATION DE LA RECHERCHE, DES ETUDES ET DES STATISTIQUES DU MINISTRE DU TRAVAIL, Dares résultats, *Les services à la personne en 2018* février 2020 N° 011,

³ LES DOSSIERS DE LA DREES n° 68 décembre 2020 *Le taux d'encadrement dans les Ehpad*

⁴ <https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277653?sommaire=4318291>

⁵ Cf. article 18 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire et L3111-9-1 du code de la santé publique

de l'obligation vaccinale que la peine la plus légère prévue par le code pénal d'alors : une amende d'un à cinq francs¹.

En revanche, l'obligation vaccinale instituée par la loi du 5 août 2021 est assortie d'une sanction particulièrement lourde : la suspension du contrat de travail ou la suspension de ses fonctions du fonctionnaire concerné, mesure qui emporte suspension des rémunérations servies au salarié de droit privé ou au fonctionnaire².

En outre, des sanctions pénales ont été prévues pour réprimer le fait de ne pas se soumettre à cette nouvelle obligation vaccinale : une contravention de 4^e classe pour la violation de l'interdiction d'exercer pour ceux qui, astreints à l'obligation vaccinale, ne s'y sont pas soumis et l'amende prévue pour les contraventions de 5^e classe si cette violation est constatée à nouveau dans un délai de quinze jours, qui peut atteindre 1500 €³.

Si les violations sont « verbalisées » (sic) à plus de trois reprises dans un délai de trente jours, les faits sont punis de six mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende ainsi que de la peine complémentaire de travail d'intérêt général et de la peine complémentaire de suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire lorsque l'infraction a été commise à l'aide d'un véhicule⁴.

II. Obligation vaccinale de facto : le laisser-passer sanitaire

L'obligation vaccinale de jure est en réalité l'arbre qui cache la forêt dans la mesure où elle ne concerne que 4 millions de personnes⁵.

Il a en effet été décidé de priver de l'accès à un nombre considérable de biens et de services - y compris des plus essentiels comme la santé - toutes les personnes qui n'ont pu ou n'ont voulu recevoir d'injection d'un des produits prophylactiques anti-covid autorisés par l'agence européenne du médicament et de contraindre la totalité de la population à justifier de son statut sérologique pour avoir accès à ces biens et services dans le but d'atteindre par un moyen détourné un but avoué : contraindre toute la population des plus de 12 ans à se faire injecter un de ces produits en instituant un laisser-passer sanitaire (A).

Cette méthode ne laisse pas de questionner sur les raisons qui ont conduit les autorités à ne pas instituer une obligation vaccinale comme elle a pu exister dans de nombreux pays et pour de nombreuses maladies depuis de nombreuses années¹.

¹ Cf. Article 6 de la loi du 15 février 1902 relative à la protection de la santé publique et article 471 de l'ancien code pénal du 12 février 1810 alors en vigueur qui définit les contraventions de la première classe qui sont les moins graves.

² Cf. article 14 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire

³ Cf. article 131-13 du code pénal

⁴ Cf. article 16 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire et L3136-1 du code de la santé publique

⁵ Cf. supra I-B

Toujours est-il que la méthode employée massive et généralisée à l'ensemble de la population se fonde sur un dispositif intrinsèquement discriminatoire à raison de l'état de santé (B).

A) Un but avoué, des moyens détournés

Le but avoué du laissez-passer sanitaire est de « pousser le maximum » de personnes à aller se faire vacciner².

Tout d'abord, il convient de faire une mise au point terminologique concernant ce nouvel objet juridique désigné par le chapitre 2 du décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire comme étant un « passe sanitaire ».

Ce nouveau système qui consiste à subordonner l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation d'un résultat négatif de test de dépistage ou d'un certificat de vaccination ou de rétablissement après contamination³ a en effet été improprement appelé « passe » sanitaire par le décret d'application de la loi du 5 août 2021 - peut-être en raison d'une volonté de transcrire en français sans le traduire le mot anglo-saxon « pass »⁴ - doit en réalité plus justement être désigné sous le vocable de « laissez-passer » sanitaire. Un laisser-passer est en effet un titre autorisant quelqu'un à pénétrer et circuler dans un endroit déterminé, ce qui est bien différent d'un passe-partout⁵.

Le décret n°2021-1059 du 7 août 2021 exige en effet que le laisser-passer sanitaire est obligatoire pour accéder notamment :

- aux salles d'auditions, de conférences, de projection, de réunions, de spectacles ou à usages multiples,
- aux chapiteaux, tentes et structures, aux salles de jeux et salles de danse, aux établissements à vocation commerciale destinés à des expositions, des foires-expositions ou des salons ayant un caractère temporaire,

¹ Cf. supra I-A

² <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2021/07/12/adresse-aux-francais-12-juillet-2021>

³ La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire exige pour l'accès à ces lieux ou services « la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 »

⁴ Le substantif anglais « pass » désigne un permis ou un laissez-passer

⁵ Le nom masculin *passe* en français est, selon le dictionnaire de l'Académie française, le synonyme familier de *passe-partout*. Il ne saurait donc désigner un document ou un dispositif dont le but est précisément de prohiber l'accès de certaines personnes à certains lieux sauf à considérer que la dystopie orwellienne est devenue réalité (cf. la devise du Parti dans 1984 : *la guerre, c'est la paix, la liberté c'est l'esclavage, l'ignorance c'est la force*). Un laisser-passer selon le dictionnaire de l'Académie française est en revanche un titre autorisant quelqu'un à pénétrer et circuler dans un endroit déterminé.

- aux établissements de plein air comme les terrains de sport, les stades, les pistes de patinage, les piscines en plein air, les arènes, les hippodromes, dont l'accès fait habituellement l'objet d'un contrôle,
- aux salles omnisports, d'éducation physique et sportive, aux salles sportives spécialisées, aux patinoires, aux manèges,
- aux piscines couvertes, dont l'accès fait habituellement l'objet d'un contrôle,
- aux musées et salles destinées à recevoir des expositions à vocation culturelle ayant un caractère temporaire,
- aux bibliothèques et centres de documentation,
- aux événements culturels, sportifs, ludiques ou festifs organisés dans l'espace public ou dans un lieu ouvert au public et susceptibles de donner lieu à un contrôle de l'accès des personnes,
- aux compétitions et manifestations sportives soumises à une procédure d'autorisation ou de déclaration et qui ne sont pas organisées au bénéfice des sportifs professionnels ou de haut niveau,
- aux fêtes foraines comptant plus de trente stands ou attractions,
- aux restaurants, débits de boissons, restaurants d'altitude et, pour leur activité de restauration et de débit de boissons, aux établissements flottants et hôtels,
- aux magasins de vente et centres commerciaux, comportant un ou plusieurs bâtiments dont la surface commerciale utile cumulée calculée est supérieure ou égale à vingt mille mètres carrés, sur décision motivée du représentant de l'Etat dans le département,
- aux foires et salons professionnels ainsi que, lorsqu'ils rassemblent plus de cinquante personnes,
- aux séminaires professionnels organisés en dehors des établissements d'exercice de l'activité habituelle,
- aux déplacements de longue distance par transports publics.

Les mêmes conditions (présentation du résultat d'un examen de dépistage, d'un test ou d'un autotest, d'un justificatif du statut vaccinal ou d'un certificat de rétablissement) subordonnent l'accès aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour l'accueil, sauf en situation d'urgence et sauf pour l'accès à un dépistage de la covid-19, des personnes accueillies dans les établissements et services de santé pour des soins programmés¹.

Est restreint de la même façon l'accès dans ces services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux des personnes accompagnant celles accueillies dans ces services et établissements ou leur rendant visite à l'exclusion des personnes accompagnant ou rendant visite à des personnes accueillies dans des établissements et services médico-sociaux pour enfants.

¹ Le décret n°2021-1059 du 7 août 2021 prévoit toutefois la possibilité de déroger à cette règle par décision du chef de service ou, en son absence, d'un représentant de l'encadrement médical ou soignant, quand l'exigence des justificatifs constitutifs du laisser-passer sanitaire est de nature à empêcher l'accès aux soins du patient dans des délais utiles à sa bonne prise en charge.

Une liste aussi impressionnante interdit de facto l'accès aux personnes non vaccinées à un nombre considérables de services, aussi essentiels que ceux de la santé, et les exclut de la vie sociale, sportive et culturelle et ce d'autant plus que la possibilité d'avoir accès à ses services en présentant un résultat d'un examen de dépistage ne concluant pas à une contamination par la covid-19 devient de plus en plus théorique en l'état du déremboursement des tests de dépistages pris par arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire pris en considération du « ralentissement notable de la circulation virale, permettent aujourd'hui d'adapter la stratégie de dépistage alors que 7,5 millions de Français ne sont pas encore vaccinés » et du fait « qu'il y a dès lors lieu, à compter du 15 octobre 2021, de limiter la prise en charge des tests par l'assurance maladie à certaines situations, en les subordonnant, lorsque c'est nécessaire, à prescription médicale ». Il convient de préciser que ce texte ne laisse aucune marge de liberté aux médecins pour prescrire ce test. La commission permanente de la section sociale du Conseil d'Etat avait pourtant appelé l'attention du Gouvernement sur la circonstance que l'appréciation ainsi portée sur le caractère proportionné de l'atteinte aux libertés fondamentales résultant de l'application du dispositif devrait nécessairement être réévaluée, soit en cas d'amélioration des perspectives sanitaires concernant les hospitalisations et admissions en soins critiques, soit s'il était décidé de rendre payants les tests de dépistage ou encore de limiter leur durée de validité¹.

Une question se pose alors, lancinante : pourquoi ne pas avoir opté pour une obligation vaccinale générale ?

Une telle obligation aurait présenté à l'évidence un caractère inédit eu égard au caractère provisoire et conditionnel des autorisations de mise sur le marché délivrés par l'agence européenne du médicament en ce qui concerne les spécialités prophylactiques anti-Covid-19 autorisées par cet organisme européen².

Cet état de fait laisse penser que le libre consentement à la vaccination pourrait apparaître dans ces conditions comme étant une condition de sa licéité³.

Du reste, dès le début de la campagne de vaccination, la question de la responsabilité des personnels vaccinateurs et des médecins prescripteurs de vaccination s'est posée et le ministre des solidarités et de la santé a adressé le 23 décembre 2020 une lettre au Président de l'ordre national des médecins pour le rassurer⁴ : s'agissant d'une intervention rendue nécessaire par

¹ §19 de l'avis N° 403.629 rendu par le Conseil d'État en sa séance du 19 juillet 2021 sur un projet de loi relatif à l'adaptation de nos outils de gestion de la crise sanitaire

² <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-authorised>

³ SEGUR, Philippe, *sur la licéité d'une obligation vaccinale anti-covid*, revue des droits et libertés fondamentaux, 2021 chron. n°20

⁴ Cette lettre est incluse dans la Fiche technique vaccination COVID de décembre 2020 relative au statut des personnels vaccinateurs élaborée par l'agence régionale de santé de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur

l'existence d'une menace sanitaire grave et que la prescription ou l'administration du médicament a été recommandée ou exigée par le ministre chargé de la santé¹, les professionnels de santé ne peuvent être tenus pour responsables des dommages résultant de la prescription ou de l'administration des vaccins anti-covid autorisés à titre provisoire et conditionnel pas plus que les fabricants de ces vaccins ne peuvent davantage être tenus pour responsables des dommages résultant de leur utilisation². Ce sera à la solidarité nationale d'indemniser ces préjudices par le biais de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux affirme le ministre de la santé le 23 décembre 2020³.

Ce n'est donc pas la volonté d'exonérer l'Etat de sa responsabilité à raison des dommages résultant de la prescription ou de l'administration des vaccins anti-covid qui a exclu l'option d'une obligation vaccinale générale.

Dix mois plus tard, après la décision prise par arrêté de mettre fin au remboursement des tests Covid par l'assurance maladie⁴, la défenseure des droits dans un communiqué de presse du 20 octobre 2021 considérait pourtant que cette « décision modifiait profondément l'équilibre sur lequel reposait le dispositif prévu par la loi et pourrait s'apparenter à une obligation vaccinale déguisée ».

B) Le laisser-passer sanitaire : un dispositif discriminatoire provisoire mais fait pour durer

La mise en place de cette obligation vaccinale déguisée ou de fait utilise un moyen dont le caractère discriminatoire est aisé à démontrer.

En effet, dans la mesure où les règles relatives au laissez-passer sanitaire institué en France par la loi du 5 août 2021 subordonnent l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation d'un résultat négatif de test de dépistage ou d'un certificat de vaccination ou de rétablissement après contamination⁵, il s'agit donc bien l'état de santé des personnes qui est de nature à interdire leur accès à certains lieux et services puisque ces derniers leur sont interdits si elles sont contaminées par le virus concerné ou si elles ne sont pas rétablies à la suite d'une contamination par le virus. Se pose évidemment, dans le troisième cas prévu par la loi, la question de savoir si le statut sérologique d'une personne issu de sa vaccination est susceptible d'être considéré comme un état de santé. A l'évidence, on

¹ Cf. article L. 3131-1 du code de la santé publique

² Cf. article L3131-3 du code de la santé publique

³ Fiche technique vaccination COVID de décembre 2020 relative au statut des personnels vaccinateurs élaborée par l'agence régionale de santé de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur et article L3131-4 du code de la santé publique

⁴ Cf. supra arrêté du 14 octobre 2021 modifiant l'arrêté du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire

⁵ La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire exige pour l'accès à ces lieux ou services « la présentation soit du résultat d'un examen de dépistage ne concluant pas à une contamination par la covid-19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la covid-19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la covid-19 »

doit répondre à cette question par l'affirmative car le législateur a estimé qu'une personne vaccinée peut bénéficier de l'accès à certains lieux et services parce qu'elle peut être considérée comme a priori moins contaminante et contaminable, donc en meilleur état de santé.

Il est à cet égard assez étonnant que le Conseil constitutionnel dans son examen de la loi du 5 août 2021 se soit contenté, pour valider l'institution du laissez-passer sanitaire en raison de son caractère non-discriminatoire, d'affirmer que « le contrôle de la détention d'un des documents nécessaires pour accéder aux lieux, établissements, services ou événements ne peut être réalisé que par les forces de l'ordre ou les exploitants de ces lieux, établissements, services ou événements. Sa mise en œuvre ne saurait s'opérer qu'en se fondant sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes » sans expliquer en quoi le fait d'interdire l'accès à certains lieux et services pour des motifs de santé ne serait pas discriminatoire¹.

Il faut en effet ici rappeler que l'article 225-1 du code pénal issu à l'origine de la loi du 12 juillet 1990² dispose : « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement notamment de leur état de santé ».

Commettre une telle discrimination expose à des peines de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste notamment à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ou à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'état de santé. En outre lorsque le refus discriminatoire est commis dans un lieu accueillant du public ou aux fins d'en interdire l'accès, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende³.

Or c'est précisément ce qu'ordonne le décret n°2021-1059 du 7 août 2021 qui impose de présenter le résultat d'un examen de dépistage, d'un test ou d'un autotest un justificatif du statut vaccinal ou un certificat de rétablissement pour accéder à de très nombreux lieux et services y compris à des lieux accueillant du public.

Quant aux restrictions d'accès en raison de l'état de santé des personnes accueillies dans les établissements et services de santé pour des soins programmés et des personnes accompagnant celles accueillies dans ces services et établissements ou leur rendant visite, elles entrent en contradiction avec celles de l'article L1110-3 du code de la santé publique proclame qu'aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins. Le décret d'application de ce texte date d'octobre 2020. Il précède donc de quelques mois le laissez-passez sanitaire d'août 2021⁴. Il est édicté en pleine crise sanitaire. Il rappelle que constitue un refus de soins discriminatoire, au sens de l'article L. 1110-3 du code de la

¹ Décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021

² Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap

³ Article 225-2 du code pénal

⁴ Décret n° 2020-1215 du 2 octobre 2020 relatif à la procédure applicable aux refus de soins discriminatoires et aux dépassements d'honoraires abusifs ou illégaux

santé publique, toute pratique tendant à empêcher ou dissuader une personne d'accéder à des mesures de prévention ou de soins, par quelque procédé que ce soit et notamment par des obstacles mis à l'accès effectif au professionnel de santé ou au bénéfice des conditions normales de prise en charge financière des actes, prestations et produits de santé, pour l'un des motifs de discrimination mentionnés aux articles 225-1 et 225-1-1 du code pénal à savoir notamment l'état de santé.

Une question simple se pose donc : doit-on considérer que la restriction d'accès aux services médicaux pour les personnes non-titulaires d'un laissez-passer sanitaire est une pratique tendant à empêcher ou dissuader une personne d'accéder à des mesures de prévention ou de soins qui serait susceptible de constituer un refus de soins discriminatoire, au sens de l'article L. 1110-3 du code de la santé publique ?

Le Conseil constitutionnel s'est limité sur ce point à affirmer que « le législateur a réservé l'exigence de présentation d'un « passe sanitaire » aux seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements, ainsi qu'à celles qui y sont accueillies pour des soins programmés. Ainsi, cette mesure, qui s'applique sous réserve des cas d'urgence, n'a pas pour effet de limiter l'accès aux soins »¹, semblant considérer curieusement qu'il ne pouvait y avoir de soins qu'urgents.

La réalité d'août 2021 semble donc, du moins d'un point de vue juridique, être à l'opposé de celle d'octobre 2020 étant précisé que le décret d'octobre 2020 relatif aux refus de soins discriminatoires n'a pas été explicitement abrogé par les mesures prises en août 2021, pas plus que n'a évidemment été abrogé l'article 225-1 du code pénal.

Ce droit d'exception qui vient créer une obligation de discrimination à raison de l'état de santé sans abroger les textes qui prohibent et répriment de tels comportements a certes été pris dans des conditions considérées comme relevant d'une « crise sanitaire ».

C'est la raison pour laquelle la loi du 5 août 2021 a strictement limité son application dans le temps jusqu'au 15 novembre 2021.

Cependant, le 20 octobre 2021, l'Assemblée nationale de la République française qui compte 577 députés a, par 135 voix contre 125, adopté le projet de loi que lui a soumis le gouvernement en prévoyant que ce dispositif serait prolongé jusqu'au 31 juillet 2022² : comme trop souvent en matière de suspension des libertés, le provisoire s'éternise et les lois d'exception entrent dans le droit commun.

¹ Op. cit. note infrapaginale n°44

² Projet de loi n° 4565 portant diverses dispositions de vigilance sanitaire qui en son article 2 proroge jusqu'au 31 juillet 2022 le régime de gestion de la sortie de crise sanitaire et la possibilité de mobiliser par la voie réglementaire le passe sanitaire, prévus par la loi du 31 mai 2021

Bibliographie

- CASSIA, Paul (2016), *Contre l'état d'urgence*, Paris, Dalloz.
- CASSIA, Paul. Sortie de l'état d'urgence temporaire, entrée dans l'état d'urgence permanent, BLOG de Mediapart de Paul CASSIA, <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/311017/sortie-de-l-etat-d-urgence-temporaire-entree-dans-l-etat-d-urgence-permanent>
- DI VITTORIO, Pierangelo (2011), Le malaise de la médecine. La fonction thérapeutique entre soin et biopolitique, Philosophie de la santé, Santé conjugée – avril 2011– n°56.
- DIRECTION DE L'ANIMATION DE LA RECHERCHE, DES ETUDES ET DES STATISTIQUES DU MINISTERE DU TRAVAIL, février 2020 N° 011, Les services à la personne en 2018.
- DIRECTION DE LA RECHERCHE, DES ETUDES, DE L'EVALUATION ET DES STATISTIQUES (DREES), les établissements de santé en 2019 : les chiffres clés.
- XXXVIe TABLE RONDE INTERNATIONALE DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE 11 & 12 SEPTEMBRE 2020 AIX-EN-PROVENCE, ilf-gerjc – Aix Marseille Université CDPC – université de Toulon DICE UMR 7318 IEHIA – Université de Pau et des pays de l'Adour, L'état d'exception, nouveau régime de droit commun des droits et libertés ? Du terrorisme à l'urgence sanitaire.
- DIRECTION DE LA RECHERCHE, DES ETUDES, DE L'EVALUATION ET DES STATISTIQUES (DREES), les dossiers de la drees n° 68, décembre 2020, le taux d'encadrement dans les Ehpad.
- ÉTUDE ANNUELLE 2021, conseil d'Etat, la documentation La Française, Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes, étude a été approuvée par l'assemblée générale du Conseil d'État le 8 juillet 2021.
- GARAPON Antoine et ROSENFELD Michel (2016), *Démocraties sous stress. Les défis du terrorisme global*, Paris, Presses Universitaires de France.
- GUITTET, Emmanuel-Pierre (2018), Les maux de l'urgence et de l'exception. Cultures & Conflits 2018/4 (n° 112), p. 121 à 132.
- LES CHIFFRES CLÉS DE L'OFFRE DE SOINS DIRECTION GÉNÉRALE DE L'OFFRE DE SOINS (DGOS) du ministère de la santé et des solidarités, édition 2018.
- LOCHAK, Danièle (2004), La notion de discrimination. L'Harmattan, Confluences Méditerranée 2004/1 N° 48, p. 13 à 23.
- NEGRONI, Alessandro A. (2021), La libertà di (non) vaccinarsi, Vicolo del Pavone.
- SEGUR, Philippe (2021), Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti-covid, Revue des droits et libertés fondamentaux, chron. n°20.
- ROCHAU, August Ludwig von (1869), *Grundzüge der Realpolitik*, 2^e partie, Mohr, 2^e partie, Heidelberg.