



NOTE D'ANALYSE

# La proportionnalité du passe sanitaire en question

**Arguments philosophiques, juridiques  
et sanitaires**

Par Kevin Brookes, Nicolas Gardères, Henri Leleu et Christophe Seltzer

# LE PASSE SANITAIRE EN QUESTION

PAR

## KEVIN BROOKES

Docteur en science politique, directeur  
des études de GenerationLibre

## HENRI LELEU

M.D, PhD, médecin spécialiste  
en santé publique

## NICOLAS GARDERES

Docteur en droit, avocat, maître de  
conférences à Sciences Po Paris

## CHRISTOPHE SELTZER

Directeur de GenerationLibre,  
diplômé de l'ISMaPP en stratégie et  
décision publique et politique

## RÉSUMÉ

*Avec son Observatoire des Libertés Confinées qui surveille plus de 50 restrictions de libertés depuis le début de la pandémie de Covid-19, et dans la continuité de son analyse coûts-bénéfices des premiers confinements, GenerationLibre se penche sur la proportionnalité du passe sanitaire, outil technologique inédit dans l'histoire qui nous interroge dans le choix politique à réaliser entre l'utilitarisme disciplinaire et la tradition libérale qui assume une part de risque comme inhérent à la liberté. La société de contrôle dans laquelle le passe sanitaire nous fait basculer constitue une atteinte à la liberté individuelle qui peut devenir irréversible aussi rapidement qu'imperceptiblement. Au plan juridique, la décision de l'étendre constitue une double atteinte à l'Etat de droit par la procédure encadrant sa mise en œuvre et par l'impossibilité de démontrer la proportionnalité de restrictions de libertés pourtant conséquentes. Si son extension en juillet 2021 explique sans aucun doute les bons taux de vaccination en France, aucune étude clinique ou épidémiologique n'a prouvé à ce jour son efficacité sur l'évolution de l'épidémie et son effet semble insuffisant pour convaincre aujourd'hui les 5%-15% de Français non vaccinés. Dès lors, tout milite pour jeter aux oubliettes le passe sanitaire sans plus attendre.*

---

## L'INTRODUCTION

Quelques semaines après son introduction fin mai 2021 pour conditionner l'accès à des rassemblements de plus de 1000 personnes, le passe sanitaire a été étendu en juillet 2021 pour l'accès aux divers établissements recevant du public, aux manifestations (restauration, culture, loisir, etc.) ainsi qu'aux services de transports de longue distance (avion, TGV, etc.). En novembre 2021, il a été prolongé jusqu'en juillet 2022, en même temps qu'un état d'urgence qui limite le rôle du Parlement dans le contrôle des mesures gouvernementales.

On peut s'étonner que la notion de proportionnalité ait été aussi peu prise en compte dans les réflexions du Gouvernement. Elle est définie ainsi en 2018 dans *Les Cahiers Portalis* (revue juridique) : « Entre l'intervention de la puissance publique au nom de l'intérêt général et la sauvegarde des droits et des libertés des citoyens, **le principe de proportionnalité permet d'opérer une mise en balance, métaphore de la justice. (...) Une mesure restrictive des droits et des libertés doit donc être à la fois appropriée ou adaptée, nécessaire et proportionnée.** »<sup>1</sup>.

Avec son [Observatoire des Libertés Confinées](#) qui surveille plus de 50 restrictions de libertés depuis le début de la pandémie de Covid-19, et dans la continuité de [son analyse coûts-bénéfices des premiers confinements](#)<sup>2</sup>, GenerationLibre s'interroge donc ici : le passe sanitaire est-il un outil proportionné par rapport à la situation sanitaire ?

D'un point de vue philosophique, on peut douter de sa nécessité tant l'outil conduit l'Etat à s'immiscer dans la vie des individus qui basculent dans une société de contrôle (partie 1). On peut également le discuter d'un point de vue juridique tant la procédure qui l'encadre fragilise l'Etat de droit (partie 2). D'un point de vue sanitaire, on peut être sceptique quant à son efficacité (partie 3).

---

<sup>1</sup> Cité dans Abdennour Bidar, « Passe sanitaire : « Toute politique qui réduit les libertés doit le faire avec la plus grande mesure », *Le Monde*, 29 juillet 2021.

<sup>2</sup> Voir notre publication sur le sujet : Kevin Brookes, Henri Leleu, Maxime Sbahi, « Années de vie gagnées, années de vie perdues. Une analyse coûts/bénéfices des confinements Covid-19 », Note d'analyse, *GenerationLibre*, mai 2021.

## PARTIE 1 - LE PASSE SANITAIRE CONTRE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

*Par Kevin Brookes, PhD, politiste, directeur des études de GenerationLibre ;  
Christophe Seltzer, directeur de GenerationLibre, diplômé de l'ISMaPP en  
stratégie et décision publique et politique.*

L'État a été dans son rôle en proposant, en partenariat avec l'Union européenne, un vaccin gratuit pour tous. Il permet aux citoyens, en temps de crise, de se procurer un bien de santé essentiel en réduisant les coûts d'information et financiers. **À partir du moment où chaque citoyen a la possibilité de se protéger contre la majorité des formes graves et des hospitalisations dues à la Covid-19, qu'un seuil suffisant de la population a été vacciné, que l'engorgement des hôpitaux n'est plus d'actualité, l'État a accompli sa mission et se protéger d'une forme d'infection grave du virus relève du choix individuel<sup>3</sup>.**

C'est en partant de ces constats que nous nous autorisons à critiquer la prolongation du passe sanitaire en questionnant la proportionnalité de cette mesure par rapport aux conséquences indésirables qu'elle entraîne. Celle-ci déresponsabilise les citoyens et ôte certaines de leurs libertés (1), présente le risque d'engendrer un basculement vers une société de contrôle (2), est nuisible pour notre démocratie et notre État de droit (3).

### 1.1. UNE MESURE DÉRESPONSABILISANTE ET LIBERTICIDE

Chaque individu a un rapport différent au risque. Or, cette prédisposition individuelle est remise en cause par le gouvernement qui choisit à sa place avec le passe sanitaire. Il faudrait, « quoi qu'il en coûte », limiter les risques pour l'ensemble de la population. **On pourrait très bien imaginer que l'arbitrage entre la santé parfaite et la liberté effective du quotidien se fasse au niveau de l'individu, de la famille ou de la communauté.** De nombreuses familles ont ainsi décidé de se retrouver à Noël en 2020 en acceptant les risques encourus par les membres les plus âgés de la famille.

---

<sup>3</sup> Gaspard Koenig, « Comment l'extension du passe sanitaire mine l'État de droit », *L'Obs*, 16 juillet 2021.

Il serait difficile d'en identifier les causes, mais force est de constater que si auparavant on décrétait l'état d'urgence en cas de guerre, désormais on le décrète de manière croissante pour des situations de moindre ampleur, comme la crise sanitaire actuelle<sup>4</sup>. L'idée du passe sanitaire est d'inciter négativement (par la contrainte) les citoyens à se faire vacciner, en assortissant le refus à de très fortes restrictions (notamment depuis le non-remboursement des tests PCR). Le passe sanitaire est déresponsabilisant : il revient à considérer que les citoyens ne peuvent pas être les acteurs spontanés de la lutte contre la pandémie. La promesse qui leur est proposée est également infantilisante : se soumettre à un passe pour retrouver (éventuellement) leurs libertés futures. Il discrimine les personnes en fonction de leur état de santé, ce qui est vexatoire et renforce la stigmatisation de ceux qu'il resterait à convaincre de se faire vacciner.

**Le passe sanitaire constitue également une atteinte à une liberté de circulation au-delà des frontières.** Il faut rappeler que le passeport est une invention récente à l'échelle de l'histoire<sup>5</sup>, ancré dans le contexte de la Première Guerre mondiale<sup>6</sup>. Malgré sa pérennisation, peu à peu, avec la construction européenne, la mise en œuvre d'organisations supranationales, mais également le progrès technologique, **la mobilité est devenue une vraie liberté pour l'individu.** Le passe sanitaire, sous une forme qui paraît anodine, introduit un bouleversement sans précédent dans la manière de se déplacer en conditionnant cette liberté à un statut médical. C'est l'une des raisons pour lesquelles l'Organisation mondiale de la Santé émettait des réserves quant à l'introduction d'un passeport sanitaire en considérant que cela introduirait une « liberté de circulation différenciée »<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Chantal Delsol, « Passe sanitaire · La situation justifie-t-elle vraiment une suspension des libertés ? », *Le Figaro*, 27 juillet 2021.

<sup>5</sup> Gaspard Koenig rappelle qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'écrivain Stefan Zweig voyageait sans passeport. Gaspard Koenig, « Gaspard Koenig dans les pas de Montaigne – Kafka à Augsburg », *Le Point*, 14 octobre 2020.

<sup>6</sup> Speranta Dumitru, « Un monde sans passeports serait-il utopique? », in Hélène Thiollot (dir.), *Migrants, migrations*, Paris, Armand Colin, 2016.

<sup>7</sup> H.G. avec AFP, « Covid-19: le comité d'urgence de l'OMS opposé à la mise en place d'un passeport vaccinal », *BFM TV*, avril 2021.

## 1.2. VERS UNE SOCIÉTÉ DYSTOPIQUE DE CONTRÔLE NUMÉRIQUE

L'introduction et l'extension du passe sanitaire constituent une intrusion de l'État sans précédent dans notre vie. Il vient changer le rapport entre l'individu et l'État. C'est un nouvel avatar du biopouvoir, décrit par Michel Foucault, qui consiste non plus seulement à contrôler la société, mais à contrôler étroitement les corps<sup>8</sup>. **On retrouve ici la conception théologique du pouvoir pastoral : celle d'un berger en charge, par une étroite surveillance des conduites, de s'assurer que les membres du troupeau ne s'égarer pas et ne se blessent pas.** Une dépendance intégrale s'institue imposant d'obéir à l'individu producteur d'une « vérité cachée » plutôt qu'à des lois<sup>9</sup>. Nous sommes revenus à une forme de « société disciplinaire » analogue à celle qui existait pour gérer les pandémies de peste au XVIIe siècle. On discipline et gère les corps en introduisant des instruments toujours plus élaborés : « **L'enregistrement du pathologique doit être constant et centralisé. Le rapport de chacun à sa maladie et à sa mort passe par les instances du pouvoir, l'enregistrement qu'elles en font, les décisions qu'elles prennent** »<sup>10</sup>. **Cette conception du pouvoir qui domine depuis le début de la crise pandémique est une régression historique sur le plan du rapport des individus à l'État.** Finis la démocratie libérale et le règne de la souveraineté de l'individu obéissant à des règles générales impersonnelles<sup>11</sup>. **Bienvenue dans une société dans laquelle l'individu est son propre geôlier et dans laquelle il accepterait de sacrifier sa dignité de citoyen sur l'autel du principe d'utilité**<sup>12</sup>. Le pouvoir central est renforcé, les individus suspendus aux annonces gouvernementales et à leur code QR pour mener leur vie, tandis que les micropouvoirs se développent dans la société : **on demande un contrôle généralisé de tous sur tout le monde**, du patron de café au directeur d'école, en passant par le restaurateur. La division entre les fonctions de l'État d'un côté et celles de la société civile de l'autres'estompent.

<sup>8</sup> « [Le corps] est pris à l'intérieur de pouvoirs très serrés, qui lui imposent des contraintes, des interdits ou des obligations [...] et exercent sur lui une coercition ténue ». Cf. Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, pp. 138-139.

<sup>9</sup> Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, Seuil, Paris, 2004, pp. 176-186.

<sup>10</sup> Michel Foucault, *op.cit.*, p. 198. ; Voir notre publication : Daniel Borrillo, « Le jacobinisme bioéthique ; Mettre fin à une exception française », Note d'analyse, *GenerationLibre*, novembre 2020.

<sup>11</sup> C'est ce qui constitue les fondements du libéralisme politique. Cf. Lucien Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Flammarion, 2009.

<sup>12</sup> Gaspard Koenig, « Gaspard Koenig: «Le pass sanitaire, c'est la servitude volontaire», *Le Figaro Vox*, 13 mai 2021.

L'introduction du passe sanitaire trace un sentier vers une société dystopique : **la seule existence du passe aurait paru inconcevable à n'importe quel citoyen français avant 2020**. C'est le renforcement du contrôle d'identité dans l'espace public qui devient criblé de sas qu'il faut sans cesse franchir. C'est la fin de l'anonymat dans l'espace public. C'est la tentation du modèle utilitariste asiatique qui fait la part belle aux nouvelles technologies des data – IA, reconnaissance artificielle, puçage numérique via les téléphones mobiles. **Que se passera-t-il pour tous les outils mis en place autour du passe sanitaire une fois la pandémie passée (logiciels, matériel, personnels, sociétés) ? Pourquoi ne pas imaginer que demain le passe devienne également judiciaire, fiscal ou écologique, qu'il traque notre localisation ?** Certes, ce ne sont là que des suppositions : mais une fois la boîte de pandore ouverte, qui peut prédire ce qu'il en ressortira ? Que faire de l'application TousAntiCovid une fois la pandémie passée ? La remiser au placard ? Certainement pas : il lui faudra lui trouver une utilité. Dans son *Histoire de la folie*, Michel Foucault cite l'exemple représentatif des léproseries, dont l'usage a perduré bien au-delà des épidémies de la maladie<sup>13</sup>. Aussi, il suffirait par exemple qu'un drame individuel soit porté à l'attention du plus grand nombre pour que, sous le coup de l'émotion, nous nous sentions obligés d'instaurer à nouveau un passe.

### 1.3. UNE MENACE POUR LA DEMOCRATIE LIBÉRALE

**Comme des attaques terroristes, les gouvernants ont fait de la pandémie une occasion politique pour introduire des mesures d'exception**<sup>14</sup>. N'ayant d'abord que l'objectif de l'éradication du virus en tête, ils ont certainement minimisé le coût des mesures de restrictions sur la vie et le quotidien des Français, comme sur l'espérance de vie de certains de nos concitoyens qui ont subi un déclassement économique<sup>15</sup>. Un gain marginal de protection légitime-t-il l'abandon de ces droits ? **La peur pandémique succède à la peur du terrorisme pour introduire des mesures visant à élargir le contrôle sur la population. Un individu évoluant dans un cadre institutionnel où on lui confère beaucoup de**

---

<sup>13</sup> Michel Foucault, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972.

<sup>14</sup> « Giorgio Agamben : « L'épidémie montre clairement que l'état d'exception est devenu la condition normale » », *Le Monde*, 24 mars 2020.

<sup>15</sup> Dans notre note « Années de vie gagnées, années de vie perdues ; Une analyse coûts/bénéfices des confinements Covid-19 », nous avons par exemple proposé une méthodologie pour chiffrer, de façon non définitive, les conséquences positives et négatives des confinements sur l'espérance de vie des Français : d'un côté, les années de vie gagnées grâce aux mesures restrictives, de l'autre les années de vie perdues par les déclassements économiques.

**pouvoirs, même temporairement, aura tendance à en abuser<sup>16</sup>.** À un niveau plus général, c'est **ce que certains économistes appellent l'effet cliquet que l'on peut résumer à l'aide de la maxime de l'économiste Milton Friedman : « Rien n'est plus durable qu'un programme gouvernemental temporaire »**. Certains historiens de l'économie ont en effet documenté le fait que les crises (guerres, catastrophes naturelles, etc.) étaient marquées par une extension importante des fonctions du gouvernement et le foisonnement de programmes temporaires... qui perdurent une fois la crise passée<sup>17</sup>.

Le passe sanitaire pose effectivement question quant aux libertés qu'il nous enlève aujourd'hui, mais fait également planer une menace sur le plus long terme. **Sous une forme ou une autre, il est fort probable que, si l'on n'y prend garde, le passe sanitaire survive à la pandémie.** Et ce risque d'une persistance du passe est d'autant plus sérieux que toutes les grandes crises vécues par l'Occident depuis les attentats terroristes du 11 septembre, puis des années 2010, ont occasionné des retraits de liberté, annoncés temporaires, qui sont devenus permanents<sup>18</sup>.

Il est intéressant de remarquer à quelle vitesse les citoyens se sont appropriés ce passe dans une combinaison de trois attitudes paradoxales. Les Français ont fait preuve de résilience, car le passe sanitaire étant indispensable pour accéder à des lieux importants de sociabilisation, ils ont fini par le juger acceptable ; ils ont fait preuve de résignation car **il est plus confortable pour les citoyens, qui comme le décrivait Tocqueville, ont au-dessus de toute autre passion «le goût de la tranquillité publique »<sup>19</sup>, de céder plutôt que de s'engager dans une lutte vaine.** Mais force est de constater que nombre de citoyens étaient en demande d'un tel passe sanitaire qui « répond à des

---

<sup>16</sup> On peut se référer à la célèbre maxime de Lord Acton « Le pouvoir corrompt, le pouvoir absolu corrompt absolument ».

<sup>17</sup> Robert Higgs, *Crisis and Leviathan: Critical Episodes in the Growth of American Government*, Oxford University Press, 1987.

<sup>18</sup> Sur le maintien des lois sécuritaires votées en contexte d' « état d'urgence » après les attentats terroristes, voir François Sureau, *Sans La Liberté*, Gallimard, 2019.

<sup>19</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, tome quatrième, quatrième partie, chapitre 4, 1840.

besoins psychologiques profonds »<sup>20</sup>. En effet, **même chez les citoyens mécontents de la gestion de la crise par l'État, tous se retrouvent dans l'idée que c'est à lui de faire quelque chose, symptôme d'un mal français : la dépendance à l'État.** Comme le disait si justement Tocqueville, « tous pensent que le gouvernement doit sans cesse agir et mettre tout à la main »<sup>21</sup>. N'importe quoi tant qu'il s'agit. Aussi il envoie ses représentants tenir des discours guerriers, met en place des conseils et des états d'urgence, vote des lois surtout et instaure mille mesures pour régenter nos vies (attestations, formulaires...) afin de prouver son affairisme, lui permettant au passage de faire oublier ses errements stratégiques (aussi compréhensibles soient-ils).

La gestion de la crise sanitaire risque de porter un coup à la santé de notre démocratie, qui est pourtant l'un de nos biens les plus précieux. Tout d'abord, elle a montré que les décisions étaient prises dans l'urgence, sur un mode centralisé, discrétionnaire, et parfois de façon incohérente (cf. partie 2 de cette publication). Sans même évoquer le revirement de discours du Gouvernement sur le port du masque, le Président a déclaré qu'il ne reconfinerait pas la population après le deuxième confinement (ce qu'il a finalement fait)<sup>22</sup>, il a déclaré que le passe sanitaire « [...] ne sera jamais un droit d'accès qui différencie les Français. Il ne saurait être obligatoire pour accéder aux lieux de la vie de tous les jours comme les restaurants, théâtres et cinémas » avant d'étendre son usage pour accéder aux lieux susmentionnés<sup>23</sup>. Les contestations populaires contre les restrictions sanitaires ont été trop souvent caricaturées et ses participants parfois humiliés<sup>24</sup>. **Il est vrai que seules les positions politiquement les plus extrêmes ont osé s'attaquer, souvent dans l'excès, au passe sanitaire et plus généralement à la stratégie gouvernementale. Mais ce débat devait avoir lieu et l'on ne peut que regretter le silence du camp modéré à ce sujet.**

---

<sup>20</sup> Samuel Fitoussi, « Quelles erreurs de raisonnement ont permis l'acceptation du passe sanitaire ? », *Le Figaro Vox*, 15 novembre 2021.

<sup>21</sup> Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, tome quatrième, quatrième, chapitre 2.

<sup>22</sup> France Info, « Covid-19 : «Vous êtes gentils, mais tant que vous avez des vaccins dans les frigos, je ne reconfinerai pas les gens», déclare Emmanuel Macron », 4 mars 2021.

<sup>23</sup> M.R. , « Comment le gouvernement a changé de discours sur le passe sanitaire », *L'Express*, 13 juillet 2021.

<sup>24</sup> Abdenour Bidar, *art. cit.*

**Tout ceci alimente un double processus observé depuis quelques décennies. D'une part, celui d'une crise de confiance des citoyens dans la parole politique et les institutions politiques<sup>25</sup>. D'autre part, la défiance des citoyens entre eux.** Le Gouvernement, en conférant aux patrons de bars, aux restaurateurs, aux directeurs d'école, la responsabilité de surveiller, incite à des comportements discriminants vis-à-vis de plusieurs catégories de citoyens. Chaque citoyen est mis en position de faire respecter de manière active la loi, ce qui encourage la délation, la suspicion, les fractures. Le passe sanitaire a braqué les réticents aux vaccins et participé à la fracturation des familles.

\*\*\*

Le passe sanitaire, généralisé depuis l'été dernier et prolongé en novembre, est un outil liberticide et illégitime, car disproportionné par rapport à la situation épidémique. **Le passe sanitaire place nos sociétés à un moment charnière de leur histoire, entre tentations utilitaristes disciplinaires et tradition libérale.**

Toutes les libertés perdues depuis le début de la crise sanitaire doivent être rétablies aussi vite que possible<sup>26</sup>. Dès maintenant, les restrictions sanitaires vexatoires comme le passe sanitaire n'ont pas lieu d'être maintenues en vigueur. L'été dernier, le gouvernement britannique a ainsi levé la plupart des restrictions de libertés en assumant que la société devait vivre avec le risque pandémique. Parce que la science n'a pas réponse à tout, il relève aussi du courage politique de prendre ce type de décisions<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Cette tendance est observée scrupuleusement par le baromètre de la confiance politique du Cevipof depuis une dizaine d'années.

<sup>26</sup> GenerationLibre a mis en place un « Observatoire des Libertés Confinées » pour veiller à ce que l'ensemble des droits et libertés soient rendus aux citoyens après la crise.

<sup>27</sup> Boris Johnson, Conférence de Presse, 5 juillet 2021.

## PARTIE 2. LE PASSE SANITAIRE CONTRE L'ÉTAT DE DROIT

*Par Nicolas Gardères, docteur en droit, avocat, maître de conférences à l'IEP de Paris.*

Mobiliser le paradigme de la dictature pour décrire la situation actuelle des libertés fondamentales en France est le meilleur moyen de ne rien comprendre au danger qui pèse effectivement sur elles. **Les mots ont un sens et la France n'est pas une dictature, même sanitaire. Pas une dictature, mais une démocratie empoisonnée et dont l'état s'aggrave, d'abord et avant tout à travers une remise en cause permanente des principes de l'État de droit.**

À grands traits, l'État de droit, c'est la soumission de l'État au droit. « Abstenez-vous de violer vos propres lois ! », comme l'exigeaient les dissidents soviétiques auprès de leurs dirigeants. Ce respect du droit par l'État ne se limite toutefois pas à une absence de violation frontale de la loi. Elle implique un vaste réseau d'attitudes institutionnelles garantissant que par-delà un respect formel de la norme, le pouvoir exécutif, c'est-à-dire le Président de la République, le gouvernement et son administration, tant centrale (les ministères) que déconcentrée (les Préfets), respecte authentiquement la loi, sa lettre bien sûr, mais également ses procédures et son esprit. La respecter authentiquement, c'est croire en la justesse des équilibres qui la sous-tendent, croire à l'utilité immarcescible de ses garde-fous, croire en la pertinence définitive de la séparation des pouvoirs, croire au rôle protecteur de l'autorité judiciaire, croire à la supériorité du débat parlementaire sur toute autre forme de délibération.

**Or, l'Histoire démontre que les périodes de crise aiguës sont propices à la remise en cause de la supériorité du régime démocratique.** Beaucoup à Athènes, l'ont rendu responsable de la défaite contre Sparte à l'issue de la guerre du Péloponnèse, et plus près de nous, beaucoup à Paris, puis à Vichy, l'ont rendu responsable de mai-juin 40. Cette idée que la démocratie serait un régime pour temps calmes, incapable d'appréhender efficacement les situations de crise semble toujours d'actualité. C'est l'impression qui prédomine à écouter Olivier Véran, ministre des Solidarités et de la Santé de la

République française, qui avait vanté en février 2020 la capacité des autorités chinoises à mettre « en place des mesures de confinement et d'isolement très rapidement ». **Le sous-texte est ici que les régimes autoritaires et leurs violations systématiques des droits humains les rendent les plus performants en matière de gestion de crise.** Avec ce type de raisonnement, l'on peut applaudir Pinochet d'avoir assuré l'unité politique du Chili sous son règne ou le Kampuchéa démocratique d'avoir su efficacement lutter contre la surpopulation cambodgienne...

**Tel est bien le cœur du danger : considérer les méthodes autoritaires comme plus efficaces que les méthodes démocratiques,** et plus précisément instiller au sein du jeu de l'État de droit, des attitudes institutionnelles rompant avec sa logique et son projet, c'est-à-dire empoisonner l'État de droit d'attitudes autoritaires. Double manifestation de cette tentation : **la concentration des pouvoirs dans le processus de prise de décision qui échappent à des institutions certainement jugées trop lentes et nuancées en temps de crise** (le Parlement) et **l'absence de prise en considération de la proportionnalité des mesures prises par rapport aux objectifs recherchés.**

## 2.1. L'ÉTAT D'URGENCE PERMANENT CONTRE L'ÉTAT DE DROIT

Ce glissement, observé notamment à compter de l'instauration de l'état d'urgence consécutif aux attentats de novembre 2015, opère des changements profonds dans la relation de l'exécutif à l'État de droit et aux autres institutions. Au-delà, dans sa relation aux citoyens, toujours plus infantilisés (car réduits à des choses à protéger, contre des méchants islamistes, des méchants virus, mais surtout contre eux-mêmes), et donc toujours plus dé-démocratisés (la démocratie étant par essence un régime politique pour adultes). On rappellera en premier lieu, que depuis novembre 2015, soit six années, la France en a passé plus de la moitié sous état d'urgence, désormais sanitaire. L'état d'urgence est donc devenu une sorte d'état normal, d'autant plus que ni le terrorisme, ni la pandémie, ne sont des risques éteints. **Un état d'exception permettant de restreindre de manière exorbitante les libertés fondamentales en France est donc devenu un état normal.**

« Aller et venir » est devenu une activité suspecte et même sanctionnable pénalement. Ne pas avoir le droit d'entrer sur un terrain privé ou sur un site de la défense nationale est supportable. **Ne pas avoir le droit de baguenauder sur la voie publique implique un bouleversement socio-psychologique d'une violence incommensurable.** Se faire scanner le passe sanitaire pour un café en terrasse est également d'une violence incommensurable. On peut bien sûr s'en accommoder, comme on peut s'accommoder d'à peu près tout (sur l'accoutumance des citoyens à ce « despotisme doux » voir la partie 1 de cette note).

**Le sujet est que par le truchement d'objets « experts » (la lutte contre le terrorisme islamiste, la lutte contre l'épidémie), et par là même, censément peu accessibles au débat démocratique, l'exécutif a profondément affaibli les autres institutions de la Ve République.** Il est devenu le seul sachant, le seul détenteur de l'expertise (services de renseignements, administration de la santé), ne laissant aux autres, d'autres possibilités que de l'accompagner servilement ou de sombrer dans la forfaiture. Il en va ainsi d'un Parlement, plus que jamais une simple chambre d'enregistrement. Le ministre Véran, a d'ailleurs bien résumé l'esprit du temps, dans une déclaration du 5 novembre 2021 : *« Le Parlement, en responsabilité, a adopté définitivement le projet de loi vigilance sanitaire. Quoi que l'épidémie nous réserve, la France aura les moyens de réagir et de protéger nos concitoyens »*. Le Parlement a donc enregistré la prolongation du passe jusqu'au 31 juillet 2022, « en responsabilité ». S'il ne s'était pas soumis, cela n'aurait donc pu être que par « irresponsabilité » et en mettant en péril la vie des Français. **Soumis ou traître à la Nation, constitue l'alternative unique des parlementaires.** La même problématique se pose aux juridictions administratives, dont la tendance à la pusillanimité était déjà proverbiale. Mais que faire, quand on est juge, donc simple juriste, pour appréhender, dans l'urgence, le caractère proportionné de telle restriction de liberté fondamentale, par rapport à un ordre public, qui a en l'espèce le visage d'honnêtes citoyens agonisant de la Covid-19 ?

Votez bien, jugez bien, sinon des gens vont mourir par votre faute ! La récente décision du Conseil constitutionnel n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021 sur la Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire résume bien la situation : *« 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 l'appréciation par le législateur de ce risque, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente* ». **Le Conseil constitutionnel constate donc que la restriction de liberté voulue par l'exécutif et enregistrée par le législatif, n'est pas « manifestement inadéquate »**. Pour le reste, il renvoie au contrôle de proportionnalité des actes réglementaires par le juge administratif, que celui-ci sera largement incapable d'apprécier (« *Le juge est chargé de s'assurer que ces mesures sont adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent* »).

Cette situation est dangereuse, car **l'exécutif profite à plein de son avantage institutionnel et expertal. Il ne respecte pas les autres institutions, au sens où elles ne sont pas vues comme des lieux d'amélioration de la loi au service de l'intérêt général, mais comme des obstacles sur le chemin du salut sanitaire**. Il sauve la France en lui collant un pistolet sur la tempe. Il n'importe guère de savoir si l'exécutif n'est animé que par la recherche éperdue de l'intérêt général. En effet, que ce soit le cas ou non, la conséquence de cet état d'urgence sanitaire sera désastreuse pour notre État de droit, entendu comme réseau d'attitudes institutionnelles démocratiques et libérales. Cela avait déjà été le cas après l'état d'urgence « sécuritaire » (2015-2017), dans ce même sens d'écrasement des autres pouvoirs par l'exécutif et de régression du droit, par infiltration progressive du droit d'exception dans le droit « normal ». Il existe ici une sorte d'« effet cliquet », comme celui qu'on peut retrouver en science économique<sup>28</sup>. L'exécutif ne revient jamais totalement en arrière et une partie de ce qui a été perdu temporairement, s'avère l'avoir été définitivement.

---

<sup>28</sup> L'économiste américain Robert Higgs développe cette notion d'effet cliquet (*ratchet effect*) pour décrire historiquement la résilience des mesures d'exceptions prises en temps de crise qui élargissent les attributions de l'État et qui ne sont pas retirées en temps normaux. Robert Higgs, *Crisis and Leviathan: Critical Episodes in the Growth of American Government*, Oxford University Press, 1987.

## 2.2. L'EXTENSION DU PASSE SANITAIRE COMME IDÉAL-TYPE RÉGRESSIF DE L'ÉTAT DE DROIT

La Loi du 10 novembre 2021 portant diverses dispositions de vigilance sanitaire a pour objet principal la prolongation jusqu'au 31 juillet 2022 du régime juridique dérogatoire dit d'« état d'urgence sanitaire », instauré par la loi du 23 mars 2020.

Une des conséquences pratiques de cette prolongation de l'état d'urgence est la prolongation jusqu'au 31 juillet 2022 du dispositif dit du « passe sanitaire », instauré et déployé par les lois des 31 mai et 5 août 2021. Il n'est pas discutable, que ce dispositif est gravement attentatoire aux libertés fondamentales, notamment en ce qu'il discrimine la liberté d'aller et venir des individus et leur droit d'accéder à des services, sur le fondement de leur état de santé et en l'espèce de leur statut vaccinal.

Porter atteinte de manière aussi grave aux libertés fondamentales nécessite, outre une impérieuse nécessité, la mobilisation maximale des autres institutions politiques et des institutions judiciaires, seules aptes à restreindre les élans d'un exécutif, dont on sait que son essence est autoritaire et répressive.

Or, que retenir de la séquence ayant conduit à l'adoption de la loi du 10 novembre 2021 ?

En premier lieu, il s'agit d'un projet de loi, donc d'un texte préparé par le Gouvernement lui-même. Nous sommes si habitués à ce que les lois soient presque toutes d'origine gouvernementale, que cette situation n'est même plus discutée. Elle place cependant le Parlement dans une situation d'infériorité systémique. Pour les choses sérieuses, c'est l'exécutif le souverain sachant.

Un projet de loi donc. Présenté en Conseil des ministres le 13 octobre 2021, avec déjà comme certitude la prolongation de l'état d'urgence et

donc du passé jusqu'au 31 juillet 2022<sup>29</sup>. **Ce projet de loi s'accompagne d'une étude d'impact rédigée par les services du Premier ministre en date du 11 octobre 2021. Cette étude ne pose toutefois pas la question de son impact sur les libertés fondamentales**, se contentant de relever à cet égard, que les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel ont jugé que les lois et règlements adoptés depuis le début de la crise étaient conformes au droit et à la Constitution. Ce projet de loi s'accompagne également d'un avis du Conseil d'État en date du 7 octobre 2021. En synthèse, on en retiendra qu'« *Au vu des informations transmises par le Gouvernement au Conseil d'État [...] le Conseil d'État estime que la prorogation envisagée opère, pour une période d'une durée adéquate au regard des risques de reprise ou de propagation de l'épidémie caractérisés ci-dessus, une conciliation qui n'est pas par elle-même contraire à la Constitution des nécessités de la lutte contre l'épidémie avec la protection des libertés fondamentales reconnues à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* ».

À la lecture de ces documents, on a toujours le même sentiment d'une langue cuite, pour reprendre l'expression d'Henri Michaux. Tout apparaît extrêmement logique, cohérent, implacablement fondé et justifié, alors que tout n'est ici que circularité tautologique. **Le Gouvernement fonde son texte sur ses données qu'il donne au Conseil d'État. Le Conseil d'État valide le texte « au vu » de ces données, relativement auxquelles il n'a aucune capacité réelle d'appréciation.** Il est frappant d'observer que la langue du Conseil d'État dans son avis est la même que celle du Premier ministre dans son étude d'impact. Ils disent les mêmes choses, avec les mêmes mots. Le ton du Premier ministre est juste plus assuré et celui du Conseil d'État plus réservé. Soit, le ton qu'on attend des institutions jouant leur partition respective et produisant par leurs interactions effets de science et de réalité.

Fort de ses certitudes, le Gouvernement dépose donc son projet de loi devant l'Assemblée nationale. En procédure accélérée. Car tout est très urgent en état d'urgence. En tout état de cause, il sait bien qu'étant implacablement le sachant le plus sachant, conforté juridiquement par le Conseil d'État, le Parlement n'aura rien de bien utile, rien de bien pertinent à dire. Son projet de loi est déjà parfait. Il est donc confié

---

<sup>29</sup> L'ensemble du dossier législatif peut être consulté sur Légifrance : Légifrance, LOI n° 2021-1465 du 10 novembre 2021 portant diverses dispositions de vigilance sanitaire.

à un rapporteur, membre de LREM. Il rédige un rapport où l'on peut lire notamment au sujet du passe sanitaire, que « *Les Français se sont incontestablement appropriés cet outil précieux, sésame de leur liberté retrouvée* ». Emballé, c'est pesé. On auditionne Olivier Véran, on adopte quelques amendements en commission pour la bonne forme et le projet est débattu dans l'hémicycle. À noter que le rapport a été déposé dès le 15 octobre 2021, soit deux jours après la présentation du projet de loi en Conseil des ministres, ce qui paraît « un peu » court, pour la réalisation d'un authentique travail parlementaire. Les débats ont lieu à l'Assemblée les 19 et 20 octobre et permettent à l'opposition de s'opposer. Puis le texte est adopté. Les choses sont plus compliquées au Sénat où le Gouvernement n'a pas la majorité. Puis l'Assemblée Nationale ayant le dernier mot, le projet est définitivement adopté le 5 novembre 2021. Précisons que la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) demande, depuis plusieurs mois, l'administration de la preuve de l'efficacité du passe sanitaire<sup>30</sup>.

Saisi le jour même par des parlementaires, le Conseil constitutionnel rend ensuite sa décision le 9 novembre 2021<sup>31</sup>. Sur le point crucial de la loi, il conclut aux points 15 et 16 de la décision :

*« 15. En premier lieu, en prévoyant la prorogation du régime de gestion de la sortie de crise sanitaire, le législateur a entendu permettre aux pouvoirs publics de prendre des mesures visant à lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Il a estimé, au regard notamment de l'avis du 6 octobre 2021 du comité de scientifiques prévu par l'article L. 3131-19 du code de la santé publique, qu'un risque important de propagation de l'épidémie persisterait à l'échelle nationale jusqu'au 31 juillet 2022. 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 l'appréciation par le législateur de ce risque, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente.*

---

<sup>30</sup> CNIL, « La CNIL publie son quatrième avis adressé au Parlement sur les conditions de mise en œuvre des dispositifs contre la COVID-19 », 30 novembre 2021. Extrait : « la CNIL insiste sur la nécessité que les éléments qui permettent d'apprécier l'efficacité des traitements susmentionnés lui soient rapidement transmis, afin de continuer l'exercice de sa mission. En effet, malgré plusieurs demandes, une telle évaluation n'a, à ce jour, pas été transmise à la CNIL. À cet égard, elle tient à souligner que l'utilisation des dispositifs précités reste conditionnée à des garanties relatives à leur efficacité. »

<sup>31</sup> Décision n° 2021-828 DC du 9 novembre 2021.

*16. En second lieu, d'une part, en vertu du premier alinéa des paragraphes I et II de l'article 1er de la loi du 31 mai 2021, les mesures susceptibles d'être prononcées dans le cadre du régime de gestion de la sortie de crise sanitaire ne peuvent être prises que dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Selon le paragraphe IV de ce même article, elles doivent être strictement proportionnées aux risques sanitaires encourus et appropriées aux circonstances de temps et de lieu. Il y est mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires. Le juge est chargé de s'assurer que de telles mesures sont adaptées, nécessaires et proportionnées à la finalité qu'elles poursuivent ».*

On retiendra deux choses de cette décision :

- « *En l'état des connaissances* », c'est-à-dire des données fournies par le Gouvernement, il n'existe pas d'inadéquation manifeste entre la situation sanitaire et les restrictions de libertés fondamentales contenues dans la loi ;
- Les mesures réglementaires adoptées par le Gouvernement dans le cadre de la loi seront soumises au contrôle de proportionnalité du juge administratif.

Il n'y a rien ici que de très classique.

Simplement, le juge administratif chargé de vérifier le caractère proportionné des restrictions de libertés fondamentales n'est autre que le Conseil d'État, outre les tribunaux administratifs placés sous son haut patronage.

**On retrouve ici pleinement la circularité tautologique évoquée plus haut. Le Conseil d'État est chargé de contrôler, sur la base des données du gouvernement, la proportionnalité des mesures du gouvernement, qu'il a lui-même conseillé, sur la base des données du gouvernement.**

Comment s'étonner dans ce cadre, qu'il valide l'essentiel des dispositions soumises à son contrôle ?

**Le contrôle de proportionnalité est par essence un contrôle en subjectivité.** Appliqué depuis longtemps par les juges français<sup>32</sup> et européens<sup>33</sup>, **il nécessite une forte indépendance par rapport au pouvoir exécutif, et la capacité corrélative de s'abstraire des données « objectives », en l'espèce scientifiques, mises en avant par le Gouvernement.** Rappelons, au passage, que ces données « objectives » permettant de mesurer la proportionnalité des mesures ne sont ni soumises au grand public, ni aux scientifiques qui souhaiteraient travailler sur la question. Comme indiqué dans la partie 3 de cette publication, les bénéfices du passe sanitaire, quasiment impossibles à démontrer, sont, dans tous les cas disproportionnés, par rapport aux atteintes aux droits et aux libertés individuelles.

Que le juge administratif soit démuné face à ces données « objectives » est une certitude, mais la sauvegarde de son rôle comme gardien des libertés nécessite qu'il se réinvente (on se souviendra que le Conseil constitutionnel a su s'inventer protecteur des libertés par sa décision du 16 juillet 1971) et ose exercer la plénitude de son contrôle, quoi qu'il en coûte.

\*\*\*

**La décision d'étendre le passe sanitaire constitue ainsi une double atteinte à l'État de droit. Par la procédure encadrant sa mise en œuvre, mais aussi sur le fond, en entérinant une décision qui fait fi du principe de proportionnalité de la mesure par rapport aux restrictions de liberté conséquentes.**

---

<sup>32</sup> Voir pour le Conseil Constitutionnel : Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 ; Décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005. Voir pour le Conseil d'État, l'arrêt Classique « Benjamin » du 19 mai 1933, n°17413 : « *Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre* ».

<sup>33</sup> Sur le fondement de l'article 5-4 du Traité sur l'Union européenne : « *En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs es traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* ».

## PARTIE 3. L'EFFICACITÉ ÉPIDÉMIOLOGIQUE DU PASSE SANITAIRE N'EST PAS PROUVÉE

*Par Henri Leleu, M.D, PhD, médecin spécialiste en santé publique.*

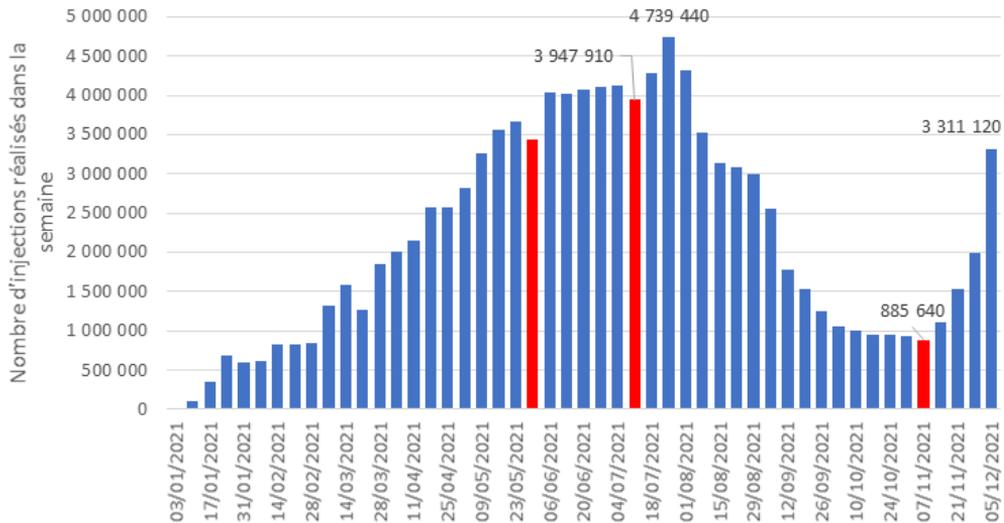
### 3.1. UNE INCITATION EFFICACE POUR LA VACCINATION

**Le succès du passe sanitaire pour encourager à la vaccination est indéniable. Il explique sans aucun doute les bons taux de vaccinations français.** S'il y a un effet marginal suite au vote de la loi du 31 mai 2021 introduisant un passe sanitaire pour les événements réunissant plus de 1000 personnes, on observe une accélération claire de la vaccination après son annonce de son extension dans certains lieux comme les bars et les restaurants par le Président de la République. Le nombre d'injections hebdomadaires est passé de 3,9 à 4,7 millions entre le 11 et le 25 juillet alors que la vaccination était stable depuis début juin (Figure 1). Cette accélération, notamment chez les jeunes, a permis en France d'atteindre des taux de vaccination parmi les plus élevés d'Europe avec 77% de la population française qui a reçu au moins une dose<sup>34</sup>. La même stratégie, fondée sur la menace de la suppression du passe sanitaire sans troisième dose, fonctionne à nouveau. Depuis les annonces, mi-novembre, par le Président de la République, le nombre de vaccinations a de nouveau explosé avec une augmentation des doses hebdomadaires injectées passant de 0,9 à 3,3 millions en un mois. Ainsi, le passe sanitaire est un outil efficace pour atteindre des objectifs de vaccination. **Son effet a toutefois ses limites puisqu'entre 5% et 15% de la population, selon la tranche d'âge, reste non vaccinée. À noter que ces chiffres sont similaires à ceux que l'on retrouve pour les vaccins obligatoires chez les enfants.** D'autres stratégies comme une obligation vaccinale auraient pu avoir une efficacité similaire.

---

<sup>34</sup> Chiffres du 8 décembre 2021. Cf. le site Covidtracker.

**Figure 1 - Nombre d'injections hebdomadaires en France<sup>35</sup>**



Source : Source : Assurance Maladie, Les données de la vaccination contre la Covid-19, Données vaccination par âge EPCI.

**Toutefois, au-delà de cet effet particulier sur la vaccination, n'en déplaie à ses défenseurs, il n'a probablement aucun effet sur l'évolution de l'épidémie.** La CNIL, dans son avis du 30 novembre, a d'ailleurs rappelé à l'ordre le gouvernement, en rappelant que **l'efficacité du passe sanitaire reste encore à prouver<sup>36</sup>.**

### 3.2. UN EFFET INCERTAIN SUR L'ÉVOLUTION DE LA PANDÉMIE

**Si l'efficacité reste encore à prouver, c'est d'abord parce qu'aucune étude clinique ou épidémiologique de l'efficacité de passe sanitaire n'a été menée.** Les seuls résultats dont nous disposons sont des études de modélisations réalisées par l'Institut Pasteur, dont les biais importants, discutés plus loin, ne permettent pas réellement de conclure. S'il est complexe de mener une étude de qualité, ce n'est pas impossible. Il aurait été possible de réaliser une expérimentation

<sup>35</sup> Note : les données en rouge correspondent au moment des annonces gouvernementales concernant l'introduction, puis les extensions du passe sanitaire.

<sup>36</sup> CNIL, « La CNIL publie son quatrième avis adressé au Parlement sur les conditions de mise en œuvre des dispositifs contre la COVID-19 », 30 novembre 2021.

comparant deux groupes géographiques avec et sans passe sanitaire et d'estimer la différence en termes de transmission. Ce n'est pas inhabituel en santé publique. Les dépistages généralisés du cancer du sein, du colon ou du col de l'utérus par exemple ont fait l'objet d'expérimentations préalables. Ce n'est pas le choix qui a été fait, probablement devant l'urgence de mettre en place des mesures.

**En l'absence d'une étude robuste, il n'est donc pas possible de conclure avec certitude. Pour autant, il existe des arguments qui suggèrent que le passe sanitaire n'a aucun effet ou un effet délétère sur l'évolution de l'épidémie.** L'argument principal repose sur un constat simple : **les vaccins ne protègeraient que partiellement contre la transmission. Le passe sanitaire mélange donc, au sein d'un même lieu à haut risque de transmission des vaccinés qui peuvent transmettre et des non-vaccinés, les exposants à un risque de formes graves.** Afin d'illustrer cette idée simple, prenons l'exemple d'un concert regroupant 4 000 participants. Supposons qu'en moyenne 85% des participants sont vaccinés, que le vaccin divise par deux le risque d'être infecté, et que le taux de positivité des tests soit de 5% (c'est-à-dire 5% de personnes sont infectées dans la population). Cela veut dire que sur les 4 000 participants au concert, 600 personnes ne sont pas vaccinées et ne sont pas infectées (passe sanitaire avec test négatif). Parmi, les 3 400 personnes vaccinées, 85 sont infectées et peuvent transmettre. Le risque d'un évènement supercontamineur lors d'un concert est donc massif. A titre d'exemple, en mars 2020 (avant l'arrivée des vaccins, mais aussi des nouveaux variants), lors d'une chorale de 2,5 heures dans l'état de Washington aux Etats-Unis, une seule personne positive avait contaminé 32 des 61 personnes présentes<sup>37</sup>.

Enfin, conjoncturellement, **il serait tentant de conclure à l'efficacité du passe sanitaire sur les données d'incidence en France.** En effet, **il a été mis en place mi-juillet et nous avons observé une baisse de l'incidence début août (Figure 2).** Toutefois, **des baisses similaires ont été observées dans tous les pays d'Europe aux mêmes périodes alors que les pays ont mis en place des équivalents du passe**

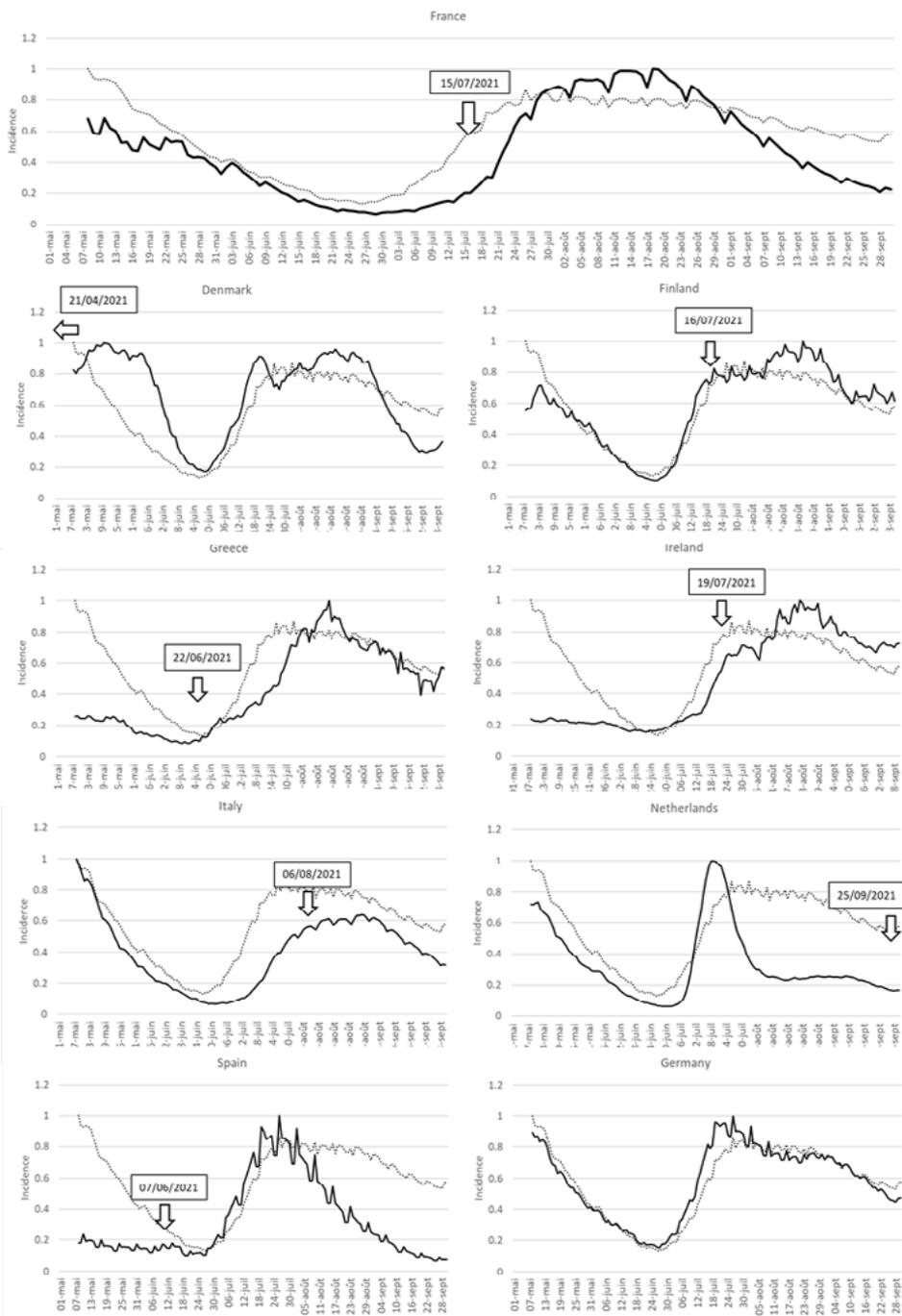
---

<sup>37</sup> Léa Hamner et al., « High SARS-CoV-2 Attack Rate Following Exposure at a Choir », *Morbidity and Mortality Weekly Report*, vol. 69, no 19, pp. 606-610.

**sanitaire à des dates différentes (Figure 2).** La comparaison de chaque pays à la moyenne européenne (en pointillé) suggère que les baisses observées sont probablement plus liées à des phénomènes conjoncturels paneuropéens (effet de la vaccination, des vacances estivales et de la saisonnalité du virus) qu'à un effet du passe sanitaire.



**Figure 2 - Évolution des nouveaux cas de Covid 19 diagnostiqués en Europe<sup>38</sup>**



Source : European Centre for Disease Prevention and Control, Data on the daily number of new reported COVID-19 cases and deaths by EU/EEA country.

<sup>38</sup> Notes : Les flèches correspondent à l'introduction (ou à une extension importante) du passe sanitaire. La courbe en noir correspond à l'évolution du nombre de cas Covid-19 dans le pays, la courbe en gris pointillé la moyenne européenne.

### 3.3. DOUTES SUR L'EFFICACITÉ DU PASSE SANITAIRE

Pourquoi avoir mis en place le passe sanitaire ? Parce qu'originellement, le principe du passe sanitaire était de restreindre l'accès aux lieux à haut risque de transmission à des personnes qui n'étaient pas infectées (testées négatives) par le SARS-COV-2 ce qui éliminait le risque de transmission (stratégie de test à l'entrée). Ce principe a été validé par des études de l'AP-HP<sup>39</sup> sur des concerts tests, ainsi que d'autres études similaires en Europe<sup>40, 41</sup>. Toutefois, avec l'arrivée de la vaccination, le Gouvernement a voulu faire d'une pierre deux coups en faisant du passe une incitation négative à se faire vacciner en contraignant les individus non vaccinés à se faire tester pour accéder à certains lieux. L'incitation était également positive, car les personnes vaccinées n'allaient plus être soumises aux contraintes des tests à répétition pour accéder aux lieux soumis au passe sanitaire. L'idée paraissait cohérente à priori avec des vaccins de Pfizer<sup>42</sup> et Moderna<sup>43</sup> qui montraient une efficacité de 90% à 95% sur la réduction du risque de Covid-19 symptomatique, et donc des vaccinés qui ne transmettraient presque plus. **Seulement, au moment de l'introduction du passe sanitaire, il existait des données, notamment d'Israël<sup>44</sup>, qui suggéraient que les vaccins ne protégeaient que partiellement contre la transmission.** Les raisons sont encore débattues. Ont été invoqués la baisse de l'efficacité au cours du temps ou le variant Delta<sup>45</sup>. Toutefois, il est important de rappeler que les essais des vaccins Pfizer ou Moderna n'ont pas été construits pour évaluer l'efficacité sur la transmission, notamment du fait que les cas asymptomatiques n'étaient pas systématiquement dépistés. Ces données ne sont pas anodines.

---

<sup>39</sup> Fondation de l'AP-HP, « AP-HP : les premiers résultats de l'étude SPRING s'appuyant sur le concert expérimental « Ambition Live Again » démontrent l'absence de sur-risque d'infection par le SARS-CoV-2 chez les participants au concert », 8 juillet 2021.

<sup>40</sup> BBC News, « Covid: No detectable spread of virus after Liverpool pilot events », 26 mai 2021.

<sup>41</sup> Le Monde avec AFP, « Concert test en Espagne : « aucun signe » de contagion au coronavirus détecté un mois après », *Le Monde*, 27 avril 2021.

<sup>42</sup> Fernando Polack et al., « Safety and Efficacy of the BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine », *New England Journal of Medicine*, vol. 383, n° 27, 2020, pp. 2603-2615.

<sup>43</sup> Baden LR et al., « Efficacy and Safety of the mRNA-1273 SARS-CoV-2 Vaccine », *New England Journal of Medicine*, vol. 384, n°5, 2020, pp. 403-416.

<sup>44</sup> Bar-On YM et al., « Protection of BNT162b2 Vaccine Booster against Covid-19 in Israel », *New England Journal of Medicine*, vol. 385, n° 15, 2021, pp. 1393-1400 ; Goldberg Y et al., « Waning Immunity after the BNT162b2 Vaccine in Israel », *New England Journal of Medicine*, vol. 385, n° 24, 2021, e85.

<sup>45</sup> Shaun Griffin, « Covid-19: Fully vaccinated people can carry as much delta virus as unvaccinated people, data indicate », *BMJ*, vol. 374, n° 2074, 2021.

**Si les personnes vaccinées peuvent transmettre le virus, alors les mélanger avec des personnes non vaccinées dont certaines pourraient être à risque de formes sévères (âge, comorbidités) expose ces dernières à des risques d'hospitalisation, de séjours en réanimation ou de décès.** Par ailleurs, **si les personnes vaccinées, majoritaires aujourd'hui, fréquentent des lieux à haut risque de transmission sans geste barrière, alors le passe sanitaire, sous sa forme actuelle, n'a aucun impact sur le risque d'écllosion de foyers de supercontamination.** Or, ceux-ci ont été décrits comme principaux moteurs de l'épidémie. C'est le cas notamment des restaurants ou les boîtes de nuit<sup>46</sup>, là où le passe sanitaire est principalement demandé. C'est d'ailleurs pour cette raison que le CDC aux USA avait recommandé de nouveau le masque à l'intérieur pour les personnes vaccinées<sup>47</sup>.

Ce constat paradoxal de l'inefficacité du passe sanitaire est lié au fait qu'un passe sanitaire fondé sur un test négatif évite des contaminations et un passe sanitaire fondé sur la vaccination (passe vaccinal) évite des cas sévères, mais pas des contaminations. Le mélange des deux n'évite rien, puisque les personnes vaccinées peuvent se contaminer et les personnes non vaccinées peuvent faire des formes sévères.

Cette hypothèse se confirme avec la reprise que nous observons en France et en Europe depuis fin novembre 2021 malgré le maintien du passe sanitaire. En effet, 41 000 personnes ont été diagnostiquées positives en moyenne par jour entre le 30 novembre 2021 et le 6 décembre 2021 !

Il reste l'argument que les personnes non vaccinées transmettent plus, et que le passe sanitaire permettrait quand même de réduire partiellement le risque, d'une façon suffisante pour contrôler l'épidémie<sup>48</sup>. C'est l'une des conclusions des travaux de l'Institut Pasteur publié en septembre 2021, mais qui n'est pas vraiment appuyé par les résultats de leur

---

<sup>46</sup> KA Fisher KA et al., « Community and Close Contact Exposures Associated with COVID-19 Among Symptomatic Adults ≥18 Years in 11 Outpatient Health Care Facilities — United States », *MMWR*, n° 69, 2020, pp. 1258-1264.

<sup>47</sup> Center for Control Disease and Prevention, « Interim Public Health Recommendations for Fully Vaccinated People », 19 novembre 2021.

<sup>48</sup> Institut Pasteur, Modélisation Covid 19, « Epidémiologie du sars-cov-2 dans une population vaccinée et implications pour le contrôle d'un rebond automnal », 6 septembre 2021.

étude. En effet, l'efficacité du passe n'est pas fondée sur des données observées, mais sur des hypothèses arbitraires de la transmission par les non vaccinés. L'étude conclut simplement que si celles-ci étaient vraies, le passe sanitaire serait efficace. **Certes, les non-vaccinés représentent la majorité des infections, ce qui est attendu, mais il n'y a pas de résultats dans le rapport qui suggèrent qu'ils sont plus à l'origine des infections.** En réalité, la situation est plus complexe avec des données conflictuelles. **S'il est probable que la vaccination réduise initialement le risque de transmission<sup>49</sup>, d'autres études suggèrent que cette protection s'estompe rapidement avec le temps et que les individus vaccinés et non-vaccinés ont des charges virales similaires<sup>50</sup>.**

\*\*\*

**Au total, les données disponibles ne permettent pas de confirmer l'efficacité épidémiologique du passe sanitaire, en dehors de l'effet sur la vaccination. Il est logique de remettre en question sa pertinence, d'autant plus que cet effet n'est pas suffisant pour convaincre les 5%-15% de français non vaccinés.**

---

<sup>49</sup> S. Mallapaty, « COVID vaccines slash viral spread—but Delta is an unknown », *Nature*, vol. 596, n°7870, 2021 pp. 17-18.

<sup>50</sup> A. Singanayagam et al., « Community transmission and viral load kinetics of the SARS-CoV-2 delta (B.1.617.2) variant in vaccinated and unvaccinated individuals in the UK: a prospective, longitudinal, cohort study », *The Lancet Infectious Diseases*, 28 octobre 2021.

## LA CONCLUSION

**C**e qui est difficile à admettre au sujet du passe sanitaire, c'est que nous n'avons pas besoin d'alternative. Il ne faut pas *faire quelque chose* absolument et céder à une frénésie sécuritaire : celle-ci est largement contre-productive. Dans l'état actuel des choses, le choix de la vaccination, et en général, la gestion de l'épidémie, reviennent désormais, plus que jamais, à faire confiance aux individus pour prendre pour eux-mêmes les meilleures décisions. Il est temps d'accepter de vivre avec le virus.

Sous ce paradigme, le rôle de l'État doit se cantonner à une action minimale : informer les populations, faire oeuvre de transparence sur les processus de découvertes, par tâtonnement, de la science, ainsi que fournir un vaccin ou des remèdes gratuits, efficaces et accessibles. **Aussi choquant que cela paraisse, il s'agit d'accepter une certaine perte de contrôle, non pas sur l'épidémie, mais sur les comportements individuels.** Et si on faisait le pari culturel de laisser les Français se prendre en main ?

Nous avons laissé [l'idéologie du « panmédicalisme »](#)<sup>51</sup> dicter notre vie car nous avons oublié l'impermanence de notre existence<sup>52</sup>. Par peur de mourir d'une maladie dont la médiane de l'âge des décès dépasse l'espérance de vie qui nous est promise<sup>53</sup>, nous avons sacrifié la qualité de nos vies. Répondant à nos demandes sécuritaires, le Gouvernement a perdu de vue les principes qu'il devait défendre : notre État de droit, condition des droits fondamentaux. Il est plus qu'urgent de retrouver la force de nos convictions héritées des Lumières et de la Révolution.

Parmi plus de cinquante mesures de restrictions de libertés listées par notre Observatoire des Libertés Confinées, dont dix-sept sont toujours pleinement en vigueur à l'heure où nous écrivons, une mesure semble devoir être aujourd'hui levée sans délai : le passe sanitaire.

---

<sup>51</sup> Notion développée par le philosophe André Comte-Sponville dans une vidéo « Le Studio » publiée par GenerationLibre en octobre 2020.

<sup>52</sup> André Comte-Sponville, « Grand bien vous fasse ! », *France Inter*, 24 septembre 2021

<sup>53</sup> Santé publique France, « COVID-19. Point épidémiologique hebdomadaire du 18 mars 2021 », 18 mars 2021, p. 38 ; Insee, Statistiques et études, Espérance de vie à divers âges.

---

## LES AUTEURS

*Par ordre alphabétique :*

**Kevin Brookes** est le directeur des études de GenerationLibre. Il est docteur en science politique et auteur du livre *Why Neo-liberalism Failed In France* (Palgrave MacMillan, 2021). Il a enseigné à l'IEP de Grenoble et HEC Montréal.

**Nicolas Gardères** est avocat au Barreau de Paris et docteur en droit public, spécialisé sur les questions de droit des libertés publiques. Il est maître de conférences à Sciences Po Paris.

**Henri Leleu** est cofondateur et directeur scientifique de Public Health Expertise, cabinet spécialisé dans l'épidémiologie et l'économie de la santé. Docteur en médecine et docteur en économie de la santé, il a longtemps travaillé à l'INSERM. Ses recherches ont influencé en France les stratégies nationales de dépistage des cancers, la diffusion de l'innovation thérapeutique et, plus récemment, les débats sur les stratégies dans la crise de la COVID-19.

**Christophe Seltzer** est le directeur de GenerationLibre. Diplômé de l'ISMaPP en stratégie politique, il a effectué des immersions professionnelles en parti politique et en administration centrale. Il a dirigé le mouvement «Les Affranchis - Students for Liberty» en France.

---

## REMERCIEMENTS

*Cette note d'analyse doit beaucoup à Clément Turco pour son travail documentaire et rédactionnel.*

---

GENERATION LIBRE

# La raison d'être du think tank.

Tocqueville déplorait déjà, dans *l'Ancien Régime et la Révolution*, « l'effrayant spectacle » des philosophes français, coupés du reste de leurs semblables, ignorants de la vie de la Cité, aveugles au reste du monde. « Même attrait pour les théories générales, les systèmes complets de législation et l'exacte symétrie dans les lois ; même mépris des faits existants ; même confiance dans la théorie. »

A l'inverse, les politiques restent bien souvent détachés de toute réflexion philosophique, en se reposant trop exclusivement sur l'administration pour imaginer les projets de réformes.

**« C'est donc à mieux marier théorie et pratique, principes philosophiques et action politique, que doivent travailler les think tanks »**

Sur le fondement d'une doctrine claire, ils rassemblent les compétences d'experts pour décliner des idées parfois inhabituelles en politiques publiques précises et chiffrées. S'agissant du revenu universel par exemple, GenerationLibre s'est emparé d'un concept puissant mais très abstrait pour élaborer une proposition économiquement viable sous la forme d'un impôt négatif.

Il est heureux que les think tanks jouent un rôle croissant sur la scène publique française. Au-delà des convictions de chacun, c'est la garantie d'un débat riche et informé sur les grands sujets de notre temps.

## ACTIONS

# Notre combat quotidien.

## Nos objectifs.

- 1. Vivre et laisser vivre**, pour permettre à chacun de définir ses propres valeurs dans une société ouverte.
- 2. Briser les rentes**, parce que la libre concurrence des échanges comme des idées est le meilleur moyen de contester l'ordre établi.
- 3. Penser le progrès**, pour que les innovations technologiques demeurent au service de l'individu.

## Nos derniers travaux et publications.

- « Le logement pour tous ; libérer, protéger, inciter : pour une refonte radicale de la politique du logement », novembre 2021 ;
- « Libérer l'université ; maximiser l'autonomie pour restaurer son attractivité », septembre 2021.
- « Années de vie gagnées, années de vie perdues ; une analyse coûts/bénéfices des confinements Covid-19 », mai 2021 ;
- « Esquisse d'un libéralisme soutenable », collection GenerationLibre aux Presses Universitaires de France, février 2021 ;
- « Pour un marché libre du cannabis en France ; lutter contre le marché noir, protéger les consommateurs », janvier 2021.

— NOUS SOUTENIR

# Soutenir de nouvelles idées.

GenerationLibre est un think tank fondé en 2013 par le philosophe Gaspard Koenig. Son financement repose exclusivement sur la générosité de ses donateurs, seule garantie de sa liberté de ton et de son indépendance. Il refuse toute subvention publique et n'effectue aucune activité de conseil.

## **Nous écrire, nous rencontrer.**

GenerationLibre  
46, rue de la Victoire  
75009 Paris  
[contact@generationlibre.eu](mailto:contact@generationlibre.eu)

[www.generationlibre.eu](http://www.generationlibre.eu)