

Le Virus Des Libertés
Association d'avocats et juristes
Case postale 129
1095 Lutry
www.levirusdeslibertes.ch

Recommandé

A l'att. des Conseillers fédéraux
Monsieur Guy Parmelin, Président
Madame Viola Amherd
Madame Simonetta Sommaruga
Monsieur Ignazio Cassis
Monsieur Ueli Maurer
Monsieur Alain Berset
Madame Karin Keller-Sutter
A l'att. de Monsieur le Chancelier
Walter Thurnherr
Gurtengasse 5
3011 Berne

Lutry, le 21 septembre 2021

Lettre ouverte : Passeport sanitaire – violation de l'article 36 Cst.

Mesdames et Messieurs les Conseillères et Conseillers fédéraux, Monsieur le Chancelier,

En tant qu'association représentant nos nombreux membres (plus de 860 personnes), le 27 mai dernier, nous vous faisons part, dans une lettre ouverte annexée à la présente, de notre vive inquiétude concernant l'instauration d'un passeport vaccinal dans notre pays. Nous mettons en évidence les risques de violations des droits fondamentaux des citoyennes et citoyens qui se profilent, notamment des risques de discrimination (art. 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 8 de la Constitution fédérale, ci-après « Cst. »), et vous invitons à y renoncer. **Contre toute attente, et à notre stupéfaction, notre lettre est restée sans la moindre réponse de votre part.** Nous vous y renvoyons par conséquent et devons malheureusement constater à ce jour, avec effarement, que nos craintes étaient bien fondées, voire en-deçà de la réalité.

Alors même que l'article sur le passeport sanitaire de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (ci-après loi COVID-19 – RS 818.102) est soumis au vote populaire le 28 novembre prochain, le Conseil fédéral a décidé, le 23 juin 2021, d'imposer l'utilisation du certificat COVID pour certaines manifestations ainsi que dans les discothèques et les salles de danse. Le 8 septembre 2021, l'utilisation de ce certificat a même été étendue aux lieux fermés tels que les restaurants, les musées, les cinémas, les zoos ou les fitness. Cette mesure, entrée en vigueur le 13 septembre 2021, est prévue au moins jusqu'au 24 janvier 2022 et concerne les personnes de plus de 16 ans.

Cette mesure constitue une atteinte inadmissible aux droits fondamentaux des personnes et en particulier des personnes non vaccinées, établit une discrimination entre les personnes vaccinées et non vaccinées et viole de toute évidence l'article 36 Cst. L'instauration d'un passeport sanitaire ne repose en effet sur aucune base légale suffisante, vise un intérêt public vraisemblablement

irréalisable et constitue par ailleurs une mesure totalement disproportionnée avec le but visé et la situation sanitaire actuelle.

Défaut de base légale suffisante (art. 36 al. 1 Cst.)

Selon l'article 36 alinéa 1 Cst., les restrictions graves des droits fondamentaux doivent être prévues par une loi au sens formel¹, soit une règle dotée de la plus grande légitimité et adoptée par le peuple ou son représentant. La délégation législative est en effet interdite dans ces cas. Tous les éléments d'appréciation en vertu desquels une atteinte est qualifiée de grave doivent figurer dans la loi proprement dite. La base légale doit être claire et précise et ne saurait revêtir la forme d'une clause générale. Il devra donc s'agir d'une clause de détail². D'une manière générale, une restriction à un droit fondamental est d'autant plus grave qu'elle prive le(s) titulaire(s) d'une grande partie ou d'un grand nombre des prérogatives subjectives que ce droit lui (leur) procure. Selon le Tribunal fédéral, est par exemple grave une restriction à la liberté de mouvement³.

En l'occurrence, vu le nombre de droits constitutionnels gravement restreints par l'exigence du passeport sanitaire (droit à la liberté personnelle, droit à l'égalité de traitement, liberté de réunion, droit à la formation, liberté d'accès à la culture, liberté économique, liberté de conscience, etc.), il ne fait aucun doute que celle-ci doit être imposée par l'adoption d'une loi formelle.

Or, les bases légales relatives au passeport sanitaire, ainsi que les éventuelles sanctions qui pourraient être infligées en cas de violation, ne figurent pas dans une loi formelle mais dans une ordonnance, soit l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière (Ordonnance COVID-19 situation particulière – RS 818.101.26). Cette ordonnance a en outre été établie sur la base de l'article 6 alinéa 2 let. a et b de la loi sur les épidémies (ci-après LEp - RS 818.101), laquelle indique :

« Le Conseil fédéral peut, après avoir consulté les cantons : ordonner des mesures visant des individus (let. a); ordonner des mesures visant la population (let. b); »

Tant l'article 6 alinéa 2 let. a et b LEp que l'article 40 LEp, applicable aux cantons, ne bénéficient pas de la densité normative suffisante pour restreindre gravement les droits fondamentaux des citoyens en les soumettant à l'exigence d'un passeport sanitaire pour entrer, par exemple, dans un musée, une piscine, voire aller chercher des livres à la médiathèque cantonale ! Il ne s'agit que de prescriptions d'ordre général. L'article 6a de la loi COVID-19, prévoyant le certificat sanitaire, n'est pas non plus explicite. Il ne saurait donc valoir base légale formelle, ce d'autant plus qu'il doit encore être soumis à votation populaire le 28 novembre 2021. Il ne respecte donc évidemment pas les standards élevés imposés par l'art. 36 alinéa 1 Cst.

Vu ce qui précède, il est évident que l'instauration d'un passeport sanitaire, passeport qui entraîne une obligation générale pour tout un chacun de prouver son état de santé pour participer à la vie publique, économique, culturelle, sportive (et instaure une suspicion générale d'infection !), aurait dû être décidée par le peuple ou son représentant, le parlement. Tel qu'introduit par le Conseil fédéral, le passeport sanitaire viole de manière crasse l'article 36 alinéa 1 Cst.

Actuellement en situation particulière, et non extraordinaire, la clause générale de police (art. 36 al. 1, 3ème phrase) ne saurait évidemment entrer en considération.

¹ J. Dubey, Commentaire romand de la Constitution fédérale, Bâle 2021, N. 82 ad art. 36.

² Ibidem, N. 86 ad art. 36.

³ Ibidem, N. 44 ad art. 36.

Intérêt public (art. 36 al. 2 Cst.)

Dès lors que le passeport sanitaire imposé par le Conseil fédéral empiète sur les droits fondamentaux, l'intérêt public à atteindre doit être particulièrement pertinent⁴ et justifié. Le Conseil fédéral motive l'instauration du passeport sanitaire et son extension par son souci de ne pas surcharger les hôpitaux et notamment les lits de soins intensifs⁵. Or, cet intérêt public est, d'une part, irréalisable vu le taux moyen d'occupation hospitalière globale situé entre 75% et 80%⁶, dont seulement 4%, en moyenne, concerne des patients Covid-positifs⁷. A cette forte occupation globale s'ajoute le taux d'occupation des soins intensifs par des patients Covid-positifs, qui est de 46%⁸. Il est à préciser que ce dernier pourcentage n'a pas été atteint au plus fort de la crise mais récemment, en raison d'une diminution drastique de 44% du nombre de lits de soins intensifs depuis le 13 avril 2020⁹. Après une année et demie de situation COVID, nous sommes effectivement en droit de demander pourquoi les capacités hospitalières n'ont pas été renforcées, ou du moins pourquoi aucune réflexion n'a été menée par le Gouvernement, ni aucun programme d'action présenté par ce dernier.

D'autre part, l'intérêt public de la sauvegarde de la capacité hospitalière est incompatible avec les obligations des cantons et de la Confédération de fournir des soins de qualité en suffisance (art. 117a Cst.). Selon cette disposition, les cantons et la Confédération doivent veiller à ce que chacun ait accès à des soins médicaux de base suffisants et de qualité. Ils reconnaissent la médecine de famille comme une composante essentielle des soins médicaux de base et l'encouragent. L'art. 117a Cst. est programmatique et contient un mandat général à l'adresse des acteurs étatiques centré sur les besoins de la population en matière de médecine de base¹⁰. La définition du terme « médecine de base » procède du besoin général de la population de disposer de biens et de services médicaux de base, en matière de soins curatifs notamment.

Ces prestations ne sont pas fournies par un seul groupe professionnel, mais par différentes professions et institutions, le critère déterminant étant surtout que ces prestations soient potentiellement ou effectivement sollicitées de façon régulière par une grande partie de la population ou par différents groupes de population, et que cela restera le cas à l'avenir. En outre, le mandat susmentionné implique que ces mêmes prestations de base soient accessibles à tous. Cela est réalisé lorsque l'ensemble de la population de toutes les régions du pays peuvent obtenir ces prestations dans un délai approprié.

Or, en l'espèce, non seulement des lits ont été fermés, mais les médecins généralistes ont été écartés du processus de soins de la population par la campagne du « restez chez vous » et par un acharnement sans précédent des institutions cantonales de santé publique (médecins cantonaux, pharmaciens cantonaux – sans compter parfois les Ordres cantonaux des médecins) contre les médecins généralistes et autres praticiens souhaitant offrir des soins précoces ! Par ailleurs, nous disposons également de preuves que certaines entreprises privées ont offert des services permettant de soulager les institutions publiques mais que ces dernières ont

⁴ Ibidem, N. 101 ad art. 36.

⁵ Communiqué de presse du Conseil fédéral du 8 septembre 2021, [Coronavirus : le Conseil fédéral étend l'obligation de présenter un certificat et lance une consultation sur de nouvelles règles pour entrer en Suisse \(admin.ch\)](#).

⁶ Les pourcentages mentionnés ont été calculés au moyen des statistiques données sur par la Confédération, au plus fort des courbes de chaque catégorie. Les statistiques sont disponibles sur <https://www.covid19.admin.ch/fr/hosp-capacity/icu>

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ Calcul effectué sur la base des données consultables sur [lcumonitoring.ch](https://www.lcumonitoring.ch) du 8 septembre 2021.

¹⁰ FF 2011 6976.

systématiquement mis en échec ces offres. Finalement, il est légitime de se demander à quoi bon fixer un objectif d'intérêt public si tout est fait pour qu'il ne puisse être atteint ?

Ainsi, la Confédération n'a pas respecté ses obligations induites par l'art. 117a Cst., à savoir, développer des structures d'offre en soins dans les régions périphériques, assurer les activités de coordination et d'élaboration des concepts, ou réaliser des projets pilotes en coordination avec les cantons. De par l'inaction de la Confédération quant à ses obligations positives, l'argument de l'intérêt public n'est pas fondé et il n'y a dès lors pas lieu d'examiner les conditions juridiques de son application.

Il faut par ailleurs rappeler que si le Conseil fédéral prétend par ses mesures vouloir protéger la santé publique et éviter la surcharge des hôpitaux (intérêt public prépondérant), il ne peut s'affranchir de prendre en considération les autres intérêts publics qui entrent en ligne de compte (i.e. intérêt public à la cohésion sociale – ordre public, bon fonctionnement de l'économie, etc.). En effet, aucun intérêt public n'est d'une prépondérance absolue en soi et le cœur des droits fondamentaux doit être protégé de manière absolue.

Disproportion entre le but et la mesure (art. 36 al. 3 Cst.)

S'agissant du rapport raisonnable entre le but et la mesure, nous renvoyons pour l'essentiel à notre précédent courrier, lequel garde toute sa pertinence.

Nous y ajoutons en sus, pour rappel, qu'une mesure n'est pas proportionnée si elle occasionne une atteinte plus importante que celle qu'occasionnerait une autre mesure pareillement apte à servir l'intérêt public visé. En lieu et place d'une quasi-exclusion de la société pour une partie de la population, on peut se demander s'il n'eût pas existé une mesure plus proportionnée.

Nous tenons enfin à mentionner que, selon les dernières études¹¹ en notre possession concernant la transmission du variant delta de la maladie COVID-19, et comme l'a communiqué la cheffe de la section de contrôle des infections de l'Office fédéral de la santé publique¹², les personnes vaccinées sont aussi contagieuses que les personnes non vaccinées et peuvent également développer des formes graves. Dans ces conditions, le passeport sanitaire, en tant qu'il n'oblige pas les personnes vaccinées à se faire régulièrement tester, perd toute son utilité et proportionnalité, dès lors qu'il n'est plus apte à atteindre l'objectif fixé et qu'il peut même, couplé à l'abandon des gestes de distanciation sociale, potentiellement renforcer la propagation du virus au sein de la population, atteignant par là même un résultat opposé à l'objectif visé. Nous vous invitons par ailleurs, et par souci de transparence, à bien vouloir nous fournir les documents et études permettant de tenir en échec ces informations.

Atteinte au noyau intangible des droits fondamentaux (art. 36 al. 4 Cst.)

Selon l'article 36 alinéa 4 Cst., « *L'essence des droits fondamentaux est inviolable* ». Cet alinéa a pour mission de protéger la substance, le cœur même des droits fondamentaux de manière absolue contre les organes étatiques, constituant un garde-fou de la démocratie et de la protection des minorités. Tel que mis en évidence ci-dessus, le passeport sanitaire viole déjà les trois premiers alinéas de l'article 36 Cst. Sans qu'il soit besoin d'effectuer une analyse détaillée, on peut sérieusement craindre que cet outil discriminatoire viole également le quatrième alinéa et

¹¹ Voir notamment: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3897733.

¹² Selon les dernières déclarations par communiqué de presse, en particulier celle du 31 août 2021.

constitue une atteinte inadmissible aux noyaux intangibles de plusieurs droits fondamentaux. Cet outil doit donc absolument être supprimé.

Conclusions

En conclusion, la base légale formelle permettant de limiter les droits fondamentaux de la population fait défaut. A tout le moins et quand bien même elle existerait, sa densité normative n'est, dans tous les cas, pas suffisante.

De plus, l'intérêt public à la sauvegarde de la capacité hospitalière est vraisemblablement irréalisable actuellement et à court terme au vu notamment des graves lacunes constatées en matière de planification hospitalière et sanitaire.

En effet, l'État ne saurait se prévaloir de son inaction quant à ses obligations pour justifier des atteintes, par ailleurs disproportionnées, aux droits fondamentaux de la population, voire même, une violation de leur noyau intangible.

Ainsi, ce passeport sanitaire, ainsi que toutes les contraintes qui y sont liées, doivent immédiatement être supprimés.

Certains que le Conseil fédéral n'a pas perdu de vue la mission qui lui a été attribuée, soit selon l'article 3 alinéa 2 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA – RS 172.010) la recherche du bien commun et la défense des droits des citoyens, nous restons dans l'attente de vos rapides réponses à nos préoccupations (cf. notamment art. 10 al. 1 LOGA – devoir d'information du public).

Veuillez croire, Mesdames et Messieurs les Conseillères et Conseillers fédéraux, Monsieur le Chancelier, à l'expression de nos respectueuses salutations.

Signataires :

Le Virus des Libertés

Youri Widmer, Président

Case postale 129

1092 Lutry

levirusdeslibertes@mail.ch



Stéphanie Nanchen, av.

Laure Chappaz, av.

Johanna Sanz, av.

Audrey Voutat, av.

Henri Gendre, av.

Luc Gervasoni, av.

Philipp Kruse, av.

Michelle Cailler, jur.

Anne Catherine Baudin, jur.

Aziz Boussalem, jur. et économiste

Rute Ruaz, jur..

Clarissa Frankfurt, jur.

Aurélié Dey, jur.

Diffusion : cette lettre est diffusée à toute personne intéressée.