A l'aube de l'ère pénale sanitaire

Alice DEJEAN DE LA BÂTIE

Maître de conférences en droit privé, CEJESCO, URCA

Résumé : Face à la menace puis aux ravages de l'épidémie de Covid-19, les autorités publiques ont fait le choix de la coercition pour tenter de juguler la contagion. Si de nombreuses mesures relevaient d'abord de la police administrative, le bras armé du droit pénal n'a pas tardé à être brandi par l'Etat pour contraindre les individus réfractaires à jouer le jeu collectif du confinement, du couvre-feu, des gestes barrières et de la traçabilité. Le contexte épidémique s'est ainsi accompagné d'un arsenal pénal spécial dont il y a à craindre qu'il laissera des séquelles durables. I. L'arsenal pénal spécial contre l'épidémie Piochant dans les différentes branches du droit pénal spécial - matière juridique qui s'intéresse à l'étude des infractions - , les autorités ont adopté une approche double : d'une part le recours à des délits classiques et d'autre part la création de nouvelles infractions sur mesure. Pour certains, le nouveau coronavirus est mortel, pour d'autres, il n'engendre aucun symptôme. Face à cette variabilité des effets, ce sont les plus dangereux pour la vie et l'intégrité physique qui guident la qualification pénale. Cela conduit à invoquer la mise en danger d'autrui - en l'absence de victimes -, l'homicide par imprudence, ou encore les violences involontaires à l'encontre des organisateurs de fêtes clandestines, mais aussi, par exemple, des employeurs qui obligent à venir travailler dans des conditions sanitaires douteuses. A l'inverse, le délit d'atteinte au secret professionnel est balayé d'un revers de main pour laisser place à l'injonction de transmission des données personnelles et médicales. En parallèle, ce n'est qu'une question de temps avant que le faux et l'usage de faux soient reprochés aux personnes qui se dotent d'attestations falsifiées. On songe non seulement à l'attestation-employeur permettant de s'exonérer des contraintes du confinement ou du couvre-feu, mais également aux attestations de test-PCR négatif permettant d'accéder à certains lieux ou de passer les frontières. Le gouvernement a en outre multiplié les sanctions pénales pour contraindre la population au port du masque ainsi qu'au respect des mesures successives de confinement ou de couvre-feu. Si l'on reste en principe dans le domaine contraventionnel, un instrument juridique spécifique est mis à l'honneur par ce nouvel arsenal pénal : la récidive. Elle permet d'abord d'augmenter le montant de l'amende puis de faire entrer le comportement dans le domaine délictuel et d'y attacher la menace d'une peine d'emprisonnement et de peines complémentaires comme le travail d'intérêt général et la suspension du permis de conduire. II. Les séquelles de l'épidémie sur le droit pénal spécial Les avancées du droit pénal décrites ci-dessus sont autant d'offenses à la liberté. Si le contexte épidémique les a rendues temporairement nécessaires, il y a fort à craindre que certaines d'entre elles s'installent durablement dans le paysage pénal français. Les spécialistes de droit public et de théorie politique s'inquiètent déjà de la propension des citoyens à s'habituer à l'état d'urgence sanitaire, au détriment de leurs libertés fondamentales. Nous devons à notre tour dénoncer l'empreinte profonde que l'épidémie risque de laisser sur le droit pénal spécial. Un secret professionnel affaibli par des procédures de traçage - pourquoi ne pas y recourir lors de la prochaine épidémie de grippe ou de gastro-entérite ? -, un recours récurrent à la mesure martiale du couvre-feu, une logique d'escalade rapide des sanctions par le biais de la récidive, le spectre d'un trafic de documents de type "passeport sanitaire"… sont autant de risques qui pèsent sur nos libertés.

Mots-clés : pénal, secret médical, homicide, mise en danger, récidive.

[1]Un million cent mille personnes ont été verbalisées pour violation du premier confinement entre mars et mai 2020[2]. Un million cent mille personnes pénalement sanctionnées pour une infraction qui n'existait pas quelques mois, quelques semaines, voire quelques jours plus tôt ; verbalisées pour être simplement sorties de chez elles à une certaine heure, sur une certaine distance… ou pour un certain temps.

A peine les déplacements étaient-ils légèrement moins contraints, que la loi du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire[3] étendait pourtant les personnels dotés de prérogatives de verbalisation, y incluant par exemple dorénavant les agents assermentés des services de transport[4]. Face à la crise épidémique, la réaction des pouvoirs publics a donc été de créer plus d'infractions et de doter plus de personnes du pouvoir de sanction. Cette pression pénale accentuée s'est assortie d'une mise au rabais des garanties procédurales visant à protéger les droits fondamentaux des personnes poursuivies. Par exemple, on a assisté à la multiplication des procédures dématérialisées ou accélérées. Ainsi, face à la crise sanitaire, l'État a fait le choix de la coercition (I).

Ce n'est pas inédit dans l'Histoire, bien au contraire : par le passé, l'État a pu punir des comportements susceptibles d'aggraver une épidémie par des sanctions allant jusqu'à la peine de mort[5]. *Une fois de plus*, donc, et sans doute de manière moins brutale, moins arbitraire, mais une fois de plus, le choix est celui de la coercition. Pourquoi ? Pourquoi privilégier la loi pénale pour faire face à la pandémie ? Sans doute d'abord pour s'arroger la force symbolique de la norme pénale dans une situation de vulnérabilité, de faiblesse. Sans doute aussi parce que le droit pénal, abrupt, violent, se présente comme un outil efficace de modification des comportements des individus (II).

Pourtant, ce recours intensif au droit pénal n'est pas sans danger : un espace public saturé de droit pénal est un espace public moins juste et moins libre (III).

1 Le constat : le choix de la coercition face à la crise sanitaire

Face à la crise sanitaire, l'État a fait le choix de la coercition. Ceci se traduit par un double mouvement de la norme pénale : le droit pénal qui sanctionne avance (A) tandis que le droit pénal qui protège recule (B).

1.1 Le droit pénal qui sanctionne avance

En premier lieu, l'arsenal pénal contre la pandémie réside dans les infractions classiques préexistantes. Celles-ci sont applicables aux personnes dont les comportements négligents ou imprudents ont exposé autrui au virus, à l'exemple des organisateurs de fêtes clandestines, ou encore des employeurs ayant fait venir leurs employés dans des

[1]Ces propos tiennent compte de l'exigence formelle du colloque de limiter le temps de parole des interventions à dix minutes. Il s'agit donc de présenter ici les idées clefs de la démonstration, sans prétendre à l'exhaustivité scientifique.

[2]Source : ministère de l'Intérieur.

[3]Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

[4]Art. 9 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 (*op. cit.*).

[5]Ce fut, par exemple, notoirement le cas avec l'épidémie de peste à Marseille en 1720. À ce sujet, v. F. Beauvieux, « Justice et répression de la criminalité en temps de peste. L'exemple de l'épidémie marseillaise de 1720-1722 », *Criminocorpus* 2014 (accessible en ligne).

Published in : François BOST, Perrine DELETTRE, Philippe ODOU, Angélique RANVIER et Fabrice THURIOT (dir.), *Les épidémies au prisme des SHS. De quelles crises les épidémies sont-elles porteuses ?*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004659, doi : 10.17184/eac.9782813004659

conditions sanitaires douteuses. Face à de tels comportement, l'infraction applicable dépendra du degré de gravité des conséquences de l'exposition au virus. En l'absence d'atteinte à l'intégrité physique, il s'agira, selon les circonstances, des délits de mise en danger d'autrui ou de non-assistance à personne en péril[6]. En revanche, si une personne a été effectivement infectée par le virus du fait du comportement litigieux, la qualification sera soit celle de violences involontaires[7], soit, en cas de décès, celle d'homicide involontaire[8]. En outre, ces délits se trouveront aggravés par la circonstance que le comportement caractérise une « violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement »[9].

En parallèle, la réponse pénale à la pandémie s'est accompagnée de la création d'infractions nouvelles permettant d'incriminer par exemple la violation des mesures de confinement ou de couvre-feu[10], ou encore le non-port du masque dans l'espace public ou les transports en commun[11].

Enfin, le législateur a fait preuve d'ingéniosité en recourant aux mécanismes juridiques de la répétition et de la réitération[12], afin de permettre une aggravation rapide des sanctions, par exemple, en matière de non-respect du couvre-feu. Cette aggravation se présente d'abord sous la forme d'une augmentation du montant de l'amende[13], mais la répétition permet ensuite de faire entrer le comportement dans le domaine délictuel et, par conséquent, d'y attacher la menace non seulement d'une peine d'emprisonnement mais également des peines complémentaires de travail d'intérêt général et de suspension du permis de conduire[14].

1.2 Le droit pénal qui protège recule

En matière procédurale, la pandémie a engendré des entorses aux principes protecteurs des intérêts des personnes poursuivies ou condamnées. Ainsi, les principes cardinaux de respect du contradictoire et de publicité des audiences ont été mis à mal par la généralisation des audiences en visioconférence. Dans un autre domaine, l'épidémie a engendré plusieurs limitations du droit fondamental au respect de la vie privée et familiale des personnes détenues, en conduisant, par exemple, à la limitation des visites en prison et à la banalisation des parloirs avec séparation.

Sur un plan plus abstrait mais non moins essentiel, le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs exige notamment que les lois définissant le régime des crimes

[6] Respectivement incriminées aux art. 223-1 et 223-6 al. 2 du Code pénal.

[7] Art. 222-19 et suiv. du Code pénal.

[8] Art. 221-6 du Code pénal.

[9] V. par. ex. pour l'homicide involontaire aggravé : art. 221-6 al. 2 du Code pénal.

[10] Les textes normatifs sur ce sujet se sont multipliés au gré des « vagues » épidémiques mais on peut citer à titre principal les art. L. 3131-15 et L. 3136-1 du Code de la santé publique.

[11] Décret n° 2021-699 du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire ; Arrêté du 1er juin 2021 prescrivant les mesures générales nécessaires à la gestion de la sortie de crise sanitaire.

[12] « Il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale » : art. 132-16-7 du Code pénal.

[13] Décret n° 2020-357 du 28 mars 2020 relatif à la forfaitisation de la contravention de la 5e classe réprimant la violation des mesures édictées en cas de menace sanitaire grave et de déclaration de l'état d'urgence sanitaire.

[14] Art. L. 3136-1 al. 4 du Code de la santé publique.

Published in : François BOST, Perrine DELETTRE, Philippe ODOU, Angélique RANVIER et Fabrice THURIOT (dir.), *Les épidémies au prisme des SHS. De quelles crises les épidémies sont-elles porteuses ?*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004659, doi : 10.17184/eac.9782813004659

et des délits ainsi que les règles de procédure pénale relèvent de la compétence du parlement[15]. Or, face à la crise sanitaire, le gouvernement a choisi dans l'urgence de légiférer par ordonnances[16]. Ce recours massif à la législation par ordonnances, s'il ne date pas de la gestion de la pandémie, se fait au détriment d'un véritable débat parlementaire. De plus, on peut citer comme autre exemple de cette régression du droit pénal protecteur la mise au ban des libertés individuelles, comme dans le cas controversé de la prolongation arbitraire des détentions provisoires, qui a – malheureusement, seulement après coup – fait l'objet d'une censure du Conseil constitutionnel[17].

Enfin, la pandémie a également conduit à un recul du droit pénal substantiel protecteur des individus avec une régression du champ d'application du secret médical. Certes, le délit d'atteinte au secret professionnel est déjà classiquement écarté pour laisser place à l'injonction de transmission des données personnelles et médicales en matière de maladies contagieuses[18], mais la crise sanitaire actuelle a conduit le gouvernement à franchir une étape supplémentaire par la mise en place d'un système de traçabilité et de désignation des personnes tierces identifiées par les malades comme « cas-contacts ».

2 Les causes : symbolisme et efficacité de la loi pénale en période de crise

Pourquoi le droit pénal de la sanction avance-t-il (A) et pourquoi la norme pénale protectrice recule-t-elle (B) ? Deux raisons essentielles à cela, qui tiennent à deux qualités bien connues de la norme pénale : son efficacité et sa puissance symbolique.

2.1 Pourquoi le droit pénal de la sanction avance-t-il ?

Efficacité. La crise sanitaire présente cette particularité que son évolution dépend en partie du comportement des individus. Or la menace de la sanction pénale est souvent conçue comme un outil de modulation des comportements – y recourir est donc un moyen rapide et efficace d'impacter la pandémie.

Symbolisme. Le droit pénal est connu comme un droit « grave », expression ultime du monopole régalien de la violence légitime. Il est donc fréquemment utilisé comme un outil de communication avec la population[19]. Le message est simple : la situation est grave, on recourt donc aux mécanismes juridiques les plus dramatiques.

2.2 Pourquoi la norme pénale protectrice recule-t-elle ?

L'enjeu est, ici aussi, celui de l'efficacité : le retrait de la norme pénale protectrice permet de donner une plus grande latitude d'action aux pouvoirs publics. La protection des libertés est donc sacrifiée sur l'autel de l'efficacité, les citoyens et citoyennes se trouvent donc plus exposés aux excès de la violence étatique.

[15] Art. 34 de la Constitution.
[16] Comme l'y autorise l'art. 38 de la Constitution après habilitation par le Parlement.
[17] Cons., const., 29 janv. 2021, n° 2020-878/879 QPC.
[18] Art. L. 3113-1 du Code de la santé publique.
[19] Sur l'utilisation symbolique du droit pénal, v. notam. V. Malabat, « Les infractions inutiles – Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz 2009, p. 71.

Published in : François BOST, Perrine DELETTRE, Philippe ODOU, Angélique RANVIER et Fabrice THURIOT (dir.), *Les épidémies au prisme des SHS. De quelles crises les épidémies sont-elles porteuses ?*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004659, doi : 10.17184/eac.9782813004659

3 Le danger : le déclin pérenne des droits fondamentaux

Les dangers sont de trois ordres : un espace public saturé de droit pénal, des libertés confisquées et l'égalité entre les individus menacés.

A l'ère pénale sanitaire dont la pandémie a marqué l'avènement, l'espace public – physique et mental – est saturé de droit pénal. La sanction menace tout le monde et partout, et l'on court le risque non négligeable que l'individu *s'habitue*. Qu'il s'habitue d'abord à voir le moindre geste (sortir dehors !) contrôlé. Qu'il s'habitue ensuite, et c'est plus grave, à passer outre la menace pénale qui se trouve banalisée. Qu'il s'habitue, enfin, et c'est dangereux, à s'engager dans des comportements plus graves sur l'échelle répressive. Ainsi en est-il, par exemple, de la tentation de se faire une « attestation » mensongère ou même de créer ou receler une fausse attestation d'employeur afin de contourner les mesures de couvre-feu. Cela revient à commettre un délit[20] pour éviter une contravention. On rejoint ici le cri d'alarme des juristes spécialisés en droit public et libertés fondamentales[21].

Dans un autre domaine, l'affaiblissement du secret professionnel par les procédures de traçage – pourquoi ne pas y recourir lors de la prochaine épidémie de grippe ou de gastro-entérite ? – marque une emprise plus importante de l'État sur notre intimité. Le public gagne du terrain sur le privé ; l'État accentue son contrôle des individus.

Enfin, si ce déclin des droits fondamentaux nous concerne tous et toutes, il touche particulièrement certaines personnes et comporte ainsi un coup majeur à l'égalité. En particulier, les pratiques policières dans le cadre des contrôles liés au confinement, couvre-feu et port du masque se sont révélées très disparates selon la personne contrôlée, les zones géographiques et la personnalité des agents effectuant le contrôle[22]

La question qui se pose aujourd'hui est donc la suivante : les libertés confisquées au nom de la lutte contre la pandémie nous seront-elles rendues intactes ?

Ce qui est tolérable en temps de crise sanitaire ne le reste pas une fois la menace éloignée. Il est donc essentiel de s'assurer ensuite collectivement d'un reflux progressif de la sanction pénale à mesure que l'épidémie s'éteint. La vigilance, sur ce point, est de mise. D'autres crises, comme la précédente vague d'attentats terroristes, ont montré qu'une fois installés, l'état d'urgence et sa cohorte de réflexes juridiques liberticides se révèlent très difficiles à déloger. Avec optimisme, gageons que nous assisterons un jour prochain, non à l'aube, mais au crépuscule de l'ère pénale sanitaire.

[20] Le faux et l'usage de faux sont incriminés à l'art. 441-1 du Code pénal. Cette infraction est également applicable aux pratiques de faux « pass sanitaires » qui se sont développées depuis la mise en place de restrictions d'accès à certains lieux, fondées sur la présentation de ce document.

[21] À ce sujet, v. notam. l'étude annuelle 2021 du Conseil d'État « Les états d'urgence : la démocratie sous contrainte » (accessible en ligne sur le site du Conseil).

[22] À ce sujet, v. E. Dantan, F. Lange, M. Boulestreau, S. Gasse, Y. Fernandez et V. Louis, « Les pratiques policières pendant l'état d'urgence sanitaire », *Revue des Droits de l'Homme* 2020 (accessible en ligne : https://doi.org/10.4000/revdh.10623).\\.

Published in : François BOST, Perrine DELETTRE, Philippe ODOU, Angélique RANVIER et Fabrice THURIOT (dir.), *Les épidémies au prisme des SHS. De quelles crises les épidémies sont-elles porteuses ?*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813004659, doi : 10.17184/eac.9782813004659