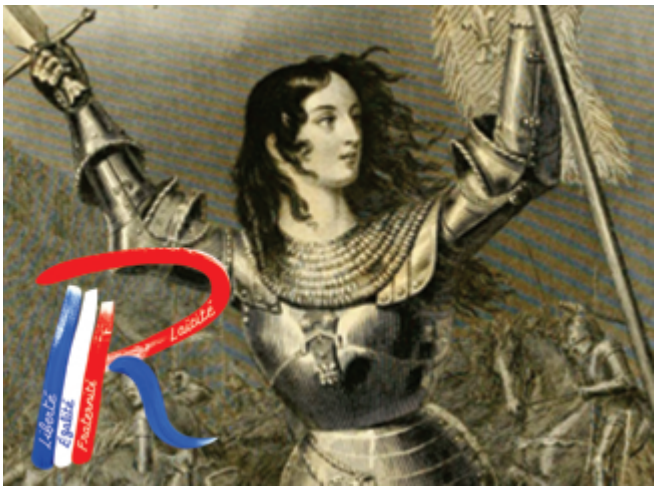
Masque : quels recours quand obligations ou interdictions vont trop loin ?

écrit par Christine Tasin | 30 août 2020



On a manifestement basculé dans une forme d'hystérie sanitaire, nous dit l'avocat Régis de Castelnau.

Il s'agit plus d'une mesure politique que d'une mesure sanitaire, pour le politologue Christophe Boutin.

Mais la véritable inquiétude, c'est que malgré la cacophonie à la tête de l'Etat et les désaccords entre scientifiques, les Français semblent demandeurs de mesures liberticides…

Si le port du masque dans les lieux publics clos ou dans des zones à très forte densité est une mesure sanitaire essentielle, les obligations ou interdictions annoncées ces dernières jours semblent largement dépasser le principe de proportionnalité entre l'atteinte à une liberté et l'efficacité qu'on peut en attendre.

Atlantico.fr : Le Gouvernement a annoncé

l’obligation du port du masque dès ce vendredi pour les piétons, vélo, conducteurs de trottinettes et scooter dans Paris et la petite couronne. Que pensez-vous de cette nouvelle mesure ?

Régis de Castelnau : Première réaction sur le fond, on a manifestement basculé dans une forme d’hystérie sanitaire. On ne reviendra pas sur la palinodie gouvernementale en matière de masques depuis le début de la pandémie, mais simplement souligner que l’usage de cet accessoire est d’après les spécialistes essentiellement nécessaire en intérieur, si tant est qu’il soit utile ce qui n’est pas très clair, pour prévenir la propagation de la pandémie. Il semble qu’il y ait deux motivations qui se combinent au niveau du pouvoir politique :

• Tout d’abord la peur d’engager sa responsabilité en ne prenant par toutes les précautions possibles. La crainte des suites judiciaires et des conséquences politiques tétanise les décideurs.

• Ensuite, il apparaît de façon assez incontestable que le pouvoir a emprunté une forme de pente naturelle qui est celle de la volonté de contrôle social, toutes ces mesures impliquent une docilité de la population, dont on attend que, surveillée par la police et la justice elle se tienne sage.

Malheureusement cette pression assez insupportable est grosse de risques d’explosion.

Sur le plan juridique, dès lors que le pouvoir impose ces contraintes, il porte atteinte aux libertés fondamentales. Il ne peut le faire que si ces atteintes sont proportionnées à l’objectif d’intérêt général poursuivi. Ces mesures coercitives sont donc susceptibles d’être contestées devant le juge administratif.

Ensuite, dès lors que l'on prend des mesures et qu'on impose à la population des obligations particulières, il est nécessaire de prévoir des sanctions en cas d'inobservation. Et là on bascule dans le domaine pénal qui a ses principes et ses règles particulières et le moins que l'on puisse dire c'est que dans les dispositif mis en place, ces principes et ces règles ne sont pas respectées. Cela présente également le défaut que l'on avait constaté avec les infractions au confinement, où les forces de l'ordre et surtout la gendarmerie se sont précipités dans une démarche de punition de la population considérée comme récalcitrante, et soyons clair comme moyen également de remplir les caisses au moment où la manne des infractions automobiles s'était tarie. Il faut savoir que pendant le confinement ce sont plus d'un million de procès-verbaux qui ont été dressés contre 9000 au Royaume-Uni… Cet écart est malheureusement très révélateur.

Christophe Boutin : Je ne me poserai pas, bien sûr, en spécialiste d'épidémiologie, ce que je ne suis nullement, mais j'ai cru comprendre que, pour une grande part du corps médical, ou même pour l'Organisation mondiale de la santé, le risque de contamination par voie aérienne en milieu ouvert semble particulièrement réduit. À preuve selon eux, les rassemblements plus ou moins festifs auxquels nous avons assisté au cours des derniers mois, dès la fin du déconfinement général, n'auraient visiblement pas eu ce rôle de propagation du virus qui angoissait tant un certain nombre de Français, et les trop fameux « clusters » n'auraient concerné que des milieux clos.

Il s'agit donc visiblement plus d'une mesure politique que d'une mesure sanitaire, s'ajoutant au bombardement quotidien d'informations contradictoires que subissent des Français pour lesquels ordres et contrordres se suivent en permanence – rappelons que le même ministre qui, aujourd'hui, visage soigneusement couvert d'un masque, nous annonce que son port

sera obligatoire dans l’espace public sous peine de lourdes sanctions financières est bien celui-là même qui, il y a quelques mois, nous expliquait qu’à l’extérieur comme à l’intérieur le dit masque ne servait à rien.

Cette mesure politique, ne le sous-estimons pas, répond à une demande d’une part de la population. Ce qui peut en effet sembler surprenant – en même temps que très inquiétant pour l’avenir -, c’est que, malgré cette cacophonie à la tête de l’État et l’absence d’accord entre les scientifiques portant sur les modes de propagation du virus comme sur les moyens de faire face à la contamination, les Français, quotidiennement matraqués par un discours alarmiste, finissent par être demandeurs de mesures largement attentatoires aux libertés, et par souhaiter une répression toujours plus grande des contrevenants. Ils devraient pourtant savoir que cette répression sera ciblée, et ne frappera qu’une catégorie particulière de la population, celle qui, il faut bien le dire, manifeste plutôt un comportement citoyen…

Mais cette mesure est en même temps bien évidemment intenable, et il n’a fallu que quelques dizaines de minutes après l’heure fatidique du 28 août à huit heures du matin pour que la préfecture parisienne, dans un de ses rétropédalages qui semblent devenus la marque de fabrique du pouvoir actuel, revienne sur l’universalité du port du masque, avec des motifs qui laissent rêveurs. Dans une vision très écologiste d’abord, on nous expliqua que les cyclistes, citoyens éco-responsables indispensables à la baisse du taux de pollution atmosphérique dans la capitale, allaient devoir bien malgré eux reprendre un véhicule à moteur faute de pouvoir pédaler avec discernement, leurs lunettes embuées par le port du masque. Exit alors les cyclistes de l’obligation de port. Ce fut ensuite le caractère égalitaire entre sportifs qui prévalut : si les cyclistes pouvaient exercer leur activité sportive sans masques, les joggeurs devaient, à leur tour, bénéficier du même passe-

droit. Exit ensuite les joggeurs.

À l'heure où j'écris, on ne sait pas encore ce qu'il en sera encore des utilisateurs de trottinettes – électriques ou non -, de skateboards, de rollers, et éventuellement de ceux qui choisiraient de se déplacer sur un ballon rebondissant, des échasses ou un bâton à ressort – et je devine l'angoisse qui plane dans les conversations des terrasses parisiennes. Mais quid aussi de celui qui pratique une marche rapide ? Comment distinguer le vrai joggeur, un instant arrêté pour souffler, du « jeune » vêtu de son jogging des dimanches à la capuche rabattue sur un visage ingrat et un regard noir, portant au pied des chaussures prétendument de sport aux semelles de coussin d'air ? Quid aussi de celui qui fume ou mange en marchant, et écarte pour cela le précieux voile ? On saisit dans ce flou le redoutable pouvoir d'interprétation qui sera celui des FSI et éventuellement des magistrats, et nul doute que, dans les jours prochains, certains constateront à nouveau, comme cela a pu être le cas lors du confinement et de ses violations, ce déséquilibre patent, et dans le contrôle de l'application des règles, et dans les sanctions frappant ceux qui ne les respectent pas, ce « deux poids deux mesures » qui, reconnaissons-le, peut lasser.

Il n'est pas impossible que le but recherché soit d'ailleurs de faire perdre pied à la population face à ces savants mélanges d'arbitraire et d'incohérence. Bien sur, de telles mesures visent à dégager les élus ou l'administration de toute responsabilité face aux éventuelles recrudescences du virus – responsables, soit, mais jamais coupables, on le sait bien – et d'ouvrir pour cela moult parapluies. Mais, on peut se demander s'il ne s'agit pas aussi d'habituer chaque jour un peu plus les Français à respecter aveuglément n'importe quelle règle, aussi absurde soit-elle, dans une approche qui se situerait à mi-chemin entre le test de du seuil d'acceptabilité et le dressage. Et, comme le dit Hubert, les chiens doivent bien s'amuser en nous voyant

passer avec nos muselières.

Quels peuvent-être les recours juridiques face à cette nouvelle mesure ?

Régis de Castelnau : Je répète qu'il y a deux plans dans l'analyse de la légalité de toutes ces mesures. Le premier est relatif au caractère proportionné et légitime des atteintes aux libertés par rapport aux objectifs d'intérêt général poursuivis. Le second se rapporte à la légalité intrinsèque des textes répressifs nécessaires à l'application pour sanctionner ceux qui ne respectent pas les prescriptions. Toute règle imposée par la puissance publique doit être assortie d'une sanction en cas d'inobservation, sinon la mesure n'aurait aucune effectivité. Rappelons que droit n'est pas sa propre fin, il est le moyen d'atteindre un but qui est le maintien, la conservation et le développement de la société. Il y a donc un caractère coercitif indispensable à l'existence du droit.

Sur le premier point, c'est-à-dire la légalité même des règles mises en place (décrets, arrêtés préfectoraux, municipaux) dans la mesure où ce sont des actes qui relèvent de pouvoir exécutif, il est possible de saisir les juridictions administratives de recours afin que soit apprécié le bilan coûts avantages de la restriction des libertés. Certains tribunaux administratifs ont annulé des arrêtés préfectoraux ou municipaux étendant à des territoires des mesures sanitaires, mais il ne semble pas que le Conseil d'État ait déjà eu à statuer sur le dernier train de mesures prises par le gouvernement pour faire face au « rebond de l'épidémie ». Pour effectuer ce contrôle, les magistrats de l'ordre administratif sont confrontés à des questions délicates. D'abord ils doivent apprécier le danger que fait

courir l'épidémie à la société, et il faut reconnaître que dans ce domaine on entend absolument tout et son contraire et que médecine et sciences pataugent vaillamment, ce qui est d'ailleurs parfaitement normal, cette épidémie étant complètement nouvelle. Ensuite, une fois que leur conviction sur la nature et la réalité du danger sera forgée, il faudra qu'ils apprécient si les mesures proposées sont de nature à prévenir et à protéger la population. On va leur dire bon courage !

Sur le plan pénal, il apparaît quand même que c'est le grand n'importe quoi. Tout d'abord, les textes répressifs mis en place, c'est-à-dire la définition des sanctions qu'encourent les contrevenants à l'application des mesures décidées (port du masque, couvre-feu, interdiction des rassemblements etc. etc.) sont d'une légalité passablement branlante. En effet comme d'habitude d'administration qui les a rédigés procède par renvois. C'est-à-dire que bien qu'il s'agisse de nouveaux textes on renvoie à l'application d'autres pour la définition des sanctions. Alors qu'il apparaît que ceux-là ne sont plus applicables puisque nous ne sommes plus en état d'urgence sanitaire.

Il est malheureusement probable que les textes répressifs que les forces de l'ordre, pourtant fort timides quand il s'agit de prévenir la violence de rue, se sont précipités à faire appliquer soient illégaux. Et que par conséquent toutes les amendes distribuées à foison soient elles aussi illégales.

Il y a également le problème de fond posé par la rédaction particulièrement vague de textes répressifs, ce qui est interdit par la constitution, la déclaration des droits de l'Homme et, n'en jetez plus, la Convention européenne du même nom… Un texte répressif doit être clair, d'interprétation restrictive, il ne doit donner aucune marge d'interprétation

surtout en matière de procès-verbaux aux forces de l'ordre, à ceux qui appliquent la sanction. Dans ce domaine, et on le voit bien avec le zèle souvent ridicule mais surtout intolérable qu'elles mettent en œuvre et que rapportent tant de témoignages.

Alors, quel recours contre les mesures individuelles ? C'est une question délicate dans la mesure où ceux qui sont verbalisés sont en général démunis, ne connaissent pas les procédures et n'ont souvent pas les moyens de saisir le juge compétent c'est-à-dire le tribunal de police. Seules des actions collectives coordonnées seraient de nature à s'opposer plus efficacement à l'inflation des sanctions arbitraires puisque fréquemment sans véritable base légale. Cela ne semble pas en prendre le chemin.

Il apparaît clair que le pouvoir exécutif, les préfets, voire les Officiers de Police Judiciaire des forces de l'ordre ont connaissance de ses illégalités. Il serait peut-être amusant de réclamer alors l'application de l'article 432–10 du Code pénal qui prévoit : « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction*. » Jean Castex et le gendarme de base ensembles concussionnaires, ce pourrait être savoureux…

Ces nouvelles obligations sont-elles mesurées d’après-vous ?

Christophe Boutin : Mes souvenirs de droit administratif me laissent dubitatif sur toutes les mesures « générales et absolues » qui portent une atteinte lourde aux libertés publiques, et c’est le cas avec ces obligations – quand bien même deviennent-elles au fil des heures un peu moins « générales » ou « absolues ». Des solutions intermédiaires existent-elles ? Sans doute. Il y a, bien sûr, celle qui a été prise initialement, qui visait à obliger au port du masque uniquement dans les artères les plus fréquentées des villes, ou à l’occasion d’événements spécifiques réunissant les citoyens (marché, brocante, foire…), mais il n’est pas évident de s’y retrouver, le marquage des rues concernées n’étant pas toujours fait de manière claire.

Une autre solution serait de laisser aux citoyens, comme cela se fait dans certains pays, une liberté de choix et d’appréciation, leur supposant par cela l’usage au moins potentiel de la raison. Ainsi, lorsque la rue piétonne, en fonction de l’heure ou de la météo, est presque vide, il semble du dernier grotesque d’obliger à y porter un masque, quand, au contraire, lorsqu’une rue a priori non concernée par l’obligation fait, pour une raison ou pour une autre, l’objet d’un rassemblement temporaire important de population, il peut paraître judicieux – avec les réserves que j’ai dites sur les possibilités réelles de contamination par voie aérienne en espace ouvert -, de le porter. Par ailleurs, il est évident que les personnes âgées, mais aussi les cardiaques, ou celles en surcharge pondérale, autant de facteurs aggravants si l’on en croit les analyses médicales, gagneraient à le porter de manière plus fréquente et plus régulière que les jeunes – ce qu’ont bien compris tous ces jeunes hommes qui déambulent dans nos villes sans guère s’en soucier plus que leur première chicha.

Le problème c’est que lorsqu’on laisse à chacun de telles appréciations et qu’il y a un contrôle, il peut y avoir conflit entre l’appréciation du contrôleur et celle du contrôlé. Ce pouvoir d’appréciation des FSI existe déjà : lorsque, par exemple, vous passez au croisement alors que le feu est orange, le représentant de la loi est à même d’apprécier si, effectivement, vous étiez déjà engagé et ne pouviez vous arrêter, ou, au contraire, si vous en aviez tout temps et avez commis une faute répréhensible. Et on pourrait alors penser qu’il est à la fois plus simple pour le contrôleur et plus équitable pour les contrôlés – et donc en quelque sorte plus « mesuré » – d’édicter une interdiction générale et absolue, claire pour tous.

Hélas, elle prend l’eau de toutes parts, et l’arbitraire, dans sa définition comme dans ses applications, rejoindra bientôt celui que l’on a connu il y a quelques mois. Si l’on en juge en effet par un certain nombre de cas constatés lors du confinement général, les FSI ont fait preuve parfois envers certains – les vieilles dames assises sur les bancs, les promeneurs isolés des plages du Nord ou des Vosges – d’une rigueur excessive, ou, à tout le moins, d’un manque évident de compréhension, quand, dans le même temps – et nous retrouvons le « deux poids deux mesures » qui devient la marque de fabrique du pseudo-régalien français -, d’autres violations plus manifestes, menées par d’autres populations, dans d’autres endroits, n’entraînaient nulle sanction, quand bien même la célèbre jurisprudence Castaner ne faisait-elle pas encore primer l’émotion sur le droit.

Peut-on imaginer des dérogations pour les fumeurs ? pour les individus qui mangent en pleine rue sans masque ?

Régis de Castelnau : On peut tout imaginer, mais le problème est d’abord de principe. Plus on va compliquer, prévoir des exceptions, imaginer des dérogations, inventer de nouvelles

infractions plus on va rendre le dispositif complètement illisible et par conséquente illégal. Et l'on voit bien dans votre question que les hypothèses de dérogations dont vous faites état sont le fruit des réactions montrant le grotesque de la mesure d'obligations de port du masque dans l'espace public. Grotesque non pas en matière sanitaire, encore que, mais surtout impossible à organiser sans un bouleversement de la vie sociale, et la mise en place d'un système autoritaire qui commence à devenir un peu terrifiant.

À quand les gendarmes dans les chambres à coucher pour vérifier que vous dormez avec un masque ?

Quel parti pourrait, selon vous, tenir un discours mesuré concernant le port du masque ?

Christophe Boutin : Il est aussi difficile actuellement un parti politique de tenir un discours que l'on pourrait qualifier de « mesuré » ou de « raisonnable » sur le port du masque que cela est difficile aux élus ou au pouvoir en place. N'oublions pas qu'à la suite du matraquage permanent des médias mainstream une partie non négligeable des Français, nous l'avons dit, se croit obligée d'en rajouter dans la demande de protection – et donc dans la demande de sanctions à l'encontre de ceux qui ne respecteraient pas les règles, hier celles du confinement, quand les services des FSI croulaient sous les appels de dénonciation, aujourd'hui celles du port du masque. Tétanisés par la peur du virus et des dangers réels ou supposés de contamination que l'on pourrait courir en allant faire ses courses ou promener son chien, ces Français souhaitent accroître leur sécurité… y compris aux dépens de leurs libertés. Et ressurgit alors le vieux fond égalitaire : puisque je supporte le port de ce tissu, pourquoi les autres ne devraient-ils pas le supporter eux aussi ?

Dans ce cadre, on ne voit effectivement aucun parti, pas plus à droite qu'à gauche, susceptible de demander que l'on relativise le danger et que l'on applique d'autres réglementations plus « mesurées ». Pas, bien sûr, le parti présidentiel ou les partis, de plus en plus nombreux à mesure que ce dernier se fragmente, qui font partie de la majorité présidentielle. En dehors de la noble et ô combien estimable volonté de protéger la population – que n'a-t-on la même pour la protéger des agressions physiques -, le nombre d'avantages induits par la situation de crise sanitaire est en effet beaucoup trop important pour qu'on la minimise : citons, en vrac, l'augmentation de textes plus ou moins attentatoires aux libertés, le stress accru d'une population à laquelle on pourra plus facilement demander sous peu de contribuer financièrement, la possibilité de faire passer des textes de manière discrète derrière l'écran de fumée des « clusters » toujours renouvelés, et j'en passe.

Et l'opposition ? L'électorat de la droite LR, entre âgé et très âgé, se console de ne plus oser sortir dans les rues en lisant le dernier opus sarkozien, s'indigne de toute transgression, et pense que l'on devrait greffer les masques au visage des récalcitrants. La droite RN joue, elle, la carte de l'approche sécuritaire, et se trouve dès lors incapable de distinguer entre sécurité publique et sécurité sanitaire comme d'affirmer, contre le tout-sécuritaire, la défense des libertés. Quant aux EELV ou LFI, tout entiers absorbés par la question des luttes sociétales, pourvu que la réglementation soit écrite en écriture inclusive et laisse aux minorités racisé-e-s une large marge de manœuvre dans son application, ils n'y trouvent rien à redire.

Le feraient-ils qu'ils courraient de toute manière un risque politique majeur face à la doxa médiatique : si telle est la volonté du pouvoir en effet, à la première augmentation des contaminations, et ce que les chiffres soient réels ou manipulés, celui qui aurait prêché pour une diminution des

restrictions se retrouverait aussitôt la cible de toutes les attaques des médias et des autres représentants de la classe politique, stigmatisé comme irresponsable par un feu roulant d'intervenants, et accusé de meurtre, ou peu s'en faut. Et septembre s'annonce trop doux pour que l'on pense à organiser son suicide politique…

Avec Régis de Castelnau, Christophe Boutin

Atlantico