

Covid 19 et situation juridique des personnes en Droit Tunisien

Aïda CAID ESSEBSI ép. FOURATI

Agrégée en Droit Privé

Maître de conférences à la Faculté des sciences juridiques,
politiques et sociales de Tunis.

Responsable du Master Droit de la santé
Université de Carthage-Tunisie

L'être humain éprouve « un besoin ancestral de sécurité »¹, il est toujours en quête de paix intérieure. Il craint l'incertain, l'imprévu, sources de dangers. Il appréhende tout évènement qui pourrait menacer sa stabilité, la continuité de ses activités, sa propre vie ou la continuité de sa race sur terre.

Or, tout n'est pas toujours prévisible, que ce soit dans la vie de chaque individu, dans les rapports de la personne avec son entourage, ses rapports avec ses propres créanciers ou débiteurs; ou encore dans le cadre de la gestion de la vie en société, où l'Etat tend à assurer une vie collective organisée et paisible.

Dans ce sens, la Covid 19² a constitué un danger sur tous ces niveaux : elle a menacé la vie humaine des individus, ébranlé

¹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz 2011, 13^{ème} éd p 3.

² Entre la dénomination « le covid » ou « la covid », l'Académie française a fini par opter pour le féminin, https://www.bfmtv.com/societe/le-covid-ou-la-covid-l-academie-francaise-tranche-pour-le-feminin_AN-202005120159.html (consulté le 27 septembre 2020 à 11h00).

l'équilibre de l'économie mondiale, paralysé les échanges entre les pays. Ce virus, appelé SARS COV2 et plus communément Coronavirus, a été qualifié non pas simplement d'épidémie mais plutôt de pandémie¹, touchant toute la population mondiale, causant des dommages colossaux aussi bien corporels, matériels que moraux².

Ce virus représente une menace sérieuse à la sécurité sanitaire de chaque population, chaque Etat doit tenter de s'en protéger. Il est à l'origine d'un ralentissement des activités économiques, sociales et culturelles sur toute la planète. Il a déstabilisé et continue à déstabiliser la situation des personnes dans le monde, soit en tant que citoyens dans la société ou en tant qu'individus.

En effet, hormis son impact sur les Etats, les entreprises, les forces économiques nationales et multinationales, la Covid 19 a altéré le vécu et les droits des individus, perçus comme des personnes³. En tant que sujet de Droit, la personne a la capacité d'acquérir des droits et celle d'assumer des obligations⁴. Or,

¹ « À son entrée dans le dictionnaire français, en 1752, le mot pandémie était considéré comme un synonyme d'épidémie. Aujourd'hui, les deux termes sont utilisés pour qualifier des phénomènes distincts. D'après le Larousse, une épidémie est « *le développement et la propagation rapide d'une maladie contagieuse, le plus souvent d'origine infectieuse, dans une population* ». Quant à elle, la pandémie est « *une épidémie étendue à toute la population d'un continent, voire au monde entier* ». Tout est donc une question d'ampleur » ». <https://www.futura-sciences.com/sante/questions-reponses/epidemie-epidemie-pandemie-difference-13437/> (consulté le 18 août 2020 à 08h 23).

² On compte aujourd'hui près de deux millions de décès dans le monde.

³ « Les personnes, au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits; ce sont, d'une expression équivalente, les *sujets de droit* », J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 1/ Les personnes*, P. U. F., Paris, 21^{ème} éd., 2000, p. 11.

⁴ « Saleilles, Duguit, (et) Kelsen...ont souligné que la notion de personne relevait d'une construction juridique permettant à l'Etat d'attribuer à des individus des

Cette personne, titulaire de droits et d'obligations, voit sa situation déstabilisée par la pandémie et par les diverses conséquences de la crise sanitaire.

La Covid 19 a été l'occasion de mettre à l'épreuve les droits nationaux. Ces derniers ont tenté de gérer la crise sous ses différentes facettes, et les mesures prises par les Etats ont eu moult implications non seulement à l'échelle macroéconomique et sociale mais aussi à l'échelle individuelle, ç.-à.-d au niveau de la personne elle-même. Il faudrait alors déterminer l'impact de la Covid 19 sur les personnes et tenter de cerner quelles sont les implications du coronavirus sur leur situation juridique?

Il s'avère que la pandémie a beaucoup touché la situation juridique des individus, en tant que sujets de droit. En effet, elle a porté atteinte aux droits fondamentaux et libertés des personnes **(I)** mais elle a aussi influencé leurs obligations : c'est une cause de modulation¹ des obligations **(II)**.

I- Covid 19 et atteintes aux droits et libertés

A l'occasion de l'avènement du coronavirus, les droits, libertés et activités des personnes ont été indubitablement touchés. Les autorités dans le monde ont dû faire le choix de freiner certaines libertés. En effet, plusieurs atteintes aux libertés sont constatées **(A)**, mais ces atteintes demeurent bel et bien justifiées **(B)**.

droits et de leur imposer des obligations...La qualification de personne intervient en conséquence comme une technique d'imputation de droits et d'obligations en la maîtrise de l'Etat ». J.Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, Paris 2012, p15.

¹ Modulation : Variation, adaptation, modification de quelque chose selon certains critères ou certaines circonstances : L'application d'une mesure avec des modulations selon les cas.

A- Des Atteintes constatées

La constitution tunisienne de 2014¹ reprend un ensemble de libertés et de droits fondamentaux déjà retenus par la constitution de 1959², mais elle consacre également de nouveaux droits. Ainsi, toute une panoplie de droits sont protégés par le chapitre I intitulé « Principes généraux » et notamment par le chapitre 2 de la constitution entièrement dédié aux « droits et libertés ». Parmi ces droits, figurent le droit à la santé, le droit à un environnement sain, mais aussi le droit à la libre circulation et au choix du lieu de résidence instaurés par l'article 24 § 2 de la constitution Tunisienne de 2014³.

Or, pendant la crise sanitaire de la Covid 19, les autorités ont endigué ce droit à la libre circulation et au choix du domicile. Ce droit a ainsi été réduit telle une peau de chagrin et ce, à travers diverses mesures.

Parmi les atteintes à cette liberté figure la mesure du **confinement total de la population**. Cette décision n'a pas été l'apanage du gouvernement tunisien mais plutôt une mesure décidée par la majorité des Etats dans le monde. Ainsi, pendant le printemps 2020, 43% de la population mondiale aurait été « séquestrée chez elle », contrainte au confinement; et

¹ Une constitution adoptée le [26 janvier 2014](#).

² La constitution du 1^{er} juin 1959 a été promulguée à l'aube de l'indépendance déclarée le 20 mars 1956.

³ Cet article affirme que « Tout citoyen dispose de la liberté de choisir son lieu de résidence et de circuler à l'intérieur du territoire ainsi que du droit de le quitter ».

aujourd'hui ce risque plane encore sur plusieurs pays européens¹. Par cette mesure, les déplacements des citoyens étaient interdits sauf pour les cas de nécessité (ravitaillement, urgence médicale..) ou sur autorisation (exercice d'activités nécessaires qualifiées de vitales, tel que le secteur de l'alimentation, de la santé, ou de la sécurité,...). Cette mesure a été tantôt renforcée² tantôt relayée³ par un **couvre-feu** qui interdit les déplacements la nuit⁴.

En Tunisie, des textes ont été adoptés afin de permettre de telles restrictions au droit des citoyens à la libre circulation. Le Décret présidentiel du 22 mars 2020 avait pour objet la limitation de la circulation des personnes et des rassemblements hors horaires du couvre-feu⁵, alors que le Décret-loi du Chef du gouvernement n° 2020-9 du 17 avril 2020, était relatif à la répression de la violation du couvre-feu, à la limitation de la circulation, au confinement total et aux mesures prises à l'égard des personnes atteintes ou suspectées d'être atteintes par le

¹ Le confinement a été décidé à nouveau en Allemagne à partir du 16 décembre 2020 jusqu'au 10 janvier 2021 et il risque de se prolonger jusqu'à la fin du mois de janvier 2021. <https://france3-regions.francetvinfo.fr/grand-est/bas-rhin/strasbourg-0/confinement-allemand-ce-qui-change-ce-mercredi-16-decembre-1906128.html> (consulté le 5 janvier 2021 à 16h).

En Espagne, un nouvel état d'alerte sanitaire a été décrété, jusqu'au 9 mai 2021. <https://www.linternaute.com/voyage/pratique/2503027-confinement-en-europe-l-angleterre-reconfinée-quarantaine-et-tests-obligatoires-on-fait-le-point-par-pays/> (consulté le 5 janvier 2021 à 17h 35).

En Angleterre, un confinement total et strict a été décidé suite à l'avènement de la nouvelle souche du Coronavirus et ce, à partir du 6 janvier et pendant 6 semaines. Un risque à craindre également en France.

² Au mois de mars et d'avril, c.-à-d. lors de la première vague.

³ Notamment lors de la 2^{ème} vague et jusqu'à aujourd'hui. Il a été prolongé jusqu'au 15 janvier.

⁴ En Tunisie, le couvre-feu est encore en vigueur, et ce depuis le mois de mars. En France, cette mesure vient d'être renforcée puisque l'horaire a été avancé à 18 heures dans les départements les plus touchés.

⁵ Le Décret présidentiel n° 2020-28 du 22 mars 2020, JORT n° 24 du 22 mars 2020.

Coronavirus « Covid-19 »¹. Grâce à ces textes, les autorités ont pu cantonner le déplacement des citoyens dans l'espace (interdiction de déplacements entre les gouvernorats) et dans le temps (déplacement limité par les horaires du couvre-feu). Ce qui n'est autre qu'une atteinte à la libre circulation des personnes sur le territoire tunisien.

Par ailleurs, le **confinement obligatoire** des personnes atteintes par la Covid dans des centres qui leur sont consacrés, était également une limite flagrante à la liberté de la circulation d'une part et au choix du lieu de résidence d'autre part. En effet, **les personnes atteintes de la Covid 19** ont été contraintes, notamment lors de la première vague, à se déplacer vers des centres d'isolement et de confinement obligatoire qu'ils ne pouvaient quitter qu'après avoir eu deux tests PCR négatifs. Cette mesure constitue indéniablement une atteinte au libre choix du domicile.

Ceci concernant la limitation du déplacement sur le territoire tunisien, mais les restrictions ont également concerné **les déplacements entre les Etats**². Les voyages ont en effet été restreints aux vols de rapatriement des citoyens tunisiens de l'étranger et à celui des étrangers qui étaient sur le territoire tunisien vers leurs pays d'origine. Les tunisiens qui revenaient de voyage étaient également conduits à des endroits destinés au confinement obligatoire³ (hôtels/ foyers universitaires...) afin d'y passer la période de 14 jours nécessaires pour s'assurer que le voyageur n'était pas atteint, il était donc contraint à l'isolement obligatoire tant qu'il était suspecté d'être atteint de la Covid.

¹ Ce décret fixe une amende de 50 dinars à toute personne qui enfreint l'interdiction de circuler. Cette peine est portée au double en cas de récidive.

² Ce qui porte atteinte également au droit de « *quitter le territoire* », liberté protégée constitutionnellement par l'article 24 § 2 de la constitution.

³ Lors de la première vague.

L'article 3 du Décret-loi du Chef du gouvernement n° 2020-9 du 17 avril 2020 précité dispose dans ce sens « Le ministre de la santé prend des mesures à caractère préventif ou curatif, sur proposition d'un conseil scientifique ad hoc créé par arrêté dudit ministre, après coordination avec le ministre de l'intérieur, et ce, afin de prévenir la propagation de l'infection par le Coronavirus « Covid-19 », y compris l'assignation à résidence des personnes atteintes ou suspectées d'être atteintes par le virus, durant la période requise pour le suivi de leur état de santé, et ce, soit aux établissements hospitaliers, soit à d'autres espaces réservés à cet effet par les autorités publiques compétentes. En ce cas, ces personnes bénéficient de la gratuité des soins et de séjour, et sont prises en subsistance. Les personnes indiquées au premier alinéa du présent article, peuvent être astreintes à l'isolement prophylactique à domicile, durant la période requise pour le suivi de leur état de santé. Les mesures prévues par le présent article sont applicables aux personnes venant de zones ou pays d'endémie ».

Tout refus de se soumettre à une telle procédure était en vertu de ces textes répressible. Dans ce sens, des sanctions pénales ont été adoptées par le même décret gouvernemental¹.

¹ L'article 5 du décret du 17 avril 2020 dispose « Quiconque n'aura pas déféré aux mesures prévues par l'article 3 du présent décret-loi, est puni d'une amende de 1000 à 5000 dinars. En cas de récidive, l'amende est portée au double. L'application de la peine prévue par le présent article ne fait pas obstacle à l'application des peines prévues par les articles 217, 225 et 312 du Code pénal, et le second alinéa de l'article 18 de la loi n° 92-71 du 27 juillet 1992 susvisée, au cas où le refus de se conformer s'accompagnerait de suspicions de transmission de l'infection à autrui.

Lorsque des poursuites pénales sont engagées pour commission de l'une des infractions prévues par le troisième alinéa du présent article, les détenus ou les condamnés sont placés dans un établissement pénitentiaire ou dans un centre d'hébergement réservé à cet effet, auquel sont applicables les dispositions législatives et réglementaires relatives aux établissements pénitentiaires ».

Par ailleurs, la Covid 19 a été insérée dans la liste des maladies transmissibles¹ et ce afin de justifier également les restrictions qui peuvent être imposées aux malades, telles que l'interdiction de déplacement ou les mesures d'isolement. En effet, l'article 11 de la loi du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles autorise aussi bien l'isolement, que l'hospitalisation d'office². Cette assimilation de la Covid 19 à une maladie transmissible permet ainsi de sanctionner les personnes qui ne respectent pas les mesures de confinement.

Pour sa part, l'article 7 de la loi du 27 juillet 1992 relative aux maladies transmissibles³- applicable désormais à la Covid 19- impose aux médecins, en dérogation du secret professionnel⁴, **de déclarer aux autorités les cas et l'identité des personnes atteintes** de ces maladies. Les autorités sanitaires sont donc en droit de récolter **les données personnelles** des citoyens.

Les mesures de confinement et les restrictions imposées ont eu aussi un impact direct sur **les activités commerciales, industrielles et de service**. En effet, ces activités ont été freinées voire même complètement mises à l'arrêt. Les industries qualifiées de non essentielles ont été contraintes à l'arrêt de l'activité pendant le confinement total, surtout que les agglomérations d'ouvriers dans les usines étaient soupçonnées de constituer des clusters dangereux. Mais même après le déconfinement, les activités commerciales et de service ont continué à suivre un protocole sanitaire strict avec des

¹ Décret gouvernemental n° 2020-152 du 13 mars 2020, portant assimilation de l'infection par le nouveau Coronavirus « COVID-19 » à la catégorie des maladies transmissibles, *JORT* n° 33 du 17.04.2020.

² L'article 11 de cette loi dispose « L'hospitalisation d'office en vue de l'isolement prophylactique peut être décidée à l'encontre des personnes atteintes de l'une des maladies visées à l'annexe 2 de la présente loi ».

³ *Précitée*.

⁴ Obligation instaurée par l'article 8 du code de déontologie médicale.

restrictions relatives au nombre¹ et des horaires de travail limités. Tout cela a porté un coup dur à l'économie puisque beaucoup de commerçants n'ont pas pu supporter les pertes subies et les gains manqués, leurs activités n'étaient plus viables économiquement. C'est également une atteinte au principe du libre exercice du commerce et de l'industrie².

Toutes ces mesures prises avaient pour objectif d'empêcher -ou au moins de ralentir- la propagation de la pandémie.

¹ Nombre réduit de clients dans les cafés ou dans les salles de fêtes consacrées la célébration de cérémonies familiales; nombre réduit et distanciation obligatoire dans les salles destinées aux événements culturels...

² Certes, ce principe n'a pas de valeur constitutionnelle, mais il est reconnu par la jurisprudence comme un liberté indispensable pour l'exercice du commerce.

B- Des Atteintes justifiées

Certaines entraves aux libertés ont été justifiées par le **danger imminent** qui menaçait le pays. Le président de la république a alors agit sur la base de l'article 80 de la Constitution afin d'endiguer toutes ces libertés¹. Toutefois, ce fondement ne peut être invoqué que si les conditions du danger imminent se vérifient. La situation a été jugée comme telle dès lors que c'est la santé de toute la population qui était menacée, ce qui pouvait justifier des mesures restrictives.

Par ailleurs, les mesures prises afin de protéger la sécurité sanitaire des citoyens pourraient également être fondées sur **le droit à la santé** instauré par l'article 38 de la constitution. Cette

¹ L'article 80 de la Constitution dispose « : En cas de péril imminent menaçant l'intégrité nationale, la sécurité ou l'indépendance du pays et entravant le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, le Président de la République peut prendre les mesures qu'impose l'état d'exception, après consultation du Chef du Gouvernement, du Président de l'Assemblée des représentants du peuple et après en avoir informé le Président de la Cour constitutionnelle. Il annonce ces mesures dans un message au peuple. Ces mesures doivent avoir pour objectif de garantir, dans les plus brefs délais, le retour au fonctionnement régulier des pouvoirs publics. Durant cette période, l'Assemblée des Représentants du Peuple est considérée en état de session permanente. Dans cette situation, le Président de la République ne peut dissoudre l'Assemblée des Représentants du Peuple et il ne peut être présenté de motion de censure contre le Gouvernement. Trente jours après l'entrée en vigueur de ces mesures, et à tout moment par la suite, la Cour constitutionnelle peut être saisie, à la demande du Président de l'Assemblée des Représentants du Peuple ou de trente de ses membres, pour statuer sur le maintien de l'état d'exception. La Cour prononce sa décision en audience publique dans un délai n'excédant pas quinze jours. Ces mesures prennent fin dès la cessation de leurs motifs. Le Président de la République adresse à ce sujet un message au peuple ».

consécration est une reconnaissance d'« un droit - créance »¹ au profit des citoyens, ç.-à.-d d'une dette à la charge de l'Etat.

Or, comment peut-on protéger la santé tout en maintenant la liberté de la circulation et le choix du domicile ? Comment limiter la propagation du virus, tout en préservant la liberté du commerce et de l'industrie ? Comment protéger les données personnelles des malades tout en assurant l'accès à information ?

Ceci soulève la question épineuse du conflit possible entre les différents droits constitutionnels² et des solutions envisageables face aux **droits concurrentiels**.

Conscients de ce risque, les rédacteurs de la constitution Tunisienne ont adopté la règle de **l'article 49**³ qui instaure une clause générale de limitation des libertés⁴. Ce texte érige la protection de la santé publique, parmi d'autres motifs, en objectif à préserver, pouvant justifier une limitation par la loi des droits et des libertés. Cette même qualification du droit à la santé

¹ M.L. PAVIA, « La découverte de la dignité de la personne humaine », in *La dignité de la personne humaine*, (ss. la direction de M.L PAVIA et T. REVET), ECONOMICA, Etudes juridiques, Paris 1999, p19.

² Voir en ce sens A. CAID ESSEBSI, « A la quête d'un droit fondamental à la santé dans la constitution Tunisienne de 2014 », in *Droits et libertés fondamentaux*, réalisé en partenariat avec l'Association Française de Docteurs en Droit (AFDD) et le Conseil Constitutionnel Français, (à paraître).

³ L'article 49 de la constitution dispose : « Sans porter atteinte à leur substance, la loi fixe les restrictions relatives aux droits et libertés garantis par la Constitution et à leur exercice. Ces restrictions ne peuvent être établies que pour répondre aux exigences d'un État civil et démocratique, et en vue de sauvegarder les droits d'autrui ou les impératifs de la sûreté publique, de la défense nationale, de la santé publique ou de la moralité publique tout en respectant la proportionnalité entre ces restrictions et leurs justifications. Les instances juridictionnelles assurent la protection des droits et libertés contre toute atteinte. Aucune révision ne peut porter atteinte aux acquis en matière de droits de l'Homme et de libertés garantis par la présente Constitution ».

⁴ Il consacre la réserve de la loi en matière de limitation des libertés et en détaille le mode opératoire via l'exigence de ne pas porter atteinte à la substance des droits.

d'objectif de valeur constitutionnelle a été également retenue par le Conseil Constitutionnel français.¹ Ainsi qualifié, le droit à la santé pourrait primer sur d'autres droits et libertés.

Mais, pour ce faire, il faudrait que les autres conditions prévues par l'article 49 soient remplies. En effet, cet article invoque la notion de « proportionnalité entre les restrictions et l'objectif recherché ». Il ouvre ainsi la voie à un exercice de pondération des intérêts auquel le législateur et les décideurs politiques devraient se livrer afin d'apporter des restrictions aux droits des citoyens.

Tirailés entre les principes qui prêchent la liberté d'une part et les principes de protection de la santé d'autre part, les décideurs doivent jauger les risques et les bénéfices. Certes, la balance avantages/ risques n'est pas facile à mettre en œuvre, une attitude trop prudente pourrait bloquer la libre circulation des personnes et des marchandises alors qu'une attitude trop libérale pourrait mettre en péril la santé des citoyens. Toutefois, entre deux maux, il faut choisir le moindre. Et c'est l'objectif, vital, de la protection de la santé qui doit primer.

Dans ce sens, la crise planétaire de la Covid 19 a révélé de manière spectaculaire les ressorts de cette prévalence du droit à la santé. Ce dernier l'a ainsi emporté sur le droit à la libre circulation des personnes. Il a également primé sur le libre exercice du commerce et de l'industrie. Les activités économiques ont été ralenties faisant prévaloir l'impératif sanitaire sur les autres

¹ « Le Conseil constitutionnel a rappelé l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946...De l'ensemble de ces dispositions constitutionnelles, le Conseil Constitutionnel a déduit, pour la première fois, qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation des objectifs de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement et de protection de la santé avec l'exercice de la liberté d'entreprendre », *Rapport d'activité, Conseil constitutionnel* (français) 2020, p 79.

droits, à tel point qu'on pourrait parler d'un ordre public sanitaire¹ qui prime sur les intérêts individuels.

Dans le même sillage, le juge administratif français, d'habitude protecteur des droits et libertés a eu à enjoindre au Premier Ministre et au ministre de la santé, de prendre des mesures plus strictes de confinement total et de limitation des déplacements et ce, suite à la requête du Syndicat des jeunes médecins qui ont justifié cette demande par des impératifs de protection de la vie humaine².

La constitution tunisienne reconnaît également **le droit à la protection de la dignité humaine et à l'intégrité physique**³. Ce droit s'exprime aussi à travers le droit à l'inviolabilité du corps humain. De ces principes découle le nécessaire consentement de la personne à toute atteinte effectuée sur son corps⁴. Or, si l'accord nécessaire et écrit reste la règle en cas

¹ J-M DE FORGES, *L'ordre public sanitaire*, Paris, Collection [Que sais-je?](#), [P. U. F.](#), 2012.

² Le Conseil d'Etat Français statuant au contentieux, (n° 439674, Syndicat jeunes médecins, Ordonnance du 22 mars 2020), ordonne ce qui suit : « Il est enjoint au Premier Ministre et au Ministre de la santé, de prendre dans les quarante-huit heures les mesures suivantes :

- Préciser la portée de la dérogation au confinement pour raison de santé;
- Réexaminer le maintien de la dérogation pour « déplacements brefs, à proximité du domicile » compte tenu des enjeux majeurs de santé publique et de la consigne de confinement;

- Evaluer les risques pour la santé publique du maintien en fonctionnement des marchés ouverts, compte tenu de leur taille et de leur niveau de fréquentation. »

³ L'article 23 dispose : « L'État protège la dignité de l'être humain et son intégrité physique et interdit la torture morale ou physique... ».

⁴ C'est ce que la Cour Européenne des Droits de l'Homme a eu l'occasion d'affirmer dans l'arrêt *Pretty contre Royaume-Uni*, 29 avril 2002, (Requête n° 2346/02). Elle souligne dans ce sens que « l'imposition d'un traitement médical sans le consentement du patient s'il est adulte et sain d'esprit s'analyserait en une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé pouvant mettre en cause les droits protégés par l'article 8 § 1 de la Convention ».

d'essais cliniques¹ et si le consentement est indispensable en cas de soins², un tel accord ne serait pas nécessaire en cas de vaccination obligatoire. En effet, dans les pays qui feront le choix de la vaccination obligatoire de toute la population³, on passera outre ce droit fondamental et on fera triompher l'impératif sanitaire sur les libertés individuelles⁴.

D'ailleurs, un auteur souligne dans ce sens que « même si l'obligation vaccinale est une ingérence dans les droits et libertés fondamentaux, il est peu probable que la Cour Européenne des Droits de l'Homme, le Conseil constitutionnel (français) viennent

¹ L'article 103 et les articles de 106 à 111 articles du Code de déontologie médicale instaurent de manière claire l'obligation d'information mise à la charge du médecin afin qu'il puisse recueillir un consentement éclairé et écrit du patient lorsqu'il s'agit d'expérimentation thérapeutique ou non.

² Le médecin doit recueillir le consentement du patient avant d'effectuer une intervention chirurgicale ou un acte de soin, sauf en cas d'urgence (article 35 code de déontologie médicale). Cette solution est également adoptée par le Code de déontologie médicale français.

³ C'est le cas de « L'Italie (qui) estime que le vaccin devrait permettre de sauver 30.000 vies et envisage de rendre la vaccination obligatoire ». <https://www.linternaute.com/voyage/pratique/2503027-confinement-en-europe-l-angleterre-reconfinée-quarantaine-et-tests-obligatoires-on-fait-le-point-par-pays/> (consulté le 5 janvier 2021 à 17h30).

⁴ Le Conseil d'Etat français a eu à se prononcer sur le conflit entre le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine et la vaccination obligatoire. Il a considéré dans l'affaire du 26 novembre 2001, (req. n° 222741) que « Si ces dispositions (relatives à la vaccination obligatoire) ont pour effet de porter une atteinte limitée aux principes d'inviolabilité et d'intégrité du corps humain invoqués par les requérants, elles sont mises en œuvre dans le but d'assurer la protection de la santé, qui est un principe garanti par le Préambule de la Constitution de 1946 (...), et sont proportionnées à cet objectif; que, dès lors, elles ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine; que, pour les mêmes raisons, elles ne portent pas une atteinte illégale au principe constitutionnel de la liberté de conscience». Voir en ce sens A. DEBET, *La vaccination au prisme des droits fondamentaux*, Institut Droit et santé (IDS) Université Paris Descartes, Paris, 2018, p 24.

remettre en cause les dispositions législatives récemment adoptées sur le fondement de la CEDH ou de la Constitution »¹.

Pour le moment, le vaccin contre la Covid 19 n'est pas considéré comme obligatoire dans la majorité des pays. La Tunisie vise la vaccination volontaire et gratuite d'une partie de la population, à savoir les personnes vulnérables et les professionnels de la santé. En France, même pour la vaccination des personnes séjournant dans les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), le consentement des sujets vaccinés a été exigé et recueilli.

Mais dans certains Etats, des restrictions pourraient être imposées à l'égard des personnes qui choisiraient de ne pas faire le vaccin. C'est le cas pour le Maroc, où même si le vaccin n'est pas obligatoire, il sera néanmoins une condition nécessaire pour quitter le territoire, limitant ainsi la liberté de la circulation.² De même, en Espagne, un fichier national vient d'être tenu pour répertorier ceux qui refusent de se faire vacciner, les conséquences d'une telle collecte des données personnelles des citoyens ne sont pas encore déterminées. Alors qu'en France, le choix a été, à l'inverse, de mettre en place un fichier d'information pour assembler des données sur les personnes vaccinées.³ Cette centralisation des informations

¹ A. DEBET, *La vaccination au prisme des droits fondamentaux*, op.cit., p 29.

² <https://www.village-justice.com/articles/vaccin-contre-covid-sera-obligatoire-facultatif-etude-comparee-entre-maroc,37526.html#:~:text=Contre%20toute%20attente%2C%20le%20vaccin,Constitution%20de%202011%20sera%20compromise>. (Consulté le 7 janvier 2021).

³ https://www.francetvinfo.fr/sante/maladie/coronavirus/vaccin/covid-19-le-gouvernement-met-en-place-un-fichier-dinformation-pour-collecter-des-donnees-sur-la-vaccination-des-francais_4237477.html (consulté le 4 janvier 2021 à 13h). Ce fichier contient le nom de la personne vaccinée, la date et le lieu de la vaccination, le professionnel de la santé ayant procédé à la vaccination...Ces

respecte le droit à la protection des données personnelles puisque seules l'Agence Nationale de sécurité des Médicaments et les assurances maladies y auront accès. Ces données sont par ailleurs soumises aux règles de la protection du secret médical.

Le refus de vaccination pourrait donc - dans certains pays - être à l'origine d'une limitation de la liberté individuelle si l'exercice de certaines activités (déplacements,...) ainsi que l'acquisition de certains documents (visa, passeport,..) seraient conditionnés par la présentation d'une attestation de vaccination¹. Ceci constituerait une atteinte à la liberté individuelle de disposer de son corps et au principe de son inviolabilité; mais là aussi c'est l'argument de la protection de l'intérêt général qui est avancé, et c'est la protection sanitaire de la collectivité qui primerait sur les intérêts et les droits des personnes.

Hormis sa limitation, souvent fondée, des libertés des citoyens, la crise sanitaire de la Covid 19 a également influencé les diverses obligations des personnes.

II- Covid 19 et modulation² des obligations

L'article 1 du Code des Obligations et des Contrats (C.O.C) détermine les sources des obligations³, parmi lesquelles se dégagent notamment le contrat, et la responsabilité civile⁴. Or,

données sont mises à la disposition de l'Agence Nationale de la Sécurité des Médicaments pour suivre les effets secondaires éventuels du vaccin, elles seront conservées pendant dix ans.

¹ Dans certains pays, on parle même de « passeport vaccinal » qui serait exigé pour les déplacements entre les Etats.

² Modulation : Variation, adaptation, modification de quelque chose selon certains critères ou certaines circonstances : L'application d'une mesure avec des modulations selon les cas.

³ L'article 1 du C.O.C détermine les sources des obligations qui sont : les contrats, les engagements unilatéraux, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits.

⁴ La responsabilité civile peut être une responsabilité contractuelle due à une inexécution ou à un retard dans l'exécution du contrat, ou une responsabilité délictuelle suite à un délit ou à un quasi-délict.

pendant la crise sanitaire actuelle, les débiteurs ont vu leurs situations bouleversées. Dès qu'il s'agit d'honorer leurs engagements, l'exécution s'est révélée difficile. Pour tenir compte de ces circonstances exceptionnelles, les obligations ont dû être parfois modulées, soit vers l'allègement, et ce, lorsqu'il s'agit des obligations découlant de contrats soumis au droit commun (A) soit vers l'aggravation ou l'assouplissement lorsqu'il s'agit de la responsabilité des professionnels de la santé en particulier (B).

A- Covid 19 et allègement des obligations en droit commun¹

Le contrat, cet accord de volonté qui vise à produire des effets juridiques, fait naître dans le patrimoine du débiteur des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire à l'égard de son co-contractant. Toutefois, certains événements peuvent survenir et influencer l'exécution de ces obligations. Une telle exécution devient alors soit impossible, soit très difficile à assurer.

Parmi ces événements figure **la force majeure**. Elle est décrite par le législateur tunisien dans l'article 283 du C.O.C comme étant « tout fait que l'homme ne peut prévenir, tel que les phénomènes naturels (inondations, sécheresses, orages, incendies, sauterelles), l'invasion ennemie, le fait du prince, et qui rend impossible l'exécution de l'obligation ». Sans se lever au rang de définition, cet article cite des exemples de situations qui pourraient être qualifiées de force majeure.

¹ Il s'agit là de traiter les contrats en général sans étudier certains contrats soumis à des règles spécifiques tels que les contrats de travail. Concernant l'impact de la Covid 19 sur les contrats de travail, voir N.MZID, « Le droit du travail à l'épreuve de la crise du Corona », (en arabe), *Le droit au temps de la Covid 19, Etudes juridiques*, n° 25, 2019-2020, pp 49 et ss.

Pour sa part, la doctrine définit cette notion comme étant « un événement extérieur, imprévisible et irrésistible qui... exonère de la responsabilité »¹. Elle peut être due à un fait de l'Homme ou à un fait de la nature et « elle devrait... être réservée aux empêchements qui représentent un certain caractère d'exception en raison de leur rareté et de leur impact sur la vie en général »².

La force majeure est souvent citée en même temps que le **cas fortuit**, le législateur tunisien les traite ainsi comme étant des synonymes³.

La qualification des circonstances qui entourent l'exécution d'un contrat de force majeure est soumise à des **conditions strictes**.

¹ S. JERBI, *Les conditions de la responsabilité civile en droit tunisien et comparé*, IRA,

2^{ème} éd. Sfax 2015, (en arabe), p 529. Selon certains, la force majeure est considérée comme un cas exonératoire de la responsabilité parce qu'elle empêche l'établissement du lien de causalité alors que pour d'autres, c'est un cas de non imputabilité puisque c'est la faute du débiteur qui n'est pas établie. Voir en ce sens *ibid*.

² A. OMRANE, « Covid 19 et force majeure », in *Le droit au temps de la Covid 19*, *op.cit.*, p 21.

³ Une partie de la doctrine distingue entre les deux notions : pour certains, la force majeure serait impossible à prévoir, impossible à écarter et extérieure alors que le cas fortuit serait difficile à prévoir, difficile à résister et extérieur (voir en ce sens JERIJ, *Théorie générale des obligations*, T1, p 181 (en arabe) cité par S. JERBI *op.cit.*, p 550); pour d'autres, le cas fortuit serait imprévisible et irrésistible sans être extérieur, contrairement à la force majeure qui exige ces trois conditions de manière cumulative. Voir en ce sens I.AMOURI, *L'adaptation de la causalité à l'évolution technoscientifique dans la responsabilité civile*, thèse, Aix en Provence, 2010, p 508 et ss, n° 537 et ss). Mais la lecture du C.O.C ainsi qu'une doctrine autorisée et une jurisprudence constante ont fini par admettre que les deux notions sont des synonymes ; voir en ce sens A.MOREL, *Commentaire du Code Tunisien des Obligations et des Contrats*, Imprimerie rapide de Tunis, 1991, art.418 cité par S. JERBI, *op.cit.*, p 550, voir également M.ZINE, *Théorie générale des obligations*, *Le contrat*, éd. Droit civil, Tunis 1993, (en arabe), pp 299 et ss.

D'une part, il ne faut pas que l'inexécution soit fautive. En effet, l'article 283 du C.O.C précise que « N'est point considérée comme force majeure la cause qu'il était possible d'éviter, si le débiteur ne justifie qu'il a déployé toute diligence pour s'en prémunir. N'est pas également considérée comme force majeure la cause qui a été occasionnée par une faute précédente du débiteur ».

Il ne faut donc pas que l'inexécution soit due à une faute du débiteur survenue bien avant l'avènement de la force majeure¹.

D'autre part, pour qu'un événement soit qualifié de force majeure, il faut qu'il réponde à trois conditions cumulatives : l'**imprévisibilité**, l'**irrésistibilité** et le **caractère extérieur**. Il faudrait donc vérifier si la Covid 19 remplit ces conditions, cumulativement, pour qu'elle soit une cause exonératoire du débiteur.

D'abord, il faut que l'événement soit impossible à prévoir pour les contractants. L'appréciation de cette **imprévisibilité** de la force majeure se fait au moment de la conclusion du contrat : est-ce que -lors de la naissance de l'obligation- les contractants étaient en mesure de prévoir l'occurrence d'un tel événement ? Pour la Covid 19 et son impact dévastateur, ils étaient inimaginables avant janvier 2020, voire même mars 2020. Certes, le Sars-Cov2 avait un prédécesseur, le Sars Cov1, il fait d'ailleurs partie d'une famille de virus connue par les épidémiologistes: les virus à couronnes, il était pas donc prévisible en soi en tant que maladie. Mais personne n'imaginait qu'un tel virus serait à l'origine d'une pandémie inégalée qui paralyserait l'activité dans

¹ C'est ce qui est confirmé par l'arrêt des chambres réunies de la cour de cassation n° 30931 du 26 avril 2007, *arrêts des chambres réunies de la cour de cassation* 2006-2007, pp 447 et ss.

toute la planète pendant des mois. Ainsi, les contrats qui étaient conclus avant la première vague¹ ne pouvaient légitimement prévoir de telles conjonctures qui bloqueraient l'exécution du contrat. Par contre, un contrat conclu au printemps ou pendant l'été de 2020 et qui devait commencer à s'exécuter en 2020 devait obligatoirement et raisonnablement prévoir que les circonstances exceptionnelles pourraient perdurer et que tant qu'il n'y a pas encore de vaccin, les restrictions risquaient de se perpétuer; l'impossibilité d'exécuter les obligations contractuelles était dans ce cas tout à fait prévisible.

Ensuite, et concernant le caractère **irrésistible**, il signifie que la force majeure « laisse sans ressources la volonté humaine. Dans ce concept...il y a...l'idée de supériorité aux possibilités humaines, celle que la personne trouve son maître dans un événement plus fort que lui ». Or, cette caractéristique se vérifie parfaitement dans les circonstances de la crise sanitaire, puisque, hormis la maladie elle-même qui pourrait toucher le débiteur, les mesures draconiennes adoptées pour freiner la propagation du virus a également paralysé l'économie et les échanges. Le débiteur d'une quelconque prestation ne pouvait alors dépasser les décisions d'interdiction de déplacement entre les régions ou celles de la fermeture des usines. Ce sont des mesures prises par les autorités compétentes, ce qui pourrait être qualifié de « fait du prince » et que le débiteur ne pourrait enfreindre ou contourner, sous peine de sanctions pénales².

Quid alors du caractère extérieur ?

Cette condition exige que l'événement soit totalement étranger au débiteur qui soulève l'existence d'une force majeure. Or, au niveau individuel, lorsqu' il s'agit de la maladie du

¹ Notamment avant la période du confinement, décrétée à partir de mars 2020

² A.OMRANE, « Covid 19 et force majeure », *op.cit.*, pp 23 et ss.

débiteur, le caractère extérieur fait a priori défaut, puisque la maladie atteint le corps du débiteur et l'empêche d'exécuter ses obligations, elle ne lui est pas extérieure, donc normalement, et dès lors que les conditions de la force majeure sont cumulatives, cet état à savoir la contamination par le virus ne pourrait être qualifié comme une force majeure¹. Pourtant, la jurisprudence française a eu l'occasion de considérer que la maladie, bien qu'elle ne soit pas extérieure au débiteur, est pourtant une force majeure dès lors qu'elle est imprévisible et irrésistible.² Les conditions de cet événement exonératoire sont donc ramenées à deux au lieu de trois.

Si on admet, à l'instar de la jurisprudence française que la maladie individuelle est une force majeure, alors a fortiori s'il s'agit d'une pandémie qui touche non seulement la santé du débiteur mais également le rythme des activités dans tout le pays voire même dans le monde. D'autant plus que les mesures prises pour ralentir les déplacements et mettre à l'arrêt les activités économiques relèveraient du « fait du prince » qualifié de force majeure par le législateur lui même (art 283 du coc). Ce sont donc des circonstances qui dépassent la volonté et l'état du débiteur et ne se limitent pas à la simple gêne de ne pas pouvoir exécuter son engagement à cause de sa propre maladie.

Pour sa part, l'article 282 du C.O.C détermine **l'effet de la force majeure** à savoir l'exonération du débiteur de toute réparation du dommage subi par le créancier en raison de la non-exécution ou le retard dans l'exécution du contrat. En effet, il dispose « Il n'y a pas lieu à dommages-intérêts, lorsque le débiteur justifie que l'inexécution ou le retard proviennent d'une

¹ Pour la partie de la doctrine qui distingue entre la force majeure et le cas fortuit, la maladie serait un cas fortuit et non pas une force majeure, faute de caractère extérieur.

² Ass. Plénière 14 avril 2006, bull. ass. Plén, n°5.

cause qui ne peut lui être imputée, telle que la force majeure, cas fortuit ou la demeure du créancier ».

Qualifiée de cause « classique »¹ d'exonération, la force majeure aurait à la fois un effet exonératoire de toute responsabilité² et libératoire de l'obligation par laquelle le contractant était tenu³. Néanmoins, certains considèrent que cet événement peut avoir un effet uniquement suspensif si l'impossibilité d'exécution du contrat n'est que temporaire⁴.

La force majeure vole donc au secours du débiteur étouffé par des engagements impossibles à respecter pour le libérer de ses obligations .

Mais le coronavirus pourrait également justifier l'allégement des obligations à travers le recours à la **théorie de l'imprévision**. C'est le cas lorsque l'exécution n'est pas impossible mais elle devient difficile, pesante pour le débiteur.

Cette théorie permet de tenir compte de certaines circonstances particulières et contraignantes pour permettre de renégocier le contrat ou encore pour autoriser le juge à le réviser⁵. Certes, le contrat relève de la volonté des parties et il est impératif de respecter les engagements qui en découlent, le principe de l'autonomie de la volonté exigerait que le juge

¹ A.OMRANE, « Covid 19 et force majeure », *op.cit.*, p 22.

² Il s'agit aussi bien de la responsabilité contractuelle que délictuelle. Même si les articles 282 et 283 sont cités dans le titre relatif à la responsabilité contractuelle, ils s'étendent également à la responsabilité délictuelle.

³ A.OMRANE, « Covid 19 et force majeure », *op.cit.*, p 22, S. JERBI, pp 549 et s.

⁴ M. ZINE, M. MELKI, (cité par S.JERBI, *op.cit.*, p 549) A.OMRANE, « Covid 19 et force majeure », *op.cit.*,p 22.

⁵ En matière civile, le débiteur pourrait également demander au juge de lui accorder des délais de grâce, reportant la date de l'exécution des obligations devenues trop lourdes à supporter.

s'abstienne de modifier ou de réguler le contrat;¹ mais la jurisprudence a fini après de longs tumultes par permettre de renégocier le contrat, de le modifier², et de le réviser³ et ce, en se basant notamment sur les idées de bonne foi, de loyauté contractuelle et de sincérité dans l'exécution des obligations⁴.

En effet, la fonction interprétative de la bonne foi peut parfaitement donner l'occasion au juge d'interpréter la volonté des parties afin de déterminer ce qui était prévisible par les contractants et ce qui ne l'était pas⁵. Cette immixtion du juge dans le contrat vise à faire retrouver à ce dernier l'équilibre

¹ La règle en matière contractuelle est de ne pas permettre au juge de réviser les clauses du contrat puisque celui-ci est le fruit d'un accord de volontés libres. « Le processus contractuel du droit civil, animé par le souci de ne pas compromettre la sécurité des transactions, et reposant sur le dogme de la force obligatoire du contrat, de l'intangibilité de la situation contractuelle, de l'immutabilité des conventions, du respect de la parole donnée de bonne foi, et sur l'idée selon laquelle la notion de contrat, traduisant la conciliation des intérêts opposés de deux personnes, implique nécessairement la stabilité, la certitude et la sécurité des relations entre les parties, est fortement hostile à la théorie de l'imprévision ». A. OMRANE, « Covid 19 et force majeure », *op.cit.*, pp 28 et s.

² Voir en ce sens M.T.BEN CHAABANE, *La moralisation du contrat*, mémoire en vue de l'obtention du mastère de recherche en droit des affaires, FSJPST, 2008-2009, pp 121 et ss. F.BELKNANI, « La sincérité en droit civil tunisien », *Recueil d'études offert à Mohamed Midoun*, FSJPST, Heins Seidel Stiftung, Tunis 2013, p 72.

³ Concernant la révision du contrat sur la base de la notion de bonne foi, afin d'établir l'équilibre contractuel, voir L.FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, L.G.D.J, Paris, 2002, DELTA, Bibliothèque de droit privé, Tome 366, pp 274 et ss et pp 441 et ss.

⁴ F.BELKNANI souligne dans ce sens que « Le juge reste ... un vecteur fondamental pour l'intégration de la sincérité subjective en droit civil tunisien, en suivant le fil directeur de la bonne foi ». F.BELKNANI, « La sincérité en droit civil tunisien », *op.cit.*, p 42.

⁵ Voir en ce sens M.HAMMOUDA, « De l'exécution des obligations avec une loyauté indéfectible » in *Mouvements du droit contemporain, Mélanges offerts au Professeur Ben Halima*, Ed. C.P.U., Tunis 2005, p 1063.

perdu en raison de l'avènement d'événements totalement imprévisibles le jour de sa conclusion. A l'occasion de la crise sanitaire du coronavirus, un recours à la théorie de l'imprévision pourrait se justifier. Dès lors qu'elle puise sa légitimité dans la notion de bonne foi¹, elle attribue au juge « un pouvoir de révision massif »², afin de rétablir l'équilibre contractuel rompu par des circonstances contraignantes qui risquent de ruiner le débiteur.

Cette crise sanitaire a également influencé la situation des professionnels de la santé.

B- Covid 19 et adaptation des obligations des professionnels de la santé³

Lors de cette pandémie qui a touché toute la planète, le personnel médical s'est trouvé dans une situation peu confortable. Il se trouve face à un virus très ravageur, qui se propage partout dans le monde, qui fait des millions de victimes et qui mute pour devenir encore plus contagieux et virulent⁴.

¹ Concernant l'usage de l'article 243 du C.O.C pour le forçage du contrat, voir F.BELKNANI, « La sincérité en droit civil tunisien », *op.cit.*, p 68. Voir en ce sens H.BEN SLIMA, *La bonne foi dans l'exécution des contrats, La bonne foi dans l'exécution des contrats selon les règles de l'article 243 du code civil*, (en arabe), Tunis 1993, pp 39 et ss. S.BEN HADJ YAHIA, *La fidélité et le droit*, LGDJ, tome 551, 2013, pp 558 et ss. Concernant la position de différentes législations occidentales à l'égard de la théorie de l'imprévision, voir C.MASSE, « La bonne foi dans les relations entre particuliers, dans l'exécution du contrat, Rapport Général », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées Louisianaises*, Tome XLIII, 1992, Litec, pp 226 et ss.

² Voir en ce sens M.HAMMOUDA, « De l'exécution des obligations avec une loyauté indéfectible » *op.cit.*, p 1063.

³ On vise par les professionnels de la santé non seulement les médecins et le staff paramédical mais aussi les fabricants, les fournisseurs des produits de santé et les laboratoires pharmaceutiques.

⁴ Un nouveau variant du virus, apparu en Angleterre, témoigne de la gravité de la situation. D'autres souches du virus auraient également fait leurs apparitions en Afrique du Sud et au Brésil.

Face à une maladie peu connue¹ - les professionnels de la santé ne peuvent se fonder sur des données acquises de la science afin d'asseoir leurs décisions ou de conforter leur traitement.

Pourtant, même en tant de crise sanitaire, un médecin est tenu de respecter les règles déontologiques qui lui sont imposées², il peut être tenu pour responsable en cas de négligence, d'imprudence, d'écart de conduite...c.-à-d. en cas de faute. Il doit donc agir vite et bien. Mais comment agir de manière raisonnable, dans cette situation exceptionnelle de pandémie ? Comment faire le diagnostic ? Selon quelles normes scientifiques ? Quel traitement prescrire face à cet inconnu ?

Une conduite prudente et vigilante doit être suivie même en cas d'urgence.

En effet, pour que le médecin ou le professionnel de santé ne soit pas tenu pour responsable des fautes commises de sa part, il doit se comporter en « bon père de famille »³, en « une

¹ Même si les médecins et les virologues connaissaient déjà le Sars Cov 1.

² Ces règles sont précisées notamment dans le Code de déontologie médicale (Décret n° 93-1155 du 17 mai 1993, portant Code de déontologie médicale, J.O.R.T n° 40 des 28 mai et 1er juin 1993 page 764).

³ La notion de bon père de famille sert comme modèle d'appréciation du comportement. C'est une méthode d'appréciation *in abstracto* qui se réfère à un modèle abstrait, théorique pour apprécier un comportement. Elle est adoptée par la jurisprudence comparée, aussi bien française (Pour des exemples d'appréciation *in abstracto* en droit français, voir CH.RADE, « Droit à réparation, condition de la responsabilité contractuelle, dommage », *Jurisclasseur Responsabilité Civile*, Fasc. 170, 8, 1999, p 9, n°26.) qu'égyptienne (voir A.A.SANHOURI, *Manuel de droit civil, théorie générale des obligations I, Les sources de l'obligation*, Alexandrie, 2004, pp 560 et s) et syrienne (Voir en ce sens B.MOHTASSAB BELLEH, *La responsabilité médicale civile et pénale, entre la théorie et la pratique*, 1ère éd. Beyrouth, 1984. (En arabe), pp 244 et s.

Concernant le dépassement de cette notion en droit français, voir l'article 26 de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes

personne raisonnable»¹, il doit respecter le peu de données scientifiques qui sont à sa disposition.

En Tunisie et depuis l'avènement de cette crise, les autorités sanitaires ont tenté de pallier à la situation de manque de certitudes scientifiques. L'Instance Nationale de l'Evaluation et de l'Accréditation en Santé (INEAS) a alors élaboré des normes de conduite présentées comme étant les données « acquises » de la science, et qui traduiraient un certain consensus scientifique. Ces normes ont pris la forme de recommandations et de guides de conduite, élaborés et actualisés quotidiennement par INEAS avec le concours des sociétés savantes de chaque spécialité. L'élaboration de ces guides avait pour but de tracer la conduite à tenir pour les médecins dans les différentes spécialités dans un contexte de doute. C'est donc une sorte **d'allègement des obligations** des professionnels de la santé. Faute de pouvoir suivre des données acquises, reconnues, stables, le médecin va se contenter de suivre ces guides, dont la force obligatoire n'est pas encore reconnue en droit tunisien², des données qui risquent d'ailleurs de changer par la suite.

qui a remplacé le terme « bon père de famille » figurant dans le code civil par « raisonnable » ou « raisonnablement ».

¹ La notion de « raisonnable » est une notion anglo-saxonne. « Le critère de la personne raisonnable est, en principe, un critère objectif. Après avoir déterminé les caractéristiques de la personne raisonnable dans un cas donné, le tribunal précise la conduite que cette personne raisonnable, ainsi déterminée, aurait adoptée si elle s'était retrouvée à la place de la partie défenderesse ». L. BELANGER –HARDY et A.GRENON (sous la direction de), *Eléments de Common Law, aperçu comparatif du droit civil québécois*, Montréal, Carswell, 1997, p 209.

² Le projet de loi relatif aux droits des patients et à la responsabilité médicale, qui a été adopté au sein de l'ARP par la commission de la santé passera prochainement au vote devant l'assemblée plénière et s'il est adopté comme tel, les recommandations de l'INEAS auront une force obligatoire, conformément à l'article 10 dudit projet.

Par ailleurs, et concernant les vaccins, la campagne de vaccination a commencé dans les pays de l'Union Européenne, en Angleterre, aux USA, et dans bien d'autres pays.¹ Elle est annoncée comme un événement crucial, un soulagement, la fin d'un cauchemar. Mais cette action pourrait devenir le cauchemar des fabricants ou même des Etats. En effet, comme tout produit de santé, un vaccin pourrait causer des dommages aux personnes qui l'ont reçu². Ceci peut être à l'origine de la responsabilité du fabricant du fait du produit qu'il a mis sur le marché. Or, dans certains cas, il est difficile de prouver le lien de causalité direct et certain entre la vaccination et le dommage. Ainsi, pendant plusieurs années, le lien entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques a été douteux. On ne pouvait fonder la responsabilité des fabricants sur de simples doutes ou allégations des patients. Mais la jurisprudence française a fini par admettre un lien entre ce vaccin et la sclérose en plaques, un lien fondé sur « des présomptions, graves, fréquentes et concordantes ». Une causalité juridique a été établie, même en l'absence d'une causalité scientifique basée sur une certitude absolue. Les juges ont décelé des indices qui établissent le lien entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques, ils ont constaté que la fréquence et le nombre des personnes atteintes par cette maladie quelques semaines ou quelques mois après la vaccination ne pouvait relever du hasard. Un faisceau d'indices indique donc l'existence de cette causalité, un ensemble de « présomptions, graves, fréquentes et concordantes » le prouve. Ce qui est une

¹ Telle que la Chine ou la Russie.

² La dangerosité de la vaccination est un risque invoqué depuis toujours, comme en témoigne « la publication de listes d'accidents vaccinaux (Evocation de 305 décès) à la suite de l'administration du vaccin variolique entre 1855 et 1870 ». A. DEBET, *La vaccination au prisme des droits fondamentaux*, op.cit., p 6.

forme d'amenuisement du lien de causalité qui profite aux victimes afin qu'elles puissent bénéficier d'une réparation, et c'est une sorte d'aggravation de la **responsabilité du fabricant** puisque celle-ci sera **retenue plus facilement**, même en l'absence d'un lien de causalité scientifique directe et absolument certain¹.

Un tel lien a été également soulevé entre le vaccin contre la grippe AH1N1 et la narcolepsie. En effet, plusieurs cas de « la maladie du sommeil » ont été relevés suite à la vaccination contre cette grippe dite « porcine »². Les autorités finlandaises et suédoises ont été les premières à signaler ce lien. En effet,

¹ Concernant le lien entre le vaccin contre l'hépatite B et la sclérose en plaques, voir en jurisprudence française : Cass. 1ère civ. 27 février 2007, n°06610.063. D. 2007, p2897, obs. PH. Brun; Cass. 1ère civ., 22 mai 2008, D.2008, p2897, note P.JOURDAIN. Des arrêts qui se contentent pour l'établissement du lien de causalité entre le vaccin et la maladie de « *présomptions graves, précises et concordantes* ». Concernant la nécessaire vérification de ces présomptions, voir cass.civ.1ère, 26 septembre 2012 ,D.2012, n°42, pp 2853, note J-S Borghetti. D'autres arrêts exigent, toutefois, une causalité scientifique établie et ne se contentent pas des présomptions. Voir Cass.1^{ère} civ., 25 novembre 2010, n°09-16.556, D. 2010.2909, obs. I.Gallmeister, 2825; RTD Civ. 2011.134, obs. P. Jourdain. Cass. 1ère civ., 29 mai 2013, n°12-20903. Voir en ce sens également PH. Brun, « Raffinements ou aux fuyants? Pour sortir de l'ambiguïté dans le contentieux du vaccin contre le virus de l'hépatite B », D. 2011, pp 316 et ss. Voir également N.Bargue, « Vaccin contre l'hépatite B: vers un retour à la causalité scientifique ? », Gaz.Pal. 14/18 juillet 2013, pp 4 et ss. J-S Borghetti, « Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B : le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage », D.2013, pp1717 et ss. PH. Brun, « Une invention remarquable du droit prétorien : la condition préalable et implicite de la responsabilité, ou les affres de la causalité démembrée », D.2013, pp1723 et ss.

² « Une étude du centre « Maladies rares narcolepsie » révélait que la vaccination aux sérums Pandemrix (GSK) et Panenza (Sanofi-Pasteur) multipliait par 4,7 le risque de développer une maladie du sommeil chez l'adulte, et 6,5 chez l'enfant de moins de 18 ans ». <https://sante.lefigaro.fr/actualite/2013/12/20/21741-grippe-effets-secondaires-vaccin-alourdissent-facture>, (consulté le 18 décembre 2020).

« Après actualisation des données de pharmacovigilance au mois de juin 2012, on observe en Europe plus de 450 cas de narcolepsie rapportés après la vaccination contre la grippe A (H1N1). Ces cas sont, pour l'essentiel, rapportés par les autorités finlandaises et suédoises, plus d'une centaine de cas ayant été rapportés dans chacun de ces pays, après vaccination par Pandemrix®, seul vaccin utilisé dans ces deux pays lors de la campagne de vaccination pandémique 2009/2010 »¹. En France aussi, on a fini par admettre le lien entre cette maladie et le vaccin² et par réparer les dommages subis par les personnes vaccinées.³

Certes, tout produit de santé peut être porteur de risques, notamment lorsqu'il est nouveau. Mais est-ce que ça vaut la peine de courir ce risque ? D'aucuns diraient oui, dès lors que ces risques possibles ne pourraient cacher les avantages qu'un tel vaccin peut présenter⁴.

¹<https://sante.lefigaro.fr/actualite/2013/12/20/21741-grippe-effets-secondaires-vaccin-alourdissent-facture> (consulté le 18 décembre 2020).

² « Dans l'étude cas-témoins menée spécifiquement en France (étude NarcoFlu-VF),

une association significative est apparue, aussi bien chez les adultes que chez les enfants et les adolescents » entre la narcolepsie et le vaccin contre la Grippe AH1N1.

<https://ansm.sante.fr/S-informer/Points-d-information-Points-d-information/Vaccins-pandemiques-grippe-A-H1N1-et-narcolepsie-Resultats-de-l-etude-europeenne-et-de-l-etude-cas-temoins-francaise-Point-d-information>, consulté le 3 janvier 2021.

³ En 2013, on avait annoncé que « Depuis 2009, l'Etat (français) a dû dédommager six victimes du sérum anti-H1N1 atteints par la maladie du sommeil. Quinze autres dossiers pourraient faire l'objet d'indemnisations, portant la facture à deux millions d'euros ».

<https://sante.lefigaro.fr/actualite/2013/12/20/21741-grippe-effets-secondaires-vaccin-alourdissent-facture> (consulté le 18 décembre 2020)

⁴ Sur la question de la pondération des intérêts voir *supra*.

D'ailleurs, pour encourager les laboratoires pharmaceutiques à faire les recherches nécessaires puis à commercialiser les vaccins, certains Etats protègent les fabricants contre les risques de responsabilité. En effet, parfois, **les obligations des laboratoires pharmaceutiques se voient allégées**. Plus encore, la responsabilité du fabricant pourra être complètement évincée. Il bénéficierait d'une immunité, et ce, à travers des clauses d'exonération insérées dans les conventions d'acquisition des vaccins. De telles clauses d'immunité ou d'exonération du fabricant seraient d'ailleurs incluses dans certains accords

relatifs au vaccin contre la Covid 19 ¹.

Pire encore, c'est parfois l'Etat lui-même qui immunise les laboratoires pharmaceutiques. Tel a été le cas du vaccin contre la grippe AH1N1 dont le fabricant a fait l'objet d'un décret d'immunité². En effet, Le 15 juin 2009, la secrétaire d'Etat Américaine à la santé et aux services sociaux, Kathleen Sebelius, avait accordé la protection aux laboratoires fabricants du vaccin contre le virus A H1N1 « contre la menace d'éventuelles poursuites judiciaires et d'indemnités à payer en cas d'effets indésirables survenant chez des personnes vaccinées »³.

Un tel assouplissement de la responsabilité des fabricants pourrait être adopté en cas de dommages subis à cause du vaccin contre la Covid 19 en cas de vaccination obligatoire. Considérée comme une atteinte légitime à l'intégrité physique qui vise à

¹ Des clauses d'exonération pourraient être imposées aux Etats bénéficiant du vaccin dans le cadre de l'accord Covax.

²https://www.lemonde.fr/planete/article/2009/09/15/h1n1-immunite-juridique-pour-les-labos-americains_1240711_3244.html, (consulté le 20 décembre 2020).

³https://www.lemonde.fr/planete/article/2009/09/15/h1n1-immunite-juridique-pour-les-labos-americains_1240711_3244.html, (consulté le 20 décembre 2020).

préservé l'intérêt général¹, la responsabilité de l'Etat qui l'a imposé sera retenue de manière plus facile, sur la base de la responsabilité sans faute. D'ailleurs, la jurisprudence administrative tunisienne a eu l'occasion de retenir la responsabilité sans faute de l'administration en matière de vaccination obligatoire².

Cette crise sanitaire a donc été l'occasion de porter atteinte à moult libertés individuelles. Elle a justifié des restrictions imposées sur la vie quotidienne des citoyens mais elle a touché également les personnes en leur qualité de débiteurs, dans leurs relations contractuelles et professionnelles.

Ce virus a bel et bien chamboulé des vies, des portefeuilles et des économies partout dans le monde. Mais à la question quelle vie nous attend après la survie au Coronavirus, la réponse idoine devrait être empruntée au président de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe qui avait déclaré: « la vie après la crise de la Covid 19 sera différente, mais nos droits et libertés devraient rester les mêmes »³.

¹ Dans l'affaire *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11 (1905), une loi du Massachusetts a permis aux villes d'exiger que les résidents soient vaccinés contre la variole. Jacobson a refusé de se conformer à l'exigence et a été condamné à une amende de cinq dollars. La cour a estimé qu'il n'y avait pas de violation du droit à la liberté et elle a jugé que la loi constituait l'exercice légitime du pouvoir de police de l'État pour protéger la santé et la sécurité publiques de ses citoyens.. » Voir A. DEBET, *La vaccination au prisme des droits fondamentaux*, op.cit., p 7.

² Voir en ce sens par exemple T.A, Cass., *Ministère de la santé publique c/ N. et Hôpital Mongi Slim*, n° 311005 du 21 février 2011, (jurisprudence administrative, éd. Latrach et Tribunal Administratif, Tunis 2011, pp 413 et ss).

³ Déclaration du Président de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe le 9 Mai 2020, citée par N.BACCOUCHE, « La Covid 19 : L'économie, la société ou la difficile résilience », in *Le droit au temps de la Covid 19*, op.cit., p 8.