



HAL
open science

La vaccination contre le covid-19 au prisme des libertés

Marie Mesnil

► **To cite this version:**

Marie Mesnil. La vaccination contre le covid-19 au prisme des libertés. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2021. hal-03358897

HAL Id: hal-03358897

<https://hal.science/hal-03358897>

Submitted on 29 Sep 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé à l'Université de Rennes 1, rattachée à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE), UMR CNRS 6262, associée à l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

La vaccination contre le covid-19 au prisme des libertés

Dès le printemps 2020, l'idée d'un certificat d'immunité avait été évoquée : en effet, les personnes qui avaient déjà contracté le virus étaient soumises, comme tout le reste de la population, aux différentes mesures sanitaires, y compris celles très restrictives liées au confinement. Il aurait pourtant été possible que ces dernières, déjà contaminées et immunisées, puissent se soustraire à ces restrictions et continuent leurs activités, notamment professionnelles. Toutefois, cette idée a vite été abandonnée dans la mesure où il aurait fallu être en mesure de justifier de son immunité, par le biais d'un certificat, à un moment où la présence d'anticorps était difficile à déterminer et les effets de ces derniers dans la durée très incertains. Cela posait également des difficultés en termes de personnes concernées : les personnes déjà immunisées ont contracté le virus de manière tout à fait aléatoire tandis que d'autres auraient pu prendre des risques afin de contracter le covid-19, développer des anticorps et bénéficier du certificat d'immunité.

Depuis que la campagne de vaccination a été lancée en France fin décembre 2020 et qu'elle est en cours dans un grand nombre de pays à travers le monde, ce n'est plus d'un certificat d'immunité dont il est question mais d'un éventuel passeport vaccinal. À chaque stade de la pandémie, de nouvelles questions, inédites, se posent et interrogent aussi bien les pouvoirs publics que les chercheurs, médecins, biologistes et épidémiologistes en premier lieu mais aussi l'ensemble des sciences sociales et juridiques. Tel est le cas du certificat de vaccination ou du passeport vaccinal qui attesterait que la personne a bien été vaccinée contre le covid-19. Ces deux expressions mettent l'accent sur des aspects différents ainsi que sur les enjeux associés à la vaccination : le certificat de vaccination serait délivré par un professionnel de santé attestant de la réalité de la vaccination tandis que le passeport vaccinal pourrait, quant à lui, être délivré par des autorités administratives afin de permettre la libre circulation des personnes qui détiendraient un tel

passeport¹. La double logique à l'œuvre est alors mise en exergue : la vaccination, acte médical, permettrait l'exercice de libertés dont les personnes qui ne sont pas vaccinées seraient au contraire privées.

À l'heure où seule une faible proportion de la population française a été vaccinée notamment parce qu'il n'y a pas assez de vaccins disponibles, ces interrogations restent théoriques mais elles pourraient bientôt se poser de manière plus concrète. Il convient par conséquent de se demander dès à présent dans quelle mesure la vaccination pourrait être un sésame permettant un plein exercice des libertés individuelles ou si au contraire, l'accès à la vaccination -limité ou obligatoire- porte atteinte à certains droits et libertés fondamentales.

Il s'agit alors de s'interroger sur la manière dont la vaccination contre le covid-19 interagit avec les libertés individuelles, fortement mises à mal par l'état d'urgence sanitaire. Deux aspects méritent d'être approfondis : d'une part, la question de la vaccination elle-même et des choix effectués quant à l'absence d'obligation vaccinale et la régulation de l'accès au vaccin **(I)** et d'autre part, les effets que pourraient produire, à terme, la vaccination dans le cas où un passeport vaccinal serait mis en place **(II)**.

I. L'accès à la vaccination contrainte par la faible disponibilité du vaccin

Il existe en France une obligation vaccinale qui permet de passer outre le consentement personnel des personnes aux soins. Bien que fortement contestée ces dernières années, l'obligation vaccinale a été réaffirmée en droit français et même renforcée au profit des jeunes enfants. Il aurait ainsi été possible, d'un point de vue strictement juridique, de rendre obligatoire la vaccination contre le covid-19 si la disponibilité des vaccins était suffisante **(A)**. Le trop faible nombre de doses a conduit les pouvoirs publics à élaborer, à rebours d'une obligation vaccinale, une politique de priorisation des publics cibles afin de gérer l'accès aux vaccins **(B)**.

A. L'obligation vaccinale écartée

En matière de santé, il existe une tension forte entre d'un côté l'intérêt collectif, la protection de la santé publique et de l'autre l'intérêt individuel, la protection de la dignité de la personne et le respect dû au corps humain. Aussi, les atteintes à l'intégrité du corps humain ne peuvent être justifiées "qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui"

1 - Fanny Grabias et Bruno Py, « Le passeport vaccinal : entre utopie et dystopie », JCP Administrations et collectivités territoriales, n°4, 25 janv. 2021, act. 54.

et le consentement de l'intéressé doit être recueilli en principe préalablement à toute intervention². L'importance du consentement personnel avait d'abord été affirmée, au niveau international, à propos des expérimentations dans le code de Nuremberg qui a été élaboré à la suite de la Seconde Guerre mondiale.

Par exception à ce principe, il existe toutefois des soins obligatoires, prescrits et imposés par des dispositions législatives particulières. Deux types d'actes sont alors visés, préventifs ou curatifs. Du côté des actes de prévention, il existe à la fois un certain nombre d'exams médicaux obligatoires imposés aux femmes enceintes afin de protéger leur santé et celle de leur enfant, mais aussi des vaccinations obligatoires qui visent la protection de la santé individuelle et collective. Du côté des traitements imposés à titre curatif, il s'agit de protéger la personne elle-même comme dans le cas d'une hospitalisation sous contrainte mais aussi l'ensemble de la société comme en témoignent les injonctions de soins prononcées en matière pénale.

Parmi l'ensemble de ces soins obligatoires, l'obligation vaccinale occupe une place particulière dans la mesure où elle touche l'ensemble de la population et est contestée par une partie non négligeable de celle-ci³. Des individus mais aussi des associations, telles que La ligue nationale pour la liberté des vaccinations, sont particulièrement actifs, y compris en justice, pour contester la légalité des vaccinations obligatoires. C'est dans ce contexte de défiance à l'égard des vaccins que les plus hautes juridictions ont été amenées à se prononcer sur la constitutionnalité et la légalité de l'obligation vaccinale.

Le 20 mars 2015, le Conseil constitutionnel a ainsi rendu une décision de conformité à propos des obligations de vaccination antidiphtérique, antitétanique et antipoliomyélitique imposées aux enfants mineurs sous la responsabilité de leurs parents. Les requérants, poursuivis pour s'être soustraits sans motif légitime à ces obligations au point de compromettre la santé de leur enfant, faisaient valoir une atteinte au droit à la protection de la santé protégé par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Or, pour le Conseil constitutionnel, le législateur a entendu lutter contre « trois maladies très graves et contagieuses ou insusceptibles d'être éradiquées » et a entouré sa politique de vaccination obligatoire de plusieurs garanties légales, avis du haut conseil de la santé publique, suspension par décret de ces vaccinations, en fonction de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques et bien entendu, la possibilité offerte par la loi de ne pas se faire vacciner en cas de contre-indication médicale reconnue⁴.

À côté des vaccinations obligatoires, il existe des vaccinations recommandées par les autorités de santé

publique. Ces dernières ne sont pas soumises au même régime et ne peuvent pas être imposées aux parents. Toutefois, à la suite de la fin de la production du vaccin contre la diphtérie, le tétanos et la poliomyélite (DTP) en 2008, aucun vaccin correspondant aux seules obligations légales de vaccination des enfants de moins de dix-huit mois n'était commercialisé en France. C'est pourquoi des parents ont écrit au ministre chargé de la santé afin qu'il prenne les mesures permettant de rendre disponibles des vaccins correspondant aux seules vaccinations obligatoires à l'époque. Face à l'absence de réponse, ils ont saisi le Conseil d'État qui s'est prononcé le 8 février 2017 en leur faveur ; le ministre des affaires sociales et de la santé doit ainsi « prendre des mesures ou (...) saisir les autorités compétentes en vue de l'adoption de mesures destinées à permettre la disponibilité de vaccins correspondant aux seules obligations de vaccination prévues aux articles L. 3111-2 et L. 3111-3 du code de la santé publique, dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision »⁵.

Devant les difficultés pour répondre à cette injonction et en réaction à la baisse de la couverture vaccinale pour certaines vaccinations jusqu'alors uniquement recommandées, il a été proposé au contraire d'étendre l'obligation vaccinale. Après l'avis rendu par la Haute autorité de santé, l'article 49 de la [loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018](#) étend l'obligation vaccinale des enfants de trois à onze maladies pour les enfants nés à partir du 1^{er} janvier 2018. Aucune vaccination supplémentaire n'a été ajoutée au calendrier vaccinal en vigueur en 2017 mais le statut juridique de la vaccination a été modifié, rendant obligatoire des vaccinations qui étaient auparavant seulement recommandées. L'extension de l'obligation vaccinale a été validée par le Conseil d'État dans un arrêt du 6 mai 2019 alors qu'il était amené à se prononcer sur la légalité du [décret n° 2018-42 du 25 janvier 2018 relatif à la vaccination obligatoire](#). À cette occasion, il est notamment mis en avant que « la juxtaposition dans le calendrier vaccinal, avant l'adoption de la loi du 30 décembre 2017, de vaccins obligatoires et de vaccins recommandés conduisait à ce que ces derniers soient perçus, à tort, comme moins importants par la population, alors qu'ils participent, eu égard à leur utilité et efficacité, à la même exigence de protection de la santé publique »⁶.

Un mouvement de défiance à l'égard de la vaccination obligatoire existe au sein de l'opinion publique et conduit à une baisse de la couverture vaccinale. En réaction, les pouvoirs publics ont au contraire étendu les obligations vaccinales à destination des jeunes enfants sans que l'extension de l'obligation vaccinale n'ait été jugée porter atteinte à aucun droit ou liberté fondamentale. D'un point de vue strictement juridique, il serait par conséquent tout à fait possible de rendre obligatoire la vaccination contre le

2 - Article 16-3 du code civil.
 3 - J.K. Ward, P. Peretti-Watel, "Comprendre la méfiance vis-à-vis des vaccins : des biais de perception aux controverses", *Revue française de sociologie*, 2020, n°61, pp. 243-273.
 4 - Décision n° [2015-458 QPC](#) du 20 mars 2015, Epoux L., cons.

5 - CE, 8 février 2017, M. B..., n°[397151](#).
 6 - CE, 6 mai 2019, n°[419242](#).

covid-19, sur le modèle de l'obligation vaccinale des enfants ou celui qui existe pour certaines professions. Néanmoins une telle perspective est impossible en l'absence de vaccins en nombre suffisant et le Président de la République a clairement annoncé, dès le 24 novembre 2020, qu'il ne rendrait pas la vaccination obligatoire⁷.

B. La priorisation vaccinale retenue du fait du stock limité de vaccins

Compte tenu du nombre limité de vaccins dont dispose la France, il est non seulement impossible de rendre la vaccination obligatoire à l'échelle de la population mais il est au contraire nécessaire d'en réguler l'accès et de mettre en oeuvre une politique de priorisation. Dans une crise sanitaire comme celle que nous vivons, la question de l'accès à des ressources limitées, comme les masques en mars 2020 et les vaccins aujourd'hui, est centrale et renvoie à des enjeux éthiques nombreux. Le CCNE, qui avait déjà eu l'occasion de se prononcer à l'occasion de la pandémie grippale de 2009⁸, a proposé de « décliner le cadre éthique selon différentes temporalités, à court terme et à plus long terme, pour définir les principes de [l']allocation [des vaccins] »⁹.

Dans un premier temps, il s'agit de répartir les vaccins entre les personnes les plus vulnérables et de définir des groupes prioritaires, comme l'ont fait d'autres États avant nous. À la suite de son avis de 2009, le CCNE rappelle « que les décisions prises dans un contexte de pandémie doivent répondre à l'exigence fondamentale du respect de la dignité humaine, c'est-à-dire que la valeur individuelle de chaque personne doit être reconnue comme absolue » et non pas en fonction « de leur seule valeur « économique/sociale » immédiate ou future »¹⁰.

Le premier groupe prioritaire qui a été défini par la HAS mais aussi les autres États européens est celui des personnes âgées. Les personnes âgées est un groupe qui avait déjà été identifié par le CCNE en 2009 et qui, au regard des chiffres, est effectivement le plus durement touché par le covid-19 : il s'agit des personnes de plus de 65 ans et plus particulièrement celles de plus de 75 ans et des résident-e-s en EHPAD qui vivent en collectivité et souffrent de l'isolement. Après avoir discuté des enjeux liés au consentement de ces personnes, le CCNE propose de « prendre le temps pour

identifier d'autres groupes prioritaires »¹¹. La question des professionnels de santé exposés au risque d'infection, sans pour autant présenter à titre individuel des facteurs de risque spécifique, est également posée ainsi que celle des personnes défavorisées dont l'état de santé est moins bon que la population générale mais sans pour autant faire l'objet de développement particulier. La Haute autorité de santé qui avait produit des recommandations dès le 28 juillet 2020 a affiné ces derniers le 30 novembre afin de définir clairement les deux critères de priorisation qu'il convient de prendre en compte, à savoir d'une part le risque de faire une forme grave de covid-19 et d'autre part le risque d'exposition au virus¹². Les formes graves de covid-19 sont principalement dues à l'âge (au-delà de 75 ans et entre 65 à 74 ans) et à la présence de facteurs de comorbidités identifiés à partir de la littérature scientifique. La liste de ces facteurs de risque a été actualisée le 2 mars 2021 afin de distinguer entre les personnes présentant des comorbidités à très haut risque de décès comme « les personnes atteintes de trisomie 21, transplantées d'organe solide ou de cellules souches hématopoïétiques, insuffisants rénaux (dialysés) et les personnes présentant des affections préexistantes rares et graves ou des handicaps graves » et celles à haut risque de décès, à savoir « les personnes présentant un diabète (de type 1 et de type 2), une obésité (IMC > 30 kg/m2), un cancer, une BPCO ou une insuffisance respiratoire, une insuffisance cardiaque, une hypertension artérielle compliquée, auxquels s'ajoutent désormais les personnes présentant une maladie hépatique chronique, des troubles psychiatriques, une démence, un antécédent d'accident vasculaire cérébral »¹³. Quant aux professionnels les plus à risque, il s'agit « [d]es professionnels de santé médicaux, [d]es paramédicaux et auxiliaires médicaux, [d]es brancardiers ainsi que [d]es travailleurs sociaux et [d]es personnels du secteur des services à la personne susceptibles d'accueillir et d'être en contact avec des patients infectés par le SARS-CoV-2 »¹⁴.

Dans leur avis commun du 9 juillet 2020, le Comité scientifique Covid, le comité analyse, recherche et expertise (CARE) et le comité vaccin covid-19 avaient identifié parmi les populations à vacciner en toute première priorité, en plus des populations à risque du fait de leur profession, de leur âge ou de leur état de santé, un autre groupe cible, celui des personnes vivant en situation de grande précarité qui représentent environ 250 000 personnes¹⁵. Les personnes

7 - Si l'affirmation était alors générale, elle pourrait en définitive ne concerner que la population générale. En effet, il semble depuis que certaines catégories de personnes, professionnels de santé ou résidents en collectivité, pourraient par la suite être soumises à une obligation vaccinale.

8 - CCNE, Questions éthiques soulevées par une possible pandémie grippale, *Avis n°106*, 5 février 2009.

9 - CCNE, [Enjeux éthiques d'une politique vaccinale contre le SARS-COV-2. Réponse du CCNE à la saisine du ministre des solidarités et de la santé](#), 18 décembre 2020, p.5.

10 - CCNE, [Enjeux éthiques d'une politique vaccinale contre le SARS-COV-2. Réponse du CCNE à la saisine du ministre des solidarités et de la santé](#), 18 décembre 2020, p.6.

11 - CCNE, [Enjeux éthiques d'une politique vaccinale contre le SARS-COV-2. Réponse du CCNE à la saisine du ministre des solidarités et de la santé](#), 18 décembre 2020, p.8.

12 - HAS, [Stratégie de vaccination contre le Sars-Cov-2. Recommandations préliminaires sur la stratégie de priorisation des populations à vacciner](#), 30 novembre 2020.

13 - HAS, [Stratégie de vaccination contre le Sars-Cov-2. Actualisation des facteurs de risque de formes graves de la Covid-19 et des recommandations sur la stratégie de priorisation des populations à vacciner](#), 2 mars 2021.

14 - HAS, [Stratégie de vaccination contre le Sars-Cov-2. Recommandations préliminaires sur la stratégie de priorisation des populations à vacciner](#), 30 novembre 2020, p. 5.

15 - Comité scientifique Covid-19, CARE et Comité vaccin Covid-19, [Vaccins contre le SARS-Cov-2. Une stratégie de vaccination](#), 9 juillet 2020.

vulnérables et précaires, vivant en collectivité et qui ne seraient pas vaccinés antérieurement du fait de leur âge ou de leur comorbidité, constituent, pour la HAS, le public cible de la quatrième phase¹⁶. Le CCNE avait, quant à lui, insisté sur la nécessité « d'assurer l'accès effectif de ces populations aux vaccins, sans recourir à des procédures stigmatisantes »¹⁷. Dans la stratégie vaccinale mise en oeuvre par le gouvernement à partir de fin décembre 2020, ce public cible n'apparaît pas clairement. De la même manière, les détenus ne sont pas inscrits en tant que tels parmi les personnes devant être prioritairement vaccinées mais dans la 4^e phase de la campagne de vaccination avec les personnes vivant en collectivité pour ceux qui n'ont pas de facteurs de comorbidités. Une association a saisi le Conseil d'Etat en référé en faisant valoir une carence grave et manifestement illégale. Le Conseil d'Etat, dans une ordonnance du 5 février 2021, a rejeté leur requête¹⁸.

La stratégie vaccinale définie par le gouvernement se fait par étape et par ordre de priorité à partir des recommandations de la HAS. La disponibilité des différents vaccins conduit toutefois à des ajustements dans la mesure où ceux-ci présentent des degrés d'efficacité qui varient en fonction de l'âge de la personne et de la littérature scientifique. Les trois premières phases visent à vacciner l'ensemble des personnes à risque de forme grave. Il s'agit pour la phase 1 encore en cours de cibler les personnes exposées du fait de leur profession, à savoir tous les professionnels de santé, y compris libéraux, les professionnels exerçant en établissement de santé, ou dans un établissement ou service médico-social intervenant auprès de personnes vulnérables, les salariés de particuliers employeurs intervenant auprès de personnes âgées et handicapées vulnérables, les sapeurs-pompiers, et les personnes exposées du fait de leur âge, soit les personnes âgées de plus de 75 ans, les personnes âgées résidant en établissements (EHPAD, USLD¹⁹) mais aussi du fait de facteurs de vulnérabilités comme les personnes en situation de handicap hébergées en maison d'accueil spécialisée ou foyer d'accueil médicalisé et les personnes atteintes d'une pathologie à haut risque face au covid-19 lorsqu'elles disposent d'une prescription médicale de leur médecin traitant. [La liste définie de pathologies rares justifiant une vaccination en très haute priorité contre le covid-19](#) a été établie, en prenant appui sur l'avis de la HAS du 17 décembre 2020, et pourra évoluer en fonction des informations disponibles. Début janvier 2021, une personne en situation de handicap a saisi le juge administratif d'un référé-liberté afin de bénéficier d'une dose de vaccin. Le

Tribunal administratif de Châlons-en champagne a rejeté sa requête estimant qu'il n'existait pas de carence fautive de l'Etat qui, compte tenu des doses, a dû prioriser les populations à vacciner ; si le requérant n'est pas éligible au titre de la phase 1 de la campagne de vaccination, il « a vocation à bénéficier de ce vaccin dans un délai de quelques semaines à quelques mois, après qu'il ait été administré à d'autres personnes plus vulnérables que lui »²⁰.

La phase 2 a débuté en mars 2021 et vise les personnes âgées de 65 à 74 ans tandis que la phase 3 concernera « les autres tranches de la population susceptibles d'être infectées et non ciblées antérieurement ». L'ensemble des publics ciblés dans la phase 1 n'a pas pu avoir accès à la vaccination pour le moment alors qu'ils ou elles souhaiteraient se faire vacciner. La faible disponibilité des vaccins rend difficile l'accès à ces derniers avec des inégalités importantes, liées en partie à la fracture numérique et aux ressources dont disposent les personnes pour s'orienter correctement dans le parcours vaccinal. L'accès à la vaccination est un sujet très sensible et aux enjeux politiques certains. Les passe-droits dont certains peuvent bénéficier ont ainsi déjà été mis en lumière et la vaccination de certaines personnalités a pu être questionnée. Des scandales politiques ont déjà eu lieu, notamment en Argentine où le ministre de la santé a dû démissionner. Outre l'accès à la vaccination, il convient de s'interroger sur les effets de celle-ci : les personnes vaccinées pourront-elles retrouver une « vie normale » ? Le vaccin pourra-t-il conditionner l'accès à certaines activités et/ou services ? Sera-t-il nécessaire pour voyager librement et se rendre dans certains États ? Ces questions se posent d'ores et déjà et conduisent à réfléchir à l'éventualité d'un certificat de vaccination voire d'un passeport vaccinal.

II. Les effets de la vaccination sur l'exercice des libertés individuelles

Avant même le début de la campagne de vaccination, la question du suivi sanitaire et médical des personnes vaccinées s'est posée. En ce sens, le CCNE rappelle que « comme pour tout vaccin, l'administration des vaccins Covid à une très large échelle impose un suivi particulièrement rigoureux et répété de l'efficacité et des effets indésirables observés chez les personnes vaccinées » et ce suivi doit répondre aux enjeux en termes de protection des données personnelles²¹. Outre ce système de suivi collectif, il a été rapidement discuté de la mise en place d'un certificat ou passeport vaccinal attaché à la personne elle-même. Si dans un premier temps, les dispositifs -certificat de vaccination ou passeport vaccinal- envisagés étaient liés à la vaccination uniquement, il a été ensuite proposé de réfléchir à un pass sanitaire. Ce dernier permettrait en effet de répondre plus efficacement

16 - HAS, [Stratégie de vaccination contre le Sars-Cov-2. Recommandations préliminaires sur la stratégie de priorisation des populations à vacciner](#), 30 novembre 2020.

17 - CCNE, [Enjeux éthiques d'une politique vaccinale contre le SARS-COV-2. Réponse du CCNE à la saisine du ministre des solidarités et de la santé](#), 18 décembre 2020, p.9.

18 - [CE, 5 févr. 2021, n° 449081](#).

19 - La vaccination des personnes âgées pose un certain nombre de difficultés en matière de consentement, voir not. Paul Véron, « Vaccination des personnes âgées en Ehpad. Quel cadre juridique ? », JCP G, n° 5, 1^{er} fév. 2021, p. 110.

20 - TA Châlons-en-Champagne, 7 janvier 2021, n°2100005, §11.

21 - CCNE, [Enjeux éthiques d'une politique vaccinale contre le SARS-COV-2. Réponse du CCNE à la saisine du ministre des solidarités et de la santé](#), 18 décembre 2020, p.12.

aux enjeux éthiques et juridiques posés par un tel système, notamment au regard des libertés fondamentales. En effet, si l'exercice des libertés individuelles est conditionnée à la production d'un passeport vaccinal (A), ce dernier pose alors un certain nombre d'enjeux au regard des données qu'il contient et de la protection des droits fondamentaux de toutes les personnes, vaccinées ou non (B).

A. L'exercice des libertés individuelles conditionnées à la production d'un certificat de vaccination ou d'un passeport vaccinal

À la suite de la vaccination, il a été proposé que les personnes qui disposent d'un certificat vaccinal, attestent de celle-ci. Ce certificat pourrait ensuite se transformer en un laissez-passer pour permettre la reprise des activités jusqu'ici limitées ou arrêtées en raison du covid-19. La preuve de la vaccination permettrait ainsi aux personnes d'accéder à des services ou à des activités notamment collectives mais aussi de circuler plus librement, notamment entre États. C'est d'ailleurs au regard de cette dernière perspective, la reprise des voyages d'affaires mais surtout du tourisme, que la question d'un passeport vaccinal a été posée²². Un tel dispositif permettrait en effet aux États dont l'économie est fortement dépendante du tourisme de reprendre, sans mettre en péril leur santé publique, leurs activités et accueillir à nouveau des voyageurs internationaux.

En ce qui concerne la France, ces discussions sont pour le moment peu avancées. Le Conseil économique, social et environnemental a lancé une consultation citoyenne le 18 février 2021 dans le cadre de sa commission temporaire « vaccination » sur le passeport vaccinal. Ce module participatif vise à recueillir l'avis du plus grand nombre au sujet du passeport vaccinal. La question posée n'est toutefois pas directement en lien avec la libre circulation des personnes entre les États mais la reprise des activités, au sein du territoire national, qui ne sont aujourd'hui pas possibles. Ainsi, à la question « que pensez-vous du passeport vaccinal, dans le cadre d'une utilisation pour accéder aux lieux aujourd'hui fermés (restaurants, cinémas, stades, musées...) ? », il est possible de répondre sur une échelle allant de « très défavorable » à « très favorable ». Il est également possible de justifier la réponse ou d'exprimer des propositions alternatives ou complémentaires à cette mesure. Sans même attendre les résultats de cette consultation citoyenne, le Président de la République a évoqué, dès le 25 février 2021, l'idée d'un pass sanitaire, qui rendrait possible comme dans la consultation du CESE l'accès aux lieux fermés mais qui ne contiendrait pas que des informations liées à la vaccination. En effet, un grand nombre de personnes n'ont actuellement pas accès à la vaccination en France ; elles pourraient par conséquent présenter un test PCR négatif ou attester de leur absence de mise en relation avec une personne positive (cas contact). Le pass

sanitaire -s'il n'a pas encore été clairement défini- pourrait vraisemblablement permettre aux personnes de justifier de leur vaccination, de leur immunité, d'un test PCR négatif récent mais aussi de s'enregistrer et d'être suivies, dans le cadre de la politique tester-tracer-isoler. Cette proposition intervient à la suite des différentes concertations menées au niveau de l'Union européenne ; certains États membres souhaitent en effet qu'un passeport vaccinal soit mis en place pour permettre la reprise du tourisme d'ici l'été. Il est alors proposé de créer un système au niveau européen plutôt que de voir se multiplier les initiatives nationales.

La commission européenne a été mandatée le 21 janvier 2021 pour réfléchir à la création d'un certificat vaccinal reconnu par tous les États membres de l'Union européenne²³. Dans un premier temps, il s'agissait de réfléchir à un dispositif commun permettant simplement d'attester de la vaccination sans pour autant que les effets produits par un tel certificat ne soient définis. La présidente de la Commission européenne a précisé, le 1er mars 2021, les pistes envisagées et annoncé qu'elle présenterait dans le courant du mois de mars un projet de passeport vert qui permettra la libre circulation dans l'Union européenne. Dans cette perspective, le passeport numérique envisagé apportera la preuve que la personne est vaccinée ou immunisée, ou à défaut, pour ceux qui n'ont pas pu être vaccinés pour le moment le résultat des tests de dépistage. Ce passeport proposé au niveau de l'Union européenne vise à faciliter la libre circulation des personnes, notamment cet été, afin de permettre la reprise du tourisme.

Au niveau mondial, plusieurs États ont déjà mis en place des dispositifs particuliers à la suite de la vaccination d'une grande partie de leur population. Tel est notamment le cas d'Israël qui a créé un passeport vert, numérique ou sur papier, qui permet aux personnes ayant reçu les deux doses du vaccin de reprendre des activités physiques et culturelles en intérieur (salles de sport, piscines, concerts...). Des accords ont également été mis en place entre Israël et d'autres États, comme la Grèce et Chypre, afin de permettre la reprise des voyages.

Face à la durée de la crise sanitaire et l'absence de « retour à la normale » avant plusieurs mois, il a été décidé d'accompagner la reprise des activités à travers la mise en place d'un passeport numérique. Le passeport sanitaire annoncé par Emmanuel Macron fait écho au passeport vert sur lequel travaille la commission européenne : compte tenu de la faible disponibilité du vaccin, ce n'est pas seulement le statut vaccinal de la personne qui est pris en compte mais aussi, à titre alternatif, son statut sérologique lié à une contamination passée ou l'absence de contagiosité attestée par des tests de dépistage récents. Le passage d'un passeport vaccinal à un passeport sanitaire a été posé comme une condition essentielle afin de ne pas créer de différences de traitement entre les personnes qui ont

22 - Voir en ce sens le dossier dans la revue *Juris tourisme*, 2021, n°238, pp. 3 et s.

23 - Florence Chaltiel, « À propos du passeport vaccinal européen », *Revue de l'Union européenne*, 2021, p. 129.

accès à la vaccination et les autres : la possibilité d'exercer à nouveau certaines libertés, comme celle d'aller et venir, ne peut en effet être conditionnée à la vaccination tant que celle-ci n'est pas accessible à toutes et à tous. D'autres enjeux importants existent afin de s'assurer que le passeport vert ou sanitaire, qui conditionnerait l'exercice de certaines libertés individuelles, ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux des personnes.

B. Les enjeux en termes de droits fondamentaux posés par le pass sanitaire

Dès l'annonce faite par Ursula von der Leyen à propos du passeport vert numérique, plusieurs enjeux importants ont été mis en lumière, à savoir la protection des données personnelles, le respect de leur sécurité et plus généralement, le droit au respect de la vie privée des personnes. Ces questions se posent dans la mesure où il est proposé de mettre en oeuvre un passeport numérique qui contient nécessairement des données à caractère personnelles et sensibles, à savoir des données de santé. Il est par conséquent indispensable que les dispositions du règlement général relatif à la protection des données soient respectées et que les données de santé soient protégées. À cet enjeu important en termes de respect du secret médical et de protection des données de santé s'ajoutent d'autres enjeux plus généraux en termes de droits fondamentaux.

Le droit au respect de la vie privée peut en effet connaître des limitations tant que celles-ci sont prévues par la loi, justifiées par un objectif d'intérêt général comme la protection de la santé et proportionnées à cet objectif. Tel pourrait être le cas d'un passeport numérique contenant des informations de nature médicale permettant de gérer, sur le long terme, la reprise des activités sociales, collectives et individuelles en lieux fermés, sans pour autant que l'épidémie soit hors de contrôle. Ces restrictions seraient justifiées par le fait que l'usage d'un passeport sanitaire contrevient moins fortement aux libertés individuelles telles que le droit au respect de la vie privée qu'un confinement strict.

Outre le respect de la vie privée, il convient de s'assurer que la mise en oeuvre d'un tel passeport ne porte pas atteinte au principe d'égalité et au droit à la non discrimination. En effet, conditionner l'exercice de la liberté d'aller et venir -que ce soit à travers les voyages ou l'accès à des activités, biens et services- à la vaccination, ou à la présentation d'un test immunologique pourrait être perçu comme une discrimination sur la base de l'état de santé. Cela serait particulièrement problématique tant que les vaccins ne seront pas disponibles pour toute la population et même après, pour les personnes qui ne souhaitent pas se faire vacciner. C'est d'ailleurs pour répondre à la première inquiétude qu'il a été proposé, comme alternative à la vaccination, la présentation d'un test de dépistage PCR négatif, ce dernier étant librement et gratuitement accessible en France. Ainsi la liberté d'aller et venir, de se rassembler mais aussi de manifester ses convictions religieuses lorsque les rassemblements sont liés à l'exercice d'un culte ne

peuvent être conditionnées uniquement à la vaccination mais bien à la vaccination ou à défaut, à la production d'un test de dépistage négatif. Les autorités publiques doivent alors s'assurer de la disponibilité des vaccins mais aussi des tests pour ne pas limiter l'exercice des libertés individuelles et créer des différences de traitement entre les publics prioritaires pour lesquels le vaccin est disponible et les autres.

Des [recommandations ont été publiées](#) par le comité de recherche économique et social de l'Université d'Exeter à propos des passeports de santé digitaux. Il est ainsi recommandé aux pouvoirs publics, d'une part, d'adopter des supports technologiques permettant d'assurer la protection des données personnelles et d'autre part, de s'assurer de la disponibilité, y compris en termes d'accès économique, aux vaccins et aux tests de dépistage pour toute la population avant d'envisager de déployer de tels passeports. Ces réflexions inspirées du droit britannique et international sont également pertinentes pour la France et l'Union européenne. La disponibilité des vaccins est ainsi une question centrale aussi bien dans la perspective d'un passeport vaccinal que d'une obligation vaccinale. Il est possible de pallier les difficultés d'approvisionnement en vaccins par des tests dans le cadre d'un passeport sanitaire, en revanche aucune obligation vaccinale ne pourra être envisagée tant que le stock de vaccin ne sera pas suffisant pour le public ciblé.

Il convient enfin de raisonner sur le plus long terme lorsque la vaccination sera accessible : la production d'un test de dépistage négatif comme alternative à la vaccination sera-t-elle toujours possible ou au contraire, la vaccination, pourtant facultative, sera-t-elle exigée pour recouvrer le plein exercice de ses libertés individuelles ? La stratégie de la France en matière de vaccination est de favoriser la libre adhésion de la population à celle-ci en excluant dans un premier temps la mise en place d'une obligation vaccinale. Celle-ci est en effet impossible à réaliser en population générale du fait de la disponibilité limitée des vaccins. Toutefois, un point de bascule va bientôt arriver : dans les mois à venir, il y aura un moment où les vaccins seront disponibles mais la couverture vaccinale encore insuffisante, comme cela est déjà le cas pour les professionnels de santé. À ce stade, il sera alors nécessaire de réfléchir à augmenter la couverture vaccinale. Il sera alors possible d'agir soit par le biais d'incitations comme le passeport sanitaire, soit par des obligations légales ciblées. Ne serait-il pas légitime de rendre obligatoire la vaccination des professionnels de santé, au contact de personnes fragiles, âgées ou malades ? La question est aujourd'hui posée pour les professionnels de santé et pourrait se poser pour l'avenir pour d'autres groupes cibles, comme les personnes âgées vivant en collectivité.

Marie Mesnil