



**HAL**  
open science

“ Les pass (sanitaire et vaccinal) passent sans encombre  
les portes du Palais Royal ”

Serge Slama

► To cite this version:

Serge Slama. “ Les pass (sanitaire et vaccinal) passent sans encombre les portes du Palais Royal ”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2022, 2022/3 (131), pp.477-496. 10.3917/rtdh.131.0477 . hal-03759104

**HAL Id: hal-03759104**

**<https://hal.science/hal-03759104v1>**

Submitted on 14 Dec 2024

**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.

Copyright

# Les *pass* (sanitaire et vaccinal) passent sans encombre les portes du Palais Royal

PAR

Serge SLAMA

*Professeur de droit public, Université Grenoble-Alpes,  
Centre de recherches juridiques (C.R.J.)*

---

## *Résumé*

Dans quatre décisions rendues entre mai 2021 et janvier 2022 à propos de la légalisation des *pass* sanitaire et vaccinal, le Conseil constitutionnel n'a pas suffisamment apporté de garanties ni adopté un contrôle suffisamment exigeant pour s'assurer que de tels dispositifs avec un haut potentiel liberticide et inégalitaire ne puissent s'installer dans la durée ou être inscrits dans le droit commun en dehors des périodes de catastrophe sanitaire.

## *Abstract*

In four judgments issued between May 2021 and January 2022 regarding the legalization of the sanitary and vaccine “passes” the French Constitutional Council gave no sufficient guarantees and exercised a control without sufficient scrutiny to ensure that such mechanisms with a high potential for erosion of civil liberties and inequalities do not become established in the long term or be enshrined in common law, aside from times of health crisis.

---

Par quatre décisions rendues entre mai 2021 et janvier 2022, le Conseil constitutionnel a validé, sans guère de réserves, non seulement la création du

«passe<sup>1</sup> sanitaire» pour les grands rassemblements de personnes<sup>2</sup>, mais aussi ses extensions successives, en août<sup>3</sup> et en novembre 2021<sup>4</sup>, potentiellement jusqu'en juillet 2022, à des activités du quotidien<sup>5</sup> et, enfin, sa transformation, dans la plupart des cas, en «passe vaccinal»<sup>6</sup>. Parallèlement, le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer, lui aussi à plusieurs reprises, sur les modalités de mise en œuvre de ce «passe sanitaire», en validant aussi bien l'usage de données personnelles sensibles via l'application «TousAntiCovid Vérif»<sup>7</sup>, son extension *contra legem* aux établissements et lieux de culture et de loisirs accueillant 50 personnes<sup>8</sup>, son exigence pour accéder à certains centres commerciaux<sup>9</sup>, aux activités sportives et extrascolaires<sup>10</sup> ou encore le durcissement des règles pour obtenir ou conserver le *pass*<sup>11</sup> ainsi que le maintien du «passe vaccinal» au 1<sup>er</sup> mars 2022 malgré l'amélioration de la situation sanitaire et l'absence d'éléments justifiant sa nécessité pour lutter contre la propagation de l'épidémie<sup>12</sup>.

En France, la création d'un «passeport vaccinal», qui consiste à subordonner le déplacement des personnes ou l'accès à certains établissements, activités, événements ou services à la justification d'un statut vaccinal, a été envisagée

<sup>1</sup> En juillet 2021, l'Académie française a recommandé la francisation de l'anglicisme «*pass*» en «*passé*». Cela explique l'utilisation de «*passé* sanitaire» ou «*passé* vaccinal» dans les textes juridiques français («*Le poids des mots: Alors, est-ce qu'on doit écrire 'pass' ou 'passé' sanitaire?*», *Libération*, 28 juillet 2021).

<sup>2</sup> Cons. const., décision n° 2021-819 DC, 31 mai 2021, *Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*.

<sup>3</sup> Cons. const., décision n° 2021-824 DC, 5 août 2021, *Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*.

<sup>4</sup> Cons. const., décision n° 2021-828 DC, 9 novembre 2021, *Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*.

<sup>5</sup> Sont concernées les activités de loisirs comme les théâtres, musées, cinémas, etc., les activités de restauration commerciale ou de débit de boissons, les foires, séminaires et salons professionnels, les établissements médico-sociaux sauf soins urgents, certains centres commerciaux sauf biens de première nécessité, les transports publics interrégionaux sauf urgences.

<sup>6</sup> Cons. const., décision n° 2022-835 DC, 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*.

<sup>7</sup> C.E. (fr.), ord., 6 juillet 2021, *La Quadrature du Net*, n° 453505.

<sup>8</sup> C.E. (fr.), ord., 26 juillet 2021, *M. C., Fédération nationale des entreprises des activités physiques de loisirs (ACTIVE-FNEAPL) e.a.*, n° 454754; ord., 26 juillet 2021, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) e.a.*, n°s 454792 et 454818.

<sup>9</sup> C.E. (fr.), ord., 13 septembre 2021, *Mme B. G.*, n° 456391.

<sup>10</sup> C.E. (fr.), ord., 16 novembre 2021, *Mme F. V.*, n° 457687.

<sup>11</sup> C.E. (fr.), ord., 14 décembre 2021, *Association Via – La Voie du peuple e.a.*, n°s 458876, 458955, 458965, 459037, 459053 et 459124.

<sup>12</sup> C.E. (fr.), ord., 1<sup>er</sup> mars 2022, *M. Cassia e.a.*, n° 461686.

pour la première fois par le gouvernement en décembre 2020 dans un projet de loi visant à inscrire dans le Code de la santé publique un « régime pérenne de gestion des urgences sanitaires »<sup>13</sup>. Face à la polémique<sup>14</sup>, le gouvernement a alors renoncé à l'adoption de ce « SILT sanitaire »<sup>15</sup>. Toutefois, avec l'essor rapide de la première campagne de vaccination contre la Covid-19 lancée en décembre 2020, et l'arrivée de nouveaux variants, le débat sur l'instauration d'un *pass* vaccinal n'a pas tardé à rejaillir.

Dès février 2021, l'État d'Israël a mis en œuvre son « passeport vert » pour permettre à ses ressortissants ayant reçu leur seconde dose vaccinale d'accéder à nouveau à des activités ou événements sportifs ou culturels prohibés dans le cadre de la lutte contre la propagation de l'épidémie<sup>16</sup>. En mars 2021, la Commission européenne a lancé un projet de « certificat vert numérique ». Afin de favoriser la libre circulation au sein de l'Union européenne, et des autres pays non-UE membres de l'espace Schengen, un règlement adopté le 14 juin 2021 permet, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2021, de circuler au sein de cet espace au moyen d'un certificat, numérique ou papier, établissant le statut de vacciné, testé ou guéri de la Covid-19<sup>17</sup>.

Ainsi, au printemps 2021<sup>18</sup>, alors que la France sortait de la troisième vague et s'appêtait à achever, sous couvre-feu, son second état d'urgence sanitaire<sup>19</sup>, a réémergé le projet d'instaurer, temporairement (durant l'été), un « passe sani-

<sup>13</sup> Projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires, Assemblée nationale, n° 3714, 21 décembre 2020, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>14</sup> « Le gouvernement veut garder les mains libres en cas de crise sanitaire », *Le Monde*, 22 décembre 2020; S. SLAMA, « Instaurer un 'passeport vaccinal' supposerait un grand nombre de garanties et conditions préalables », *Blog Club des juristes*, 13 janvier 2021, consultable à l'adresse <https://blog.leclubdesjuristes.com>.

<sup>15</sup> En référence à la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme (SILT), qui a permis la sortie de l'état d'urgence sécuritaire 2015-2017, par la reprise de quatre de ses mesures phares.

<sup>16</sup> « Covid-19: Israël impose le 'passeport vert' vaccinal pour revenir à une vie normale », *France culture*, 25 février 2021.

<sup>17</sup> Règlement (UE) 2021/954 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats Covid-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat Covid numérique de l'UE) destinés aux ressortissants de pays tiers séjournant ou résidant légalement sur le territoire des États membres pendant la pandémie de Covid-19.

<sup>18</sup> Pour un état des lieux à ce moment, voy. la journée d'étude sur le *pass* sanitaire du 17 juin 2021 à Évry: « Le Pass sanitaire: enjeux sanitaires et juridiques » (dossier), *Journal droit de la santé et de l'assurance maladie*, 2022, n° 31, pp. 75-102.

<sup>19</sup> Déclaré par le décret n° 2020-1257 du 14 octobre 2020, à compter du 17 octobre 2020 à 00 heure, le second état d'urgence sanitaire a été prolongé en Métropole jusqu'au 1<sup>er</sup> juin 2021 par les lois n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 et n° 2021-160 du 15 février 2021.

taire» afin de permettre, aux bénéficiaires de ce *pass* (vaccinés, rétablis ou testés), la reprise d'activités collectives interdites (concerts, festivals, foires, événements sportifs, etc.)<sup>20</sup>. Conscientes que l'on ouvrirait une boîte de Pandore, les instances consultatives ont alors alerté les pouvoirs publics sur la nécessité «de limiter les effets en termes de durée et d'ampleur» de ce dispositif<sup>21</sup>, et ce, afin d'éviter le phénomène d'accoutumance<sup>22</sup>. Le Président de la République, Emmanuel Macron, lui-même, assurait le 29 avril 2021 que «le *pass* sanitaire ne sera jamais un droit d'accès qui différencie les Français. Il ne saurait être obligatoire pour accéder aux lieux de la vie de tous les jours comme les restaurants, théâtres et cinémas [...]»<sup>23</sup>.

Pourtant, six mois, deux vagues et deux variants après (*Delta* et *Omicron*), le «*pass* sanitaire» est devenu depuis le 24 janvier 2022, dans bien des cas, un «*pass* vaccinal» et a connu d'importantes extensions. Or, celles-ci ont été rendues possibles par le fait que le Conseil constitutionnel n'a pas posé les digues nécessaires afin d'empêcher que de tels dispositifs, qui ont un haut potentiel libéricide et d'amplification des inégalités<sup>24</sup>, puissent être pérennisés, même en dehors des périodes de catastrophe sanitaire, et contaminer durablement le droit commun.

Optant pour un contrôle restreint en cette matière (I), le Conseil constitutionnel ne s'est pas donné les moyens d'empêcher que des dispositifs tels que les *pass* sanitaire ou vaccinal s'inscrivent dans la durée – faute d'avoir posé les digues nécessaires ou, plutôt, d'avoir admis que ces digues soient flottantes (II).

<sup>20</sup> *Table ronde sur les enjeux pour les libertés publiques de la création éventuelle d'un passeport sanitaire*, Commission des lois de l'Assemblée, Mme Y. BRAUN-PIVET avec Mme K. LEFEUVRE et MM. STIRN et SLAMA, 18 mars 2021, consultable à l'adresse [www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/table-ronde-sur-la-creation-eventuelle-d-un-passeport-sanitaire](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/table-ronde-sur-la-creation-eventuelle-d-un-passeport-sanitaire); Y. BRAUN-PIVET, «Ne sacrifions pas nos principes, nos droits et nos libertés au nom d'une allégresse de sortie de crise», *Le Figaro*, 23 avril 2021.

<sup>21</sup> Conseil scientifique Covid-19, *Utilisation du pass sanitaire lors de grands rassemblements*, avis du 3 mai 2021. Voy. aussi Comité de Contrôle et de Liaison Covid-19, *Pass sanitaire Covid-19: Point de vigilance*, 20 avril 2021, consultable à l'adresse <https://solidarites-sante.gouv.fr>.

<sup>22</sup> CNIL, délibération n° 2021-054 du 12 mai 2021 portant avis sur le projet de mise en place d'un *pass* sanitaire.

<sup>23</sup> «Pass sanitaire, restaurants, couvre-feu... l'interview d'Emmanuel Macron», *Le Parisien*, 29 avril 2021.

<sup>24</sup> Haut Conseil de la santé publique, *Crise sanitaire de la Covid-19 et inégalités sociales de santé*, Rapport, octobre 2021; A. SPIRE, N. BAJOS et L. SILBERZAN, «Social inequalities in hostility toward vaccination against Covid-19», *medRxiv*, 2021.06.07.21258461, consultable à l'adresse [www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.06.07.21258461v1](http://www.medrxiv.org/content/10.1101/2021.06.07.21258461v1), publié aussi dans *PLOS ONE* (doi: 10.1371/journal.pone.0262192).

## I. Les faiblesses du contrôle de l'appréciation portée par le législateur sur l'intérêt sanitaire du *pass* sanitaire ou vaccinal

Dans le domaine sanitaire, le Conseil constitutionnel a opté pour un contrôle restreint sur les mesures adoptées par le législateur, y compris en cas de « catastrophe » ou de « crise » sanitaire liée à une épidémie telle que le SARS-CoV-2 (A). Ce choix du *self-restraint*<sup>25</sup>, alors qu'on aurait pu s'attendre à un contrôle de nécessité, n'est pas sans incidence sur la licence donnée au législateur de faire prévaloir les impératifs de santé publique sur les libertés en cause (B).

### A. *Le choix discutable de n'exercer qu'un contrôle restreint sur les mesures législatives sanitaires adoptées en période de « crise » ou de « catastrophe » sanitaire*

Contrairement à ce qui est régulièrement affirmé à propos du *pass* sanitaire<sup>26</sup>, le Conseil constitutionnel n'effectue pas, à strictement parler, de contrôle de proportionnalité<sup>27</sup>, et encore moins de « triple test » (nécessité, adaptation, proportionnalité)<sup>28</sup>, lorsqu'il contrôle l'instauration par le législateur de dispositifs sanitaires tels que les « passes » sanitaire ou vaccinal, mais un simple contrôle de l'inadéquation manifeste, assimilable au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, eu égard à la marge d'appréciation reconnue au Parlement dans ce domaine.

---

<sup>25</sup> L. PECH, « Le remède au gouvernement des juges : le *judicial self restraint* ? », in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling, *Gouvernement des juges et démocratie*, Éditions de la Sorbonne, Paris, 2001, pp. 63-113.

<sup>26</sup> « Passe sanitaire : la protection de la santé est devenue un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel », *Le Figaro*, 5 août 2021 ; R. LETTERON, « Passe vaccinal, une décision sans surprise », *Liberté, Libertés chéries*, 22 janvier 2022, consultable à l'adresse <http://libertescheries.blogspot.com/2022/01>.

<sup>27</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, consultable à l'adresse [www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel](http://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-proportionnalite-exerce-par-le-conseil-constitutionnel).

<sup>28</sup> C. ROULHAC, « La mutation du contrôle des mesures de police administrative – Retour sur l'appropriation du 'triple test de proportionnalité' par le juge administratif », *Rev. fr. dr. adm.*, 2018, p. 343.

En effet, reprenant sa formule classique<sup>29</sup>, signifiant qu'il exerce un contrôle restreint, il estime que dans la mesure où il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement », il ne lui appartient pas, « en présence d'un risque sanitaire », de remettre en cause l'appréciation par le législateur de celui-ci, dès lors que cette appréciation n'est pas, « en l'état des connaissances », manifestement inadéquate « au regard de la situation présente »<sup>30</sup>.

On peut admettre ce choix du *self-restraint* lorsqu'il s'agit « de prendre en compte des situations factuelles au regard de connaissances scientifiques »<sup>31</sup>. L'examen de la jurisprudence permet, en ce sens, de constater ce refus du Conseil constitutionnel de remettre en cause l'appréciation du législateur, « au regard de l'état des connaissances »<sup>32</sup> ou « en prenant en compte notamment les données scientifiques disponibles »<sup>33</sup>, s'agissant en particulier de choix environnementaux<sup>34</sup>. Dans le domaine de la santé, il avait déjà eu l'occasion d'exercer ce contrôle de l'inadéquation manifeste sur le recours aux examens radiologiques osseux pour déterminer l'âge d'un mineur non accompagné étranger<sup>35</sup> et dans sa décision de principe sur l'obligation vaccinale<sup>36</sup>.

En revanche, son application à des régimes d'exception, comme l'état d'urgence sanitaire, les régimes de sortie de celui-ci ou des dispositifs d'exception comme le *pass* sanitaire ou vaccinal est beaucoup plus contestable. Le Conseil

<sup>29</sup> La première utilisation de cette formule est apparue dans la décision *IVG* (Cons. const., décision n° 74-54 DC, 15 janvier 1975).

<sup>30</sup> Cons. const., décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 29 et 39; décision n° 2021-819 DC, préc., cons. 8; décision n° 2021-828 DC, préc., cons. 15 et 28; décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 14 et 32.

<sup>31</sup> Cons. const., commentaire annexé décision n° 2020-808 DC, 13 novembre 2020, p. 5.

<sup>32</sup> Cons. const., décision n° 2018-771 DC, 25 octobre 2018, *Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous*, cons. 17.

<sup>33</sup> Cons. const., décision n° 2016-737 DC, 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, cons. 38.

<sup>34</sup> Cons. const., décision 2012-251 QPC, 8 juin 2012, *COPACEL e.a.* [Taxe sur les boues d'épuration], cons. 5; décision n° 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, *Association Plastics Europe* [Suspension de la fabrication, de l'importation, de l'exportation et de la mise sur le marché de tout conditionnement à vocation alimentaire contenant du Bisphénol A], cons. 6; décision n° 2018-698 QPC, 6 avril 2018, *Syndicat secondaire Le Signal* [Exclusion de la procédure d'expropriation pour risques naturels majeurs en cas d'érosion dunaire], cons. 8.

<sup>35</sup> Cons. const., décision n° 2018-768 QPC, 21 mars 2019, *M. Adama S.* [Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge], cons. 15.

<sup>36</sup> Cons. const., décision n° 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *Époux L.* [Obligation de vaccination], cons. 10.

constitutionnel estime pourtant qu'il ne lui appartient pas, sauf inadéquation manifeste, de remettre en cause non seulement l'appréciation par le législateur « de l'existence d'une catastrophe sanitaire et de sa persistance prévisible dans les quatre prochains mois »<sup>37</sup>, justifiant la prorogation de cet état d'urgence, mais aussi du « risque important de propagation de l'épidémie persistant » justifiant le maintien d'un régime dérogatoire de « sortie » durant plusieurs mois<sup>38</sup>.

Ce faisant, le juge constitutionnel reprend à son compte le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation exercé par le juge administratif des référés lorsque celui-ci a été amené à apprécier l'existence<sup>39</sup> ou la persistance dans la durée<sup>40</sup> d'un « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » permettant, sur le fondement de la loi de 1955, le déclenchement, ou le maintien d'un état d'urgence sécuritaire<sup>41</sup>. Il est vrai que la Cour de Strasbourg, elle-même, reconnaît aux États membres une large marge dans l'appréciation du « danger » justifiant la mise en œuvre de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>42</sup>, tout en effectuant un contrôle de nécessité, voire même de proportionnalité, des mesures adoptées durant ces périodes d'états d'exception<sup>43</sup>.

Par voie de conséquence, dans les quatre décisions commentées<sup>44</sup>, le Conseil constitutionnel valide, sans approfondir l'analyse sur l'appréciation portée par le législateur, le principe de l'instauration ou l'extension des *pass* sanitaire et vaccinal. À vrai dire, il ne s'attarde pas sur ces griefs, se contentant même de

<sup>37</sup> Cons. const., décision n° 2020-808 DC, 13 novembre 2020, *Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*, cons. 6.

<sup>38</sup> Cons. const., décision n° 2020-803 DC, 9 juillet 2020, *Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, cons. 13.

<sup>39</sup> C.E. (fr.), ord., 14 novembre 2005, *M. Rolin*, n° 286835, *Rec. Lebon*.

<sup>40</sup> C.E. (fr.), ord., 9 décembre 2005, *Mme Allouache e.a.*, n° 287777, *Rec. Lebon*; C.E. (fr.), ord., 27 janvier 2016, *LDH e.a.*, n° 396220, *Rec. Lebon*.

<sup>41</sup> Voy. toutefois sur la nécessité : C.E. (fr.), ord., 29 octobre 2020, *MM. Cassia, Son Forget, Berthias e.a.*, n°s 445367, 445559 et 445637, cons. 13.

<sup>42</sup> A. LAMBERT et L. BRACONNIER MORENO, « La marge de manœuvre de la France dans le déclenchement d'un régime dérogatoire aux libertés fondamentales, une dénaturation de l'article 15 de la CEDH ? », *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*, 22 janvier 2015, consultable à l'adresse <http://journals.openedition.org/revdh/1778>.

<sup>43</sup> G. GONZALEZ, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid-19 ou l'ombre d'un doute », *R.D.L.F.*, 2020, chron. n° 43 ([www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)); M. LARCHÉ et Th. LARROUTOUROU, « La Cour européenne des droits de l'homme, juge des états d'urgence ? », *R.D.P.*, 2021, n° spécial, pp. 265 et s.

<sup>44</sup> Cons. const., décision n° 2021-819 DC, préc., cons. 8; décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 29 et 39; décision n° 2021-828 DC, préc., cons. 15 et 28; décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 14 et 32.



renvoyer, sans davantage de motivation, aux « mêmes motifs que ceux énoncés dans [sa] décision [...] du 9 juillet 2020 »<sup>45</sup>.

### B. *Un contrôle restreint empêchant l'appréciation de la pertinence, de l'efficacité ou de la nécessité des mesures adoptées*

Comme l'a très bien analysé Samy Benzina, ce *self-restraint* du juge constitutionnel constitue une « occasion manquée » pour le Conseil constitutionnel « de repenser son contrôle de constitutionnalité » dans ce domaine. Car plutôt que de s'appuyer sur ce seul contrôle de la disproportion manifeste, qui a pour effet « d'amputer considérablement son contrôle », il aurait pu adopter, à l'image des grandes cours constitutionnelles étrangères comme celle d'Allemagne, un réel contrôle de nécessité sur les mesures sanitaires adoptées par le législateur<sup>46</sup>.

Le lecteur reste donc sur sa faim lorsque, dans ses décisions relatives au « passe sanitaire », le Conseil constitutionnel se contente de dupliquer sa propre décision du 9 juillet 2020, et vérifie uniquement que les dispositions adoptées poursuivent bien... l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé<sup>47</sup>. De même, s'agissant de l'instauration du « passe vaccinal », il se satisfait du fait qu'« en l'état des connaissances scientifiques dont il disposait et qui sont notamment corroborées par les avis du comité de scientifiques [...] », le législateur ait estimé que « les personnes vaccinées présentent des risques de transmission du virus de la Covid-19 et de développement d'une forme grave de la maladie bien plus faibles que les personnes non vaccinées »<sup>48</sup>. Le Conseil constitutionnel prend donc pour argent comptant les appréciations scientifiques réalisées par le législateur.

Ainsi, malgré son instauration en juin 2021 et son extension en juillet et août à de nombreux lieux, le *pass* sanitaire n'a pas démontré son efficacité pour empêcher la circulation en France du variant Delta et, depuis l'automne 2021, pour entraver, ou même freiner, la circulation du variant Omicron (jusqu'à 350.000 cas/jour en janvier 2022). L'étude d'impact de la loi « vigilance sanitaire » a pourtant justifié le maintien du *pass* car, selon elle, celui-ci « a fait la preuve de son efficacité pour limiter la circulation virale et inciter à la vaccina-

<sup>45</sup> Cons. const., décision n° 2021-819 DC, préc., cons. 9.

<sup>46</sup> S. BENZINA, « La 'petite décision' du Conseil constitutionnel relative au 'pass sanitaire' », *Blog Club des juristes*, 1<sup>er</sup> septembre 2021, consultable à l'adresse <https://blog.leclubdesjuristes.com>.

<sup>47</sup> Cons. const., décision n° 2021-819 DC, 31 mai 2021, cons. 9 ; Cons. const., décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 38.

<sup>48</sup> Cons. const., décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 12.

tion»<sup>49</sup>. Cette étude d'impact ne contient en réalité absolument aucun élément statistique de nature à établir, ou à réfuter, l'efficacité du *pass* pour limiter la circulation virale dans les lieux concernés...

En outre, initialement, l'effet levier du *pass* sanitaire sur la vaccination – même s'il est bien réel<sup>50</sup> – ne devait pas servir à justifier son existence. Dans ses avis sur les différents projets de loi, le Conseil d'État avait d'ailleurs indiqué que, pour chacune des activités concernées, l'exigence du *pass* «doit être justifiée par l'intérêt spécifique de la mesure pour limiter la propagation de l'épidémie, [...] et non par un objectif qui consisterait à inciter les personnes concernées à se faire vacciner»<sup>51</sup>.

En effet, pour le Conseil d'État, le *pass* sanitaire est un instrument de police sanitaire qui est, selon sa jurisprudence, «de nature à permettre, par la limitation des flux et croisements de personnes qu'il implique, de réduire la circulation du virus de la Covid-19 dans le pays»<sup>52</sup>. Du reste, en novembre 2021, le législateur a lui-même inscrit dans la loi du 31 mai 2021 l'exigence selon laquelle le maintien par décret du Premier ministre du «passe sanitaire», à compter du 2 juin 2021 et jusqu'au 31 juillet 2022, ne peut être décidé qu'«aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 et si la situation sanitaire le justifie au regard de la circulation virale ou de ses conséquences sur le système de santé, appréciées en tenant compte des indicateurs sanitaires tels que le taux de vaccination, le taux de positivité des tests de dépistage, le taux d'incidence ou le taux de saturation des lits de réanimation»<sup>53</sup>. Dès lors, comment justifier l'instauration du *pass* vaccinal?

<sup>49</sup> *Étude d'impact du projet de loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*, Assemblée nationale, n° 565, 13 octobre 2021, p. 36.

<sup>50</sup> Selon une étude : «depuis leur annonce à l'été 2021 jusqu'à la fin de l'année, ces mesures ont permis une augmentation du taux de vaccination d'environ 13 points de pourcentage de la population totale», permettant d'éviter 4.000 décès (Conseil d'analyse économique, *The Effect of Covid Certificates on Vaccine Uptake, Health Outcomes, and the Economy. L'impact des pass sanitaires sur le taux de vaccination, la santé et l'économie*, Focus, n° 078-2022, janvier 2022).

<sup>51</sup> C.E. (fr.), avis n° 403.629 du 19 juillet 2021 *sur un projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire*, point 13. Dans un autre avis, il estime que son objet est d'«aménager, après la fin de l'état d'urgence sanitaire, un allègement graduel des restrictions visant à limiter le risque de reprise épidémique tout en favorisant la reprise des activités» (C.E. (fr.), avis n° 404.103 du 7 octobre 2021 *sur le projet de loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*, point 9).

<sup>52</sup> C.E. (fr.), 6 juillet 2021, préc., cons. 13.

<sup>53</sup> Art. 1<sup>er</sup>, II., A, de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021, modifié par l'article 2 de la loi n° 2021-1465 du 10 novembre 2021. Voy. Rapports remis sur le fondement de l'article 11 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire sur l'impact économique de l'extension du passe sanitaire et sur les résultats en matière de lutte contre la propagation de l'épidémie.

À cette fin, le Conseil d'État a changé de registre argumentatif dans son avis sur le projet de loi visant à instaurer le « passe vaccinal ». Contrôlant la nécessité de l'instauration du « passe vaccinal », il a alors estimé que celui-ci vise, comme le « passe sanitaire », non seulement « à limiter l'exercice de certaines activités qui mettent en présence simultanément un nombre important de personnes [...], et à réduire ainsi la probabilité pour ces personnes de transmettre mais aussi de développer la maladie » mais également, en incitant à la vaccination, à « limiter le nombre de formes graves de la maladie et d'alléger la pression qui s'exerce sur les services hospitaliers pour la prise en charge des malades atteints de la Covid-19 ainsi que des patients victimes d'accidents ou d'autres pathologies ». Ainsi, opportunément, il a reconnu à cette occasion que « l'objectif indirect [*sic*] des pouvoirs publics de vouloir « inciter [...] les personnes ne s'étant pas encore engagées dans un schéma vaccinal à entamer cette démarche [...] s'inscrit dans l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé », dès lors qu'il contribue à limiter les risques de formes graves de la maladie et, par suite, la pression sur le système de soins<sup>54</sup>.

Pourtant, quinze jours après la mise en œuvre du *pass* vaccinal le 24 janvier 2022, on ne constate plus d'effet levier marqué sur la vaccination<sup>55</sup> puisque selon les données de Santé Publique France, alors qu'il reste quatre millions de Français de plus de 12 ans non primo-vaccinés, on décompte à la mi-février à peine 12.000 primo-injections par jour<sup>56</sup>. En outre, plus de neuf millions de Français devaient se faire vacciner d'ici le 15 février 2022 pour que leur *pass* vaccinal ne soit pas désactivé (sauf à bénéficier d'un certificat de rétablissement en raison d'une récente contamination<sup>57</sup>), alors que plusieurs pays européens (Grande-Bretagne, Suède, Danemark, Suisse, Pays-Bas, etc.) ou non euro-

<sup>54</sup> C.E. (fr.), avis n° 404.676 du 26 décembre 2021 *sur un projet de loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, points 8 et 9.

<sup>55</sup> L'effet levier est davantage dû *aux annonces* par les pouvoirs publics que de l'entrée en vigueur des dispositifs. En effet, entre l'annonce de l'extension du *pass* sanitaire par Emmanuel Macron à la mi-juillet 2021 et son adoption en août 2021, 3,8 millions de personnes ont effectué la primo-vaccination; puis, entre l'annonce du *pass* vaccinal par Jean Castex le 17 décembre 2021 et l'entrée en vigueur de la loi fin janvier 2022, 500.000 primo-vaccinations ont été enregistrées (« Pourquoi la France mise-t-elle encore sur le *pass* vaccinal? », *Checknews*, 9 février 2022).

<sup>56</sup> Rapport du gouvernement au Parlement *relatif à la gestion de la crise sanitaire*, 15 février 2022, p. 22. Entre le 8 et le 15 janvier 2022, en moyenne, plus de 30.000 primo-injections avaient été réalisées chaque jour.

<sup>57</sup> Près de 15 millions de Français ont été contaminés ces derniers mois malgré l'exigence du *pass* sanitaire/vaccinal. Le décret n° 2022-176 du 14 février 2022 ramène, au 15 février 2022, de sept à quatre mois la durée du certificat de rétablissement en cas de contamination à la Covid-19 mais prévoit désormais qu'une infection à la Covid-19 « équivaut à l'administration de l'une des deux premières doses ou de la dose complémentaire ».

péens (Israël, etc.) ont décidé dès février 2022 de supprimer leur *pass* sanitaire/vaccinal, voire de lever toutes les mesures de restrictions compte tenu du reflux épidémique et du passage à un stade endémique avec le variant Omicron<sup>58</sup>.

Si le juge constitutionnel ne se contentait pas d'un contrôle restreint, qui se limite aux apparences scientifiques, mais effectuait un vrai contrôle de nécessité, cela supposerait «une mise en comparaison des alternatives possibles pour atteindre aussi efficacement l'objectif poursuivi»<sup>59</sup>. Il devrait notamment se demander si la mise en place d'une obligation vaccinale générale ou plus étendue que celle adoptée en août 2021 (personnels des établissements de santé et médico-sociaux) n'aurait pas permis d'atteindre plus efficacement les objectifs de santé publique poursuivis (extension de la couverture vaccinale, limitation des contaminations, des hospitalisations et des formes graves de la Covid, etc.) avec une mesure moins attentatoire aux droits et libertés garantis par la Constitution. En effet, une obligation vaccinale, surtout si elle est ciblée sur les populations à risque (personnes âgées de plus de 65 ans, personnes vulnérables bénéficiaires du dispositif «Affection longue durée» – ALD, etc.), est moins liberticide qu'un dispositif de *pass* puisque le régime de contrainte ou de sanctions ne pèse que sur les non-vaccinés et non sur l'ensemble de la population, et cette obligation n'affecte pas l'exercice de libertés dans des activités du quotidien, avec la multiplication de contrôles diffus et généralisés des *pass* par des prestataires privés plusieurs fois par jour. Qui plus est, aussi bien le juge constitutionnel que le juge européen admettent la licéité d'une obligation vaccinale<sup>60</sup>, dès lors que le rapport bénéfice/risque est établi et que le régime de sanction ou de contrainte (nonaccès à des services) qui lui est associé est proportionné<sup>61</sup>.

On pouvait d'autant plus s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de nécessité sur ces mesures sanitaires qu'il exige lui-même de l'Exécutif, dans l'ensemble de ses décisions relatives à la crise sanitaire, qu'il effectue, sous le contrôle du juge administratif, un triple test. En effet, selon sa jurisprudence, les mesures sanitaires adoptées par le pouvoir réglementaire doivent l'être «dans l'intérêt de la santé publique et aux seules fins de lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19», être «strictement propor-

<sup>58</sup> «Covid-19: une étude britannique de grande ampleur confirme la moindre sévérité d'Omicron», *Le Monde*, 15 février 2022.

<sup>59</sup> S. BENZINA, *op. cit.*

<sup>60</sup> X. BIOY, «Vers la vaccination obligatoire contre la Covid?», *Blog Club des juristes*, 8 juillet 2021, consultable à l'adresse <https://blog.leclubdesjuristes.com/vers-la-vaccination-obligatoire-contre-la-covid>; C. LANTERO et D. BRAUNSTEIN, «Sur la licéité d'une obligation vaccinale anti-Covid – 2», *R.D.L.F.*, 2021, chron. n° 25.

<sup>61</sup> Cons. const., décision n° 2015-458 QPC, 20 mars 2015, *Époux L.*; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vavříčka e.a. c. République tchèque*, 8 avril 2021.

tionnées aux risques sanitaires encourus», «appropriées aux circonstances de temps et de lieu» et il doit y être «mis fin sans délai lorsqu'elles ne sont plus nécessaires»<sup>62</sup>. En outre, dans ses différents avis sur le «passe sanitaire», le Conseil d'État a, lui-même, estimé qu'il lui était nécessaire d'effectuer «un strict examen préalable de nécessité et de proportionnalité, dans son principe comme dans son étendue et ses modalités de mise en œuvre, au vu des données scientifiques disponibles» dans la mesure où les dispositifs prévus par le législateur portent, dans des activités du quotidien, une atteinte «particulièrement forte» aux libertés personnelles et, qu'en outre, un *pass* «peut, dans certaines hypothèses, avoir des effets équivalents à une obligation de soins»<sup>63</sup>.

Le standard à l'égard de tels instruments sanitaires d'exception est donc indéniablement le triple test. Pourtant, sauf en cas d'instauration d'une mesure de sûreté<sup>64</sup> ou de privation de liberté<sup>65</sup>, le Conseil constitutionnel reste réticent à recourir à ce contrôle plus exigeant, et ce, afin de ménager la marge d'appréciation du législateur. Cela est d'autant moins protecteur des libertés qu'il admet dans le même temps, décision après décision, la pérennisation de ces dispositifs d'exception.

## II. Des digues dérivantes n'empêchant pas la pérennisation de dispositifs d'exception tels que le *pass* sanitaire ou vaccinal

En 1984, le Conseil constitutionnel avait adopté un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois dénommé l'«effet cliquet anti-retour» consistant à exiger du législateur, lorsqu'il fixe les garanties fondamentales dans l'exercice des libertés, de n'«en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif»<sup>66</sup>. Si cette théorie a été, de longue date, abandonnée<sup>67</sup>, on peut se deman-

<sup>62</sup> Voy., par exemple, Cons. const., décision n° 2021-824 DC, 5 août 2021, préc., cons. 42.

<sup>63</sup> C.E. (fr.), avis n° 401.741 du 17 décembre 2020 *sur le projet de loi instituant un régime pérenne de gestion des urgences sanitaires*.

<sup>64</sup> Cons. const., décision n° 2008-562 DC, 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*; Cons. const., décision n° 2020-805 DC, 7 août 2020, *Loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine*.

<sup>65</sup> Voy., par exemple, s'agissant du placement à l'isolement ou la mise en quarantaine, Cons. const., décision n° 2021-824 DC, 5 août 2021, préc.

<sup>66</sup> Cons. const., décision n° 84-181 DC, 11 octobre 1984, «*Entreprises de presse*», cons. 37.

<sup>67</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, «Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques?», *Jus Politicum*, n° 7, consultable à l'adresse <http://juspoliticum.com/article/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il-une-conception-des-libertes-publiques-402.html>.

der si désormais le juge constitutionnel n'a pas totalement baissé la garde en admettant, par une sorte d'effet cliquet *inversé*, l'installation dans la durée de législations d'exception<sup>68</sup>.

Ce phénomène est particulièrement marqué s'agissant du *pass* sanitaire et vaccinal puisque le juge constitutionnel a validé ses extensions successives aussi bien temporelles (A) que matérielles (B) et n'a, par une réserve tombée des cieux constitutionnels, immunisé du *pass* que certaines activités (politiques, syndicales et culturelles), au risque d'une hiérarchisation des droits et libertés constitutionnels (C).

### A. *La fuite en avant temporelle*

Lorsqu'il a été instauré par la loi du 31 mai 2021, le «passe sanitaire» a été présenté par les pouvoirs publics comme un dispositif *temporaire* de «sortie de crise sanitaire» visant à permettre la reprise des activités totalement interdites dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (compétitions sportives, festivals, foires professionnelles, etc.). Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel a admis l'instauration du *pass* en relevant que la loi n'habilite le Premier ministre à instaurer ce dispositif qu'«au cours de la période allant du 2 juin au 30 septembre 2021»<sup>69</sup>.

Mais, par la suite, il a validé, successivement, l'extension du «passe sanitaire» pour trois mois supplémentaires, «au regard de la dynamique de l'épidémie, du rythme prévisible de la campagne de vaccination et de l'apparition de nouveaux variants du virus plus contagieux»<sup>70</sup>. Puis, avec sa décision du 9 novembre 2021, il a admis la possibilité pour l'Exécutif de recourir à l'état d'urgence sanitaire<sup>71</sup> et au «passe sanitaire» pour huit mois supplémentaires en se contentant de relever, sans davantage de précisions ou d'investigations, qu'«au regard notamment de l'avis du 6 octobre 2021 du comité de scientifiques [...] un risque important de propagation de l'épidémie persisterait à

<sup>68</sup> Comme l'a analysé Stéphanie Hennette-Vauchez, il s'agit d'un phénomène qui caractérise les états d'urgence (St. HENNETTE-VAUCHEZ, *La démocratie en état d'urgence. Quand l'exception devient permanente*, coll. «Le compte à rebours», Le Seuil, Paris, 2022, 215 pages. Voy. aussi St. HENNETTE-VAUCHEZ et S. SLAMA, «La valse des états d'urgence», *A.J.D.A.*, 2020 p. 1753).

<sup>69</sup> Cons. const., décision n° 2021-819 DC, préc., cons. 8 et 11.

<sup>70</sup> Cons. const., décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 29 et 39.

<sup>71</sup> La loi n° 2022-46 du 22 janvier 2022 prévoit même de manière prospective que, si l'état d'urgence sanitaire est déclaré avant le 1<sup>er</sup> mars 2022, par décret sur le territoire d'une autre collectivité d'Outre-mer, il est d'office prorogé jusqu'au 31 mars 2022.

l'échelle nationale jusqu'au 31 juillet 2022»<sup>72</sup>. Il en a été de même s'agissant de la possibilité d'instaurer le « passe vaccinal » jusqu'à la même date compte tenu de la persistance d'un « risque important de propagation de l'épidémie » – sans aucun examen des données sur l'efficacité de ce *pass*, sur le caractère épidémique ou endémique du SARS-CoV-2 et sur la pertinence de la période choisie<sup>73</sup>.

Le Conseil constitutionnel n'a pas seulement admis des digues temporelles dérivantes, mais aussi un champ matériel extensible du *pass* sanitaire. Au fil des décisions commentées, on constate en effet le même effet cliquet inversé des lieux et activités concernés par le *pass*.

### B. *Un champ matériel extensible*

Dans sa décision du 31 mai 2021, pour rejeter le grief d'imprécision de la loi et d'incompétence négative du fait de la référence à la notion de « grands rassemblements de personnes » sans jauge précise, le Conseil constitutionnel a estimé que le législateur a ainsi entendu limiter l'application du *pass* sanitaire « aux cas où il est envisagé de mettre en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu » – étant entendu que le pouvoir réglementaire doit prendre en compte « une densité adaptée aux caractéristiques des lieux, établissements ou événements concernés, y compris à l'extérieur, pour permettre de garantir la mise en œuvre de mesures de nature à prévenir les risques de propagation du virus »<sup>74</sup>.

De telles considérations auraient donc dû amener le juge constitutionnel à censurer l'extension du *pass* sanitaire à des lieux où il n'a pas été établi, au regard de leur densité et de l'aération, de risques de propagation épidémique. Pourtant, dans sa décision du 5 août 2021, le Conseil constitutionnel n'a pas réellement vérifié que les lieux ou activités choisis par le législateur (foires, séminaires et salons professionnels, déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, grands magasins et centres commerciaux) correspondent réellement « à des activités qui mettent en présence simultanément un nombre important de personnes en un même lieu et présentent ainsi un risque accru de transmission du virus »<sup>75</sup>. S'il avait effectué un triple test, il aurait été amené à constater que le risque de contamination n'est pas le même dans le hall

---

<sup>72</sup> Cons. const., décision n° 2021-828 DC, préc., cons. 15.

<sup>73</sup> Cons. const., décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 13.

<sup>74</sup> Cons. const., décision n° 2021-819 DC, préc., cons. 17.

<sup>75</sup> Cons. const., décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 41.

d'une gare que dans une rame de train, dans un concert ou une compétition sportive en plein air que dans une enceinte fermée – sans parler de l'exigence du *pass* pour des activités en pleine nature comme un ultra-trail... De même, s'agissant de l'accès aux établissements de santé, sociaux et médico-sociaux ainsi qu'aux activités de loisirs, de restauration ou de débit de boissons, il a estimé que le législateur « a circonscrit leur application à des lieux dans lesquels l'activité exercée présente, par sa nature même, un risque particulier de diffusion du virus »<sup>76</sup> –, et ce, alors même qu'il est établi scientifiquement que le risque n'est pas le même à l'intérieur que dans un endroit aéré, comme une terrasse de café ou de restaurant, ou des activités de loisirs de plein air, surtout en plein été<sup>77</sup>.

En revanche, le juge constitutionnel a pris soin d'insister sur les cas de dispense du *pass* sanitaire ou vaccinal prévus par le législateur. Ainsi, dans sa décision du 5 août 2021, il relève que si le « passe sanitaire » est exigé à l'accès des établissements de santé, sociaux et médico-sociaux des visiteurs et des personnes hospitalisées dans le cadre de soins programmés, cette mesure ne s'applique pas aux « cas d'urgence » et « n'a pas pour effet de limiter l'accès aux soins »<sup>78</sup>. De même, pour l'accès aux grands magasins et certains centres commerciaux, il a rappelé qu'il doit être garanti « l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité »<sup>79</sup> ainsi qu'aux moyens de transport accessibles dans l'enceinte de ces magasins et centres ». Enfin, s'agissant des déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux, le juge constitutionnel a relevé que le législateur a bien exclu que le *pass* sanitaire s'applique « en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis »<sup>80</sup>. Dans le même sens, pour le *pass* vaccinal, il a souligné qu'il a été prévu pour ces déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux qu'en cas de « motif impérieux d'ordre familial ou de santé »<sup>81</sup>, il n'est exigé qu'un dépistage virologique ne concluant pas à une contamination<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> « Covid-19: la transmission par aérosols, et sa trop lente prise en compte », *Le Monde*, 2 septembre 2021.

<sup>78</sup> Cons. const., décision, n° 2021-824 DC, préc., cons. 42.

<sup>79</sup> Dans la pratique, le respect de cette exigence d'accès aux biens de première nécessité a été difficile pour les préfets, notamment la prise en compte de leur accès au niveau du bassin de vie, et elle a donné lieu à des jurisprudences contradictoires. Voy. C.E. (fr.), 13 septembre 2021, préc.

<sup>80</sup> Cons. const., décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 42.

<sup>81</sup> Voy., sur le rejet de demande de dérogation au *pass* vaccinal pour tous les rendez-vous administratifs ou judiciaires s'agissant des transports interrégionaux : C.E. (fr.), ord., 10 février 2022, *Mme D.*, nos 460801 et 461012.

<sup>82</sup> Cons. const., décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 16.



Par ailleurs, s'agissant de la possibilité pour le Premier ministre d'exiger pour l'accès à certains endroits ou activités la présentation *cumulée* d'un justificatif vaccinal et du résultat d'un test (dispositif inspiré du système allemand «2G+») <sup>83</sup>, le Conseil constitutionnel a censuré le fait que cela aurait pu concerner les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux – éventualité qui constitue à ses yeux une violation de la liberté d'aller et de venir <sup>84</sup>. Mais en l'absence de tout motif expliquant cette inconstitutionnalité, on est en difficulté de comprendre pourquoi cette censure de la «2G+» vaut uniquement pour les transports publics interrégionaux et non, par exemple, pour l'accès aux grands magasins et centres commerciaux ou encore pour certaines activités de loisirs. Si on raisonne en termes de risques sanitaires, s'agissant de personnes bénéficiant d'un schéma vaccinal complet, le risque de contamination/propagation du SARS-CoV-2 n'est-il pas plus élevé à l'occasion d'un voyage en TGV de plusieurs heures que dans un centre commercial de 20.000 m<sup>2</sup>, un zoo, un parc d'attractions ou encore dans une compétition sportive en plein air (en dehors des sas de départ et lieux de ravitaillement où le masque est obligatoire)? Si l'on raisonne en termes de praticabilité, il ne semble pas moins contraignant, alors pour une personne complètement vaccinée, de devoir faire un test pour accéder à un musée, un cinéma ou un théâtre, ou encore un centre commercial, que pour prendre le train «grande ligne». Mais on sait que le Conseil constitutionnel est très généralement elliptique dans la motivation de ses décisions.

Sans davantage d'explications, le juge constitutionnel procède également, dans les quatre décisions commentées, à une forme de hiérarchisation des droits et libertés constitutionnels <sup>85</sup>.

### C. *Activités politiques, syndicales et culturelles immunisées du pass : une hiérarchisation implicite et inexpliquée des droits et libertés constitutionnels*

Amené à se pencher sur l'imprécision ou l'ambiguïté de la notion «d'activités de loisirs», pour lesquelles le «passe sanitaire» est exigible, le Conseil

<sup>83</sup> Dans la pratique, cette possibilité n'a, pour l'heure, pas été utilisée par le gouvernement français.

<sup>84</sup> Cons. const., décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 20.

<sup>85</sup> Voy. M. AFROUKH, «Une hiérarchie entre droits fondamentaux? Le point de vue du droit européen», in «Le droit des libertés en question(s) – Colloque n° 2 de la R.D.L.F.», R.D.L.F., 2019, chron. n° 43.

constitutionnel a formulé, dès sa décision du 31 mai 2021, une réserve selon laquelle cette notion «exclut notamment une activité politique, syndicale ou culturelle»<sup>86</sup>. Cette réserve, sortie de la manche du juge constitutionnel, est alors passée largement inaperçue, compte tenu de sa faible incidence, s'agissant d'événements devant réunir plus de 1.000 personnes, en dehors d'une période électorale ou d'organisation d'une journée mondiale de la jeunesse (catholique)... Elle n'a d'ailleurs fait l'objet d'aucune observation spécifique dans le commentaire officiel de la décision n° 2021-819 DC et la décision ne contient aucune justification ou motivation, ni référence aux libertés en jeu, permettant de justifier ce qui a conduit le juge constitutionnel à faire le choix d'immuniser du *pass* sanitaire uniquement ces activités-là.

Cette réserve a commencé à faire parler d'elle en juillet 2021 lorsque le Premier ministre a, par décrets, baissé la jauge de 1.000 à 50 personnes pour les établissements recevant du public et élargi le *pass* sanitaire à des activités du quotidien. Dès lors, on s'est interrogé sur la raison pour laquelle il n'était pas possible d'exiger, sous peine de poursuites pénales<sup>87</sup>, de *pass* pour l'assistance à un office religieux, à une réunion syndicale ou à une université d'été d'un parti politique<sup>88</sup>, alors que celui-ci est exigé pour se rendre au cinéma, au théâtre ou dans une conférence académique ouverte au public extérieur à l'université? Le Conseil constitutionnel a pourtant repris, dans sa décision du 5 août 2021, la même réserve sans davantage de justifications<sup>89</sup> et, dans sa décision du 9 novembre 2021<sup>90</sup>, il a ajouté que la présentation du «passe sanitaire» ne peut en aucun cas être exigée «pour l'accès aux bureaux de vote ou à des réunions et activités politiques» et que le respect par le pouvoir réglementaire «du droit d'expression collective des idées et des opinions» peut être assuré «notamment» par la voie du référé-liberté<sup>91</sup>.

Mais on peine à comprendre, sauf à admettre une hiérarchie implicite des droits et libertés constitutionnels, pourquoi le Conseil constitutionnel n'a

<sup>86</sup> Cons. const., décision n° 2021-819 DC, préc., cons. 18.

<sup>87</sup> La loi du 31 mai 2021 a prévu qu'en dehors des cas prévus par la loi, nul ne peut exiger la présentation d'un *pass* sanitaire et que cette exigence est punie d'un an d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

<sup>88</sup> Par exemple, Europe Écologie les Verts (EELV) a renoncé à exiger le *pass* sanitaire pour ses universités d'été suite à l'adoption de la loi : «Covid-19: le *pass* sanitaire interdit pour les journées d'été des écologistes à Poitiers», *La Nouvelle République*, 17 août 2021.

<sup>89</sup> Cons. const., décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 42.

<sup>90</sup> Certains parlementaires s'inquiétaient de ce que la prolongation du *pass* sanitaire jusqu'au 31 juillet 2022 afin «d'enjamber la Présidentielle» aurait pu permettre d'exiger le *pass* à l'entrée des bureaux de vote.

<sup>91</sup> Cons. const., décision n° 2021-828 DC, préc., cons. 17.

accordé l'immunité à l'égard de *pass uniquement* aux activités politiques, syndicales ou culturelles et non à l'ensemble des activités qui, essentielles dans une démocratie, ont un mode d'exercice collectif. On pense en particulier à la liberté de réunion et d'association, à la liberté de manifestation, mais aussi à certaines formes d'exercice de la liberté académique (conférences universitaires ouvertes au public) ou à d'autres composantes du droit d'expression collective des idées et des opinions découlant de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Pourtant, dans son avis sur le projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire, le Conseil d'État avait estimé qu'en adoptant des mesures sanitaires, le législateur ne devait pas porter «une atteinte contraire aux normes constitutionnelles et conventionnelles au respect des libertés syndicales, politiques et religieuses *non plus qu'au droit de manifester sur la voie publique*»<sup>92</sup>. Cet avis faisait lui-même écho à la jurisprudence administrative qui avait, durant la crise sanitaire, garanti l'exercice de la liberté de manifestation<sup>93</sup> et l'exercice collectif du culte<sup>94</sup>.

Toutefois, cette hiérarchisation des droits et libertés fondamentaux résultait déjà de cette jurisprudence. En effet, dans une ordonnance particulièrement critiquée<sup>95</sup>, le juge des référés du Conseil d'État avait enjoint au Premier ministre de modifier les dispositions du décret du 29 octobre 2020 limitant à trente personnes le nombre de fidèles pouvant assister à une cérémonie religieuse en prenant en compte, d'une part, la nature particulière de la liberté du culte et, d'autre part, le fait que celle-ci comporte «parmi ses composantes essentielles, le droit de participer collectivement [...] à des cérémonies»<sup>96</sup>. Ainsi, le juge administratif accordait une protection spécifique à la liberté du culte qui n'a pas bénéficié dans la même période à d'autres libertés (liberté d'accès à

<sup>92</sup> C.E. (fr.), avis n° 403.629 du 19 juillet 2021, préc., cons. 13.

<sup>93</sup> Voy., notamment, C.E. (fr.), ord., 6 juillet 2020, *Confédération générale du travail et Association S.O.S. racisme*, nos 441257, 441263 et 441384; C.E. (fr.), ord., 13 juin 2020, *LDH, CGT e.a.*, n° 440846; J.-Ch. JOBART, «Manifester en période de pandémie: une liberté restreinte mais non éteinte», *A.J.D.A.*, 2021, p. 819.

<sup>94</sup> X. BIOY, «Liberté de culte et pandémie», *A.J.D.A.*, 2021, p. 632.

<sup>95</sup> F. MELLERAY, «Les voies du Seigneur», *A.J.D.A.*, 2020, p. 2457.

<sup>96</sup> C.E. (fr.), ord., 29 novembre 2020, *Association Civitas e.a.*, n° 446930, cons. 11 et 19: «si certains établissements recevant du public autres que les lieux de culte restent fermés, les activités qui y sont exercées *ne sont pas de même nature* et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes».

l'enseignement supérieur<sup>97</sup>, liberté de pratiquer un sport<sup>98</sup> ou encore liberté de création artistique et liberté d'accès aux œuvres culturelles<sup>99</sup>).

La position adoptée par le Conseil constitutionnel est d'autant moins cohérente que, dans sa décision du 21 janvier 2022, il a censuré les dispositions qui auraient permis aux organisateurs d'un *meeting* politique de subordonner son accès à la présentation d'un « passe sanitaire »<sup>100</sup> – mais cette censure n'a pas été prononcée sur le principe même, mais uniquement parce que ces dispositions n'avaient pas suffisamment encadré cette possibilité<sup>101</sup>.

La position du juge constitutionnel n'est pas davantage cohérente lorsque, dans sa décision du 5 août 2021, il n'a pas exigé la gratuité des tests PCR<sup>102</sup> afin d'assurer le respect du principe d'égalité<sup>103</sup>. On peut également critiquer le fait que, dans cette même décision, il ait souligné le fait que le contrôle des porteurs de *pass* sanitaires « ne peut être réalisé que par les forces de l'ordre ou les exploitants de ces lieux, établissements, services ou événements » et exigé leur mise en œuvre « sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes »<sup>104</sup>. Dans sa décision du 21 janvier 2022, il a pourtant admis la constitutionnalité, au regard de l'article 12 de la Déclaration de 1789 et du droit au respect de la vie privée, de la possibilité pour l'exploitant, même privé, d'un lieu dont l'accès est soumis à la présentation d'un *pass* de demander à une personne qui souhaite y accéder de produire un document officiel comportant sa photographie, « aux seules fins de vérifier la concordance entre les éléments d'identité mentionnés sur ces documents »<sup>105</sup>.

<sup>97</sup> C.E. (fr.), ord., 10 décembre 2020, *M. Cassia e.a.*, n° 447015.

<sup>98</sup> C.E. (fr.), ord., 16 octobre 2020, *Stés LC Sport, KC Aix, France active FNEAPL et Movin'*, n° 445102.

<sup>99</sup> C.E. (fr.), ord., 23 décembre 2020, *Moreau e.a.*, n° 447698.

<sup>100</sup> Dans la pratique, certains partis politiques (comme LREM, LR ou le PS) ont – illégalement – exigé la présentation du *pass* sanitaire pour assister à des meetings électoraux. Lors du compte-rendu du Conseil des ministres du 24 novembre 2021, le porte-parole du gouvernement, Gabriel Attal, avait entretenu l'ambiguïté en assurant que, si le Premier ministre ne pouvait imposer l'exigence du *pass* à l'accès d'un meeting politique, rien n'empêchait, selon lui, « un organisateur d'une réunion politique de [l']exiger » (« Élection présidentielle 2022: le ministère de l'Intérieur exclut le contrôle du passe sanitaire lors des meetings politiques », *Le Monde*, 22 octobre 2021).

<sup>101</sup> Cons. const., décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 73.

<sup>102</sup> Depuis le 15 octobre 2021, sauf pour raison médicale, les tests sont devenus payants pour les non-vaccinés.

<sup>103</sup> Cons. const., décision n° 2021-824 DC, préc., cons. 53.

<sup>104</sup> *Ibid.*, cons. 54.

<sup>105</sup> Cons. const., décision n° 2022-835 DC, préc., cons. 41 à 47.

En apportant aussi peu de garanties dans sa série de quatre décisions portant sur les *pass* sanitaire et vaccinal, le Conseil constitutionnel n'a, à notre sens, pas suffisamment borné le recours à ce type de dispositif, au risque de laisser entrer un cheval de Troie constitutionnel permettant, à la prochaine crise, le développement de futurs dispositifs encore plus liberticides et inégalitaires. Pour s'en convaincre, il peut être utile de consulter l'un des scénarios remis au ministère des Armées et l'Université Paris Sciences et Lettres (UPSL) par la Red Team<sup>106</sup>. Cette équipe d'auteurs de science-fiction envisage le développement dès la première pandémie de « Covid » de la « technique du puçage ». Présentée par les pouvoirs publics comme le « seul outil de gestion publique capable de concilier sécurité sanitaire et liberté [...] », cette puce électronique greffée contient rapidement toutes les données sanitaires, financières ou civiles de son porteur. Rendue obligatoire « en 2034 », elle suscite néanmoins une vive résistance et une sécession territoriale des « Sans-puces »...<sup>107</sup> Le pire n'est jamais certain.

---

<sup>106</sup> <https://redteamdefense.org>.

<sup>107</sup> RED TEAM, *Ces guerres qui nous attendent : 2030-2060*, Éditions des Équateurs, Paris, 2022, p. 36.