

Le Conseil constitutionnel valide la structure fondamentale du « passe sanitaire »: quelques réflexions sur la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021*

[Conseil constitutionnel, Déc. n° 2021-819 DC du 31 mai 2021]

Giorgio Grasso** e Maria Kordeva***

SOMMAIRE : 1. Introduction. – 2. La protection de la santé : un objectif de valeur constitutionnelle qui doit être balancé avec les droits et les libertés constitutionnellement garantis ou un objectif constitutionnel (devenu) suprême en conséquence de la crise sanitaire du Covid-19 ? – 3. Le passe sanitaire validé par le Conseil constitutionnel : de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021 à la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021. – 4. Sur la mise en balance (impossible) entre la protection contre le Covid-19 et l’atteinte à l’exercice des libertés fondamentales. – 5. Conclusion et perspectives de droit allemand et italien.

ABSTRACT:

La decisione del *Conseil constitutionnel*, oggetto di questo commento, ha dichiarato conforme alla Costituzione francese la disciplina sostanziale del c.d. “passe sanitaire”, introdotto nella legislazione transalpina dalla legge n. 2021/689 del 31 maggio 2021, in coerenza con la regolamentazione

* Contributo sottoposto a revisione tra pari in doppio cieco. Cet article est fruit d’une discussion commune et d’un échange de différents points de vue entre les deux auteurs : toutefois Giorgio Grasso a écrit les paragraphes n. 1, 2 et 3, et Maria Kordeva a écrit le paragraphe n° 4 et les deux auteurs ont écrit le paragraphe n° 5. Le texte français a été relu et corrigé par Maria Kordeva. Pour contacter les auteurs : giorgio.grasso@uninsubria.it.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l’Università degli Studi dell’Insubria.

*** Docteur en droit public, Collaboratrice scientifique, Chaire de droit public français de Université de la Sarre.

europea del certificato verde digitale, rigettando anche altre questioni di costituzionalità sollevate dai ricorrenti su ulteriori disposizioni della legge impugnata. Il contributo, non senza qualche rilievo critico sul difficile bilanciamento compiuto dal giudice costituzionale francese tra l'obiettivo di valore costituzionale della protezione della salute e i diritti e le libertà fondamentali garantiti ai cittadini francesi, potenzialmente lesi dal *passé sanitaire*, prende anche in esame la successiva decisione n. 2021/824 DC del 5 agosto 2021, con cui il *Conseil constitutionnel* ha rigettato la maggior parte delle doglianze mosse contro la più estesa disciplina del *passé sanitaire*, realizzata dalla legge del 25 luglio 2021 di modifica della legge del 31 maggio 2021, con un cenno, infine, alla recentissima decisione n. 2021-828 DC del 9 novembre 2021.

*The decision n. 2021/819 DC of 31 Mai 2021 of the French Constitutional Council declared that the regulation of the *passé sanitaire* (introduced by Law no. 2021/689 of 31st May 2021, in line with the European Regulation of the digital green certificate) complies with the French Constitution and rejected other questions of constitutionality raised by the applicants on further provisions of the challenged law. The contribution exposes some critical remarks on the difficult balance made by the French constitutional judge between the objective of constitutional value of the protection of health and the respect of the rights and freedom recognized for all persons who live in the territory of the French Republic, potentially affected by the *passé sanitaire*. It also examines the subsequent decision no. 2021/824 DC of 5th August 2021, in which the French Constitutional Council rejected most of the questions about the law of 25th July 2021 that, amending the law of 31st May 2021, extended the application of the *passé sanitaire*. The work concludes with brief notes on the decision no. 2021-828 DC of 9th November 2021.*

1. Introduction

Le 31 mai 2021, le Conseil constitutionnel a rendu une décision attendue qui portait sur la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, adoptée le 25 mai 2021 par l'Assemblée nationale et le 27 mai 2021 par le Sénat (loi n. 2021/689 du 31 mai 2021), en répondant à une saisine parlementaire formée par 70 députés appartenant aux groupes parlementaires de gauche Socialistes et apparentés, La France Insoumise et la Gauche Démocrate et Républicaine.

La décision du Conseil constitutionnel, accompagnée d'une réserve qui ne change pas de manière radicale le sens de son raisonnement, valide les dispositions de la loi litigieuse.

Le raisonnement du juge constitutionnel français soulève quelques interrogations qui feront l'objet de la présente contribution et qui concernent : a) le fait que seulement le législateur peut procéder à balancer l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et des libertés constitutionnellement garantis (paragraphe 2) ; b) l'utilisation du « *passé sanitaire* » pour accéder à certains lieux, établissements ou événements (paragraphe 3 et 4) ; c) la conciliation entre l'enregistrement et la sauvegarde de données personnelles en vue de lutter contre le Covid-19 et le droit au respect de la vie privée (paragraphe 4).

Enfin (paragraphe 5), on essayera de réaliser quelques observations comparatives mettant en exergue les problèmes que la décision du Conseil constitutionnel laisse sans réponse satisfaisante et les difficultés causées par l'épidémie en Allemagne et en Italie.

2. La protection de la santé : un objectif de valeur constitutionnelle qui doit être balancé avec les droits et les libertés constitutionnellement garantis ou un objectif constitutionnel (devenu) suprême en conséquence de la crise sanitaire du Covid-19 ?

Sur l'élan de toute sa jurisprudence sur le Covid-19¹, le Conseil constitutionnel a confirmé qu'il appartient seulement au législateur d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, prévu aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé »), et le respect des droits et des libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République. Il s'agit, dans le cas spécifique de la décision que nous sommes en train de commenter, de la liberté d'aller et de venir, de la liberté d'entreprendre et de la liberté de réunion, selon le point 7 de la décision, et du droit au respect de la vie privée, selon le point 24 de la décision. Cet équilibre est le fruit d'un pouvoir général d'appréciation du législateur, qui peut être partiellement comparé à ce que la Cour constitutionnelle italienne appelle le pouvoir discrétionnaire du législateur (« discrezionalità legislativa del Parlamento »), qui ne peut pas être remis en cause par le Conseil constitutionnel à moins que cette évaluation du Parlement ne soit pas manifestement inadéquate. À cet égard la Cour constitutionnelle italienne parle plutôt de « manifesta irragionevolezza », mais son contrôle est plus pénétrant et touche aussi la « ragionevolezza » tout court des choix politiques du législateur². Pour les mêmes motifs énoncés dans la décision n. 2020-803 DC du 9 juillet 2020, concernant la loi

¹ À partir de la décision n. 2020-803 DC du 9 juillet 2020, expressément mentionnée au point 9 de la décision objet de ce commentaire, sur laquelle on peut voir les commentaires de M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, in *AJDA*, n. 39/2020, 23 novembre 2020, 2276 et s. et de J.P. DEROSIER, *Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire*, in *Conseil constitutionnel, Titre VII*, numéro 5 – octobre 2020, *Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques*, 103 et s.

² Sur ce point, très étudié par les constitutionnalistes italiens, il suffit de voir J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. XII, Torino, 1997, 341 et s., 360-361 et *passim*. Également la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne exerce sur le pouvoir d'appréciation du législateur un contrôle plus approfondi que celui du Conseil constitutionnel, notamment grâce à l'emploi du principe de proportionnalité : sur ces rapports entre *Bundesverfassungsgericht* et choix du législateur, voir toujours dans la doctrine italienne J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 345 et G. DELLEDONNE, *Giurisdizione costituzionale e politica nella Repubblica di Karlsruhe*, in *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*. Vol. II. *Dialoghi esemplari: le esperienze straniere* (éditeurs : D. Butturini et M. Nicolini), Bologna, 2017, 31 et s.

organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire, et donc en raison de la proportionnalité, de la pertinence, du caractère approprié des mesures législatives adoptées et en outre de la possibilité de former un recours devant le juge administratif, le Conseil constitutionnel a affirmé que « le législateur a procédé à une conciliation équilibrée » entre les différentes exigences constitutionnelles qui étaient en jeu³. Toutefois, tant dans la décision précitée que dans la jurisprudence du Conseil en matière de Covid-19, l'équilibre atteint entre la protection de la santé et la jouissance des libertés et des droits constitutionnels semble rester « précaire »⁴. La recherche de cet équilibre ne peut jamais être définitive en raison de la situation d'urgence à l'évolution imprévisible que nous vivons depuis mars 2020, mais aussi parce que le Conseil constitutionnel, dans sa réponse à la question de savoir si une disposition de loi qui lui est déférée est ou non conforme à la Constitution, n'opère qu'un contrôle restreint et il s'arrête sur le caractère manifestement disproportionné de la loi. Il n'exerce pas vraiment « un véritable contrôle de nécessité », capable de démontrer que le législateur aurait pu adopter, pour poursuivre le même objectif de valeur constitutionnelle, des mesures par exemple moins attentatoires à une liberté constitutionnelle⁵.

L'état d'urgence sanitaire, l'organisation et la gestion de la sortie de l'état d'urgence sanitaire, selon les différentes dénominations utilisées par le législateur, ont demandé au Conseil constitutionnel de rendre des décisions qui ont été considérées comme « extraordinaires »⁶ et qui forcément se distinguent « par un regard moins strict quant à la garantie des droits et des libertés »⁷. Il semble indubitable qu'en France, comme en Italie, la balance et la conciliation faits par le législateur et validés par le juge constitutionnel ont justifié un point d'équilibre très problématique, dans lequel la protection de la santé a eu presque toujours la priorité, surtout dans certains moments plus critiques d'une crise sanitaire vraiment exceptionnelle pour le monde entier. Est-ce qu'on peut aussi soutenir que cet objectif constitutionnel prioritaire est devenu en réalité un objectif constitutionnel suprême, capable d'évincer de façon tyrannique tous les droits et libertés fondamentaux des citoyens ? Selon une certaine doctrine française, à la suite d'une décision ultérieure du Conseil constitutionnel concernant le passe sanitaire et qui sera rapidement examinée dans le paragraphe suivant (la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021), il faut plutôt parler d'un « principe cardinal qui justifie des restrictions exceptionnelles, tant que les libertés sont garanties », et il faut souligner que « la protection de la santé ne prime pas toutes les

³ Il semble que le Conseil constitutionnel a utilisé la même prudence, déjà mise en évidence à propos de la décision n. 2020-803 DC du 9 juillet 2020, par M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, cit., 2278.

⁴ Voir toujours M. VERPAUX, *Le déconfinement partiel devant le Conseil constitutionnel*, cit., 2277.

⁵ Sur ce point voir S. BENZINA, *La « petite » décision du Conseil constitutionnel relative au « pass sanitaire »*, in https://blog.leclubdesjuristes.com/la-petite-decision-du-conseil-constitutionnel-relative-au-pass-sanitaire-par-samy-benzina/?fbclid=IwAR25ADL_NDWaHA16I9HMGtH5wkUtlrcHb_gltmgZAJMy6AiBHx6E6MqW0, 3.

⁶ Voir J.P. DEROSIER, *Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire*, cit., 99.

⁷ Voir J.P. DEROSIER, *Identification d'un mouvement jurisprudentiel de crise sanitaire*, cit., 99.

règles constitutionnelles »⁸. Pour soutenir cette opinion ils ont été valorisés le caractère temporaire des restrictions des libertés⁹ et certaines censures d'inconstitutionnalité et réserves prononcées par le Conseil constitutionnel¹⁰, le long d'une jurisprudence sur la crise du Covid-19 désormais consolidée. Une crise sanitaire infinie comme celle du Covid-19 démontre d'ailleurs que faire confiance à la nature provisoire de dispositions législatives n'est pas rassurant, parce que la réalité des choses, en France, comme en Italie, a été celle de prolonger, proroger et renouveler tous délais et mesures de restriction de l'exercice des droits fondamentaux initialement prévus par la loi¹¹. Tandis que à côté des censures qui ont déclaré contraires à la Constitution certaines dispositions de lois, les réserves d'interprétation formulées dans les motifs des décisions du Conseil constitutionnel¹² ont représenté (et continuent à représenter) un utile (et ultime) bastion pour empêcher les dérives absolutistes de l'objectif de protection de la santé. Naturellement c'est le Conseil constitutionnel qui va choisir, au cas par cas, quelle réserve d'interprétation utiliser (neutralisante, constructive, directive)¹³, avec une gradation de verdicts qui sans toucher le « pouvoir général d'appréciation » du Parlement, affirmé une fois de plus dans la décision objet de ce commentaire, peut toutefois essayer de restreindre le champ d'application et le contenu d'une disposition législative.

3. Le passe sanitaire validé par le Conseil constitutionnel : de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021 à la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021

La loi déferée devant le Conseil constitutionnel a accordé au Premier ministre le pouvoir de conditionner, par décret, « l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements impliquant de grands rassemblements de personnes pour des activités de loisirs ou des foires ou salons professionnels à la présentation soit du résultat d'un examen

⁸ Voir P. DEROSIER, dans l'interview de A. LE CORRE, *Passe sanitaire : « La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel »*, in <https://www.lefigaro.fr/vox/societe/passe-sanitaire-la-protection-de-la-sante-est-devenu-un-principe-cardinal-pour-le-conseil-constitutionnel-20210805>, 4.

⁹ Une « condition essentielle », limiter dans le temps les mesures adoptées, selon l'EDITORIAL, *Passe sanitaire : le droit, rien que le droit*, in *Le Monde*, 6 août 2021, in https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/08/06/passe-sanitaire-le-droit-rien-que-le-droit_6090727_3232.html, 2.

¹⁰ Voir encore P. DEROSIER, dans l'interview de A. Le Corre, *Passe sanitaire : « La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel »*, cit., 4.

¹¹ Sur ce point il suffit de voir l'*Etude d'impact sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 27 avril 2021*, en particulier 11 et s.

¹² Sur l'utilisation de la technique de la conformité sous réserve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant le Covid-19, voir aussi, dans un premier commentaire de la décision du 5 août, P. COSTANZO, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, in *Consulta Online*, 6 agosto 2021, III.

¹³ Voir pour tous F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 42e édition 2021-2022, L.G.D.J., Paris, 2021, 852.

de dépistage virologique ne concluant pas à une contamination par la Covid19, soit d'un justificatif de statut vaccinal concernant la Covid19, soit d'un certificat de rétablissement à la suite d'une contamination par la Covid19 », c'est-à-dire les trois catégories d'attestation qui de façon alternative constituent ce qui est appelé le « passe sanitaire ».

Ce dispositif a été mis en place en France, comme dans d'autres États membres de l'Union européenne, en cohérence avec les prévisions du projet du Règlement européen sur le certificat vert numérique (le futur Règlement (UE) 2021/953 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) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de Covid-19, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2021)¹⁴. En conséquence, selon le projet de la loi relative à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 27 avril 2021, le passe sanitaire avait été pensé seulement pour conditionner les déplacements « à destination ou en provenance du territoire hexagonal, de la Corse ou de l'une des collectivités mentionnée à l'article 72-3 de la Constitution » (les territoires d'outre-mer). Toutefois avec un amendement introduit par le Gouvernement quelques jours après l'adoption du projet de loi en Conseil des ministres, la nature initialement très souple du document, destiné à faciliter, comme le modèle européen, l'exercice de la liberté de circulation¹⁵, a été durcie pour conditionner également l'accès des personnes à certains lieux, établissements ou événements et donc à influencer certains aspects d'autres libertés, comme la liberté de réunion ou le droit au respect de la vie privée.

Le Conseil constitutionnel a rejeté tous les griefs qui touchaient soit à la procédure d'adoption de cet article de la loi, soit aux conditions d'application du dispositif. D'une part, l'utilisation d'un amendement présenté « seulement cinq jours » après approbation du projet de loi initial par le Conseil des ministres, pour introduire un des points essentiels de la loi, objet de débats « depuis plusieurs mois à l'échelle européenne pour la définition du certificat vert européen »¹⁶, avait permis, selon les députés auteurs de la saisine, de contourner les obligations procédurales de présentation d'une étude d'impact et d'obtenir l'avis du Conseil d'État, prévues par l'article 39 de la Constitution, concernant la délibération des lois en Conseil des ministres, et par l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, relative à l'application de cette disposition constitutionnelle. Toutefois, le Conseil constitutionnel a répondu sèchement que ces obligations sont imposées seulement pour les projets de loi

¹⁴ Voir l'*Etude d'impact sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire du 27 avril 2021*, cit., 36 et Conseil d'Etat, *Avis sur un projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, 21 avril 2021, 5.

¹⁵ Sur le certificat vert numérique européen, voir par exemple G. GRASSO, « *Certificato verde digitale* », « *Passaporto vaccinale* » e *diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Corti supreme e salute*, 1/2021, 231 et s.

¹⁶ Voir pour les deux citations entre guillemets le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, Reçu au greffe du Conseil constitutionnel le 27 mai 2021, 6.

et non pour les amendements aux mêmes projets de loi¹⁷. D'autre part, les deux notions de « grand rassemblement de personnes » et d' « activité de loisirs » étaient, selon les requérants, imprécises et non clairement définies par la loi car elle aurait dû fixer « le seuil de fréquentation minimale au-delà duquel le passe sanitaire pourrait être mis en œuvre »¹⁸, sans laisser entièrement cette modalité au pouvoir réglementaire du Gouvernement. Aussi la précision, très utile, introduite par le Sénat, selon laquelle « cette réglementation est appliquée en prenant 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 », n'était pas considérée comme suffisante afin d' « identifier le seuil à partir duquel le dispositif sera applicable »¹⁹. Enfin, les requérants avaient demandé au Conseil constitutionnel d'adopter, au moins, « si la disposition visée ne devait pas être déclarée contraire à la Constitution », une « réserve d'interprétation s'agissant d'un accès libre et gratuit à la vaccination comme aux textes virologiques durant toute sa durée d'application »²⁰. Mais, pour le Conseil constitutionnel, le législateur « n'avait pas à déterminer un seuil minimal chiffré », en prévoyant « l'application des dispositions contestés aux cas où il est envisagé de mettre en présence simultanément un nombre important de personnes en même lieu », et, avec la précision concernant la « densité » déjà citée, « il appartiendra au pouvoir réglementaire de prendre en compte les conditions effectives d'accueil du public »²¹. Quant à la notion d'activité de loisirs, elle a été considérée par le Conseil constitutionnel « ni imprécise ni ambiguë » et capable de se distinguer facilement de l'activité politique, syndicale ou culturelle²². Cependant, on peut observer qu'« un nombre important de personnes » reste une expression un peu trop indéterminée et qu'indiquer une jauge de participants à l'extérieur et à l'intérieur aurait pu être plus opportun pour mieux orienter le pouvoir réglementaire²³. De plus, le Conseil constitutionnel a pu souligner que les dispositions

¹⁷ Point 15 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

¹⁸ Voir le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, cit., 7.

¹⁹ Voir le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, cit., 7.

²⁰ Voir le *Recours devant le Conseil constitutionnel sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de la crise sanitaire*, cit., 9.

²¹ Point 17 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

²² Point 18 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

²³ Le décret n. 2021-699 du 1er juin 2021, modifié par le décret n. 2021-724 du 7 juin et pris en application de la loi, avait fixé ce seuil à 1.000 personnes, mais le décret n. 2021-955 du 19 juillet 2021 a abaissé ce chiffre pivot à 50 personnes. Deux ordonnances du Conseil d'État du 26 juillet 2021 (recours n. 454754 M.B... et autres et 454792, 454818 SACD et autres) ont toutefois rejeté les demandes de suspension de l'exécution du décret du 19 juillet, en fondant la légitimité de l'abaissement du seuil d'application du passe sanitaire à 50 personnes – seuil qui difficilement peut être qualifié de grand rassemblement au sens de la loi n. 2021/689 du 31 mai 2021 – sur les « circonstances exceptionnelles liées à la reprise de l'épidémie » et surtout sur le fait qui devait intervenir « à très court terme une modification de la loi du 31 mai 2021 afin notamment de (...) supprimer la limitation de l'utilisation du passe sanitaire aux seuls grands rassemblements ».

contestées ne se réfèrent ni aux conditions d'obtention du dispositif du passe sanitaire, « ni au caractère payant ou non des actes donnant lieu à la délivrance » de ce dispositif : pour cette raison il n'y a sur ce point aucun problème de conformité à la Constitution, lié à une éventuelle « différence de traitement inconstitutionnelle entre les personnes »²⁴. Grâce au feu vert donné par la décision du 31 mai 2021, le législateur a fortement élargi dans les semaines suivantes les cas dans lesquels le Premier ministre peut utiliser le passe sanitaire, finalement mentionné de façon explicite dans le texte de la loi modifié, même si dans une disposition secondaire²⁵ ; en conséquence ce dispositif doit être utilisé désormais pour pouvoir accéder à certains lieux, établissements, services ou événements où sont exercées des activités de loisirs, de restauration commerciale ou de débit de boissons ; pour accéder à foires, séminaires et salons professionnels ; pour accéder, sauf en cas d'urgence, aux services et établissements de santé, sociaux et médico-sociaux, pour les seules personnes accompagnant ou rendant visite aux personnes accueillies dans ces services et établissements ainsi que pour celles qui y sont accueillies pour des soins programmés ; pour effectuer les déplacements de longue distance par transports publics interrégionaux ; pour accéder à certains grands magasins et centres commerciaux. Pour assurer un respect effectif de ces limitations, sous peine d'une sanction initialement administrative mais qui peut devenir pénale, il est imposé à l'exploitant d'un lieu ou d'un établissement ou au professionnel d'un événement de contrôler la détention du passe sanitaire par les personnes qui souhaitent y accéder. La loi en outre a instauré une obligation de présentation du passe sanitaire pour tous les salariés et agents publics travaillant dans certains lieux et établissements, en prévoyant que l'absence de présentation de ce document puisse constituer un motif de suspension de la relation de travail, pour tous les travailleurs intéressés, et de rupture des seuls contrats à durée déterminée ou de mission ; enfin toujours la loi a prévu la possibilité de punir avec une sanction pénale de trois ans d'emprisonnement le refus par un étranger de se soumettre aux obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement dont il fait objet, et elle a établi que les personnes faisant l'objet d'un test positif à la Covid-19 ont l'obligation, sous peine d'une sanction pénale, de se placer à l'isolement pour une durée non renouvelable de dix jours dans le lieu d'hébergement qu'elles déterminent.

». La loi adoptée le 25 juillet 2021, objet de la décision du Conseil constitutionnel n. 2021-824 DC du 5 août 2021, qui sera rapidement examinée, a supprimé dans le texte de la loi du 31 mai 2021 toute référence aux « grands rassemblements de personnes ». Sur le décret n. 2021-955 du 19 juillet 2021 voir de façon très critique S. SLAMA, *Les impasses juridiques du pass sanitaire*, in <http://www.revuedlf.com/droit-administratif/billet-dhumeur-les-impasses-juridiques-du-pass-sanitaire/>.

²⁴ Point 20 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

²⁵ Voir en particulier l'article 11 de la loi adoptée le 25 juillet 2021 : « Jusqu'au 31 octobre 2021, le Gouvernement remet au Parlement une évaluation hebdomadaire de l'impact économique de l'extension du *passe sanitaire* aux activités mentionnées au I de l'article 1er de la présente loi, en intégrant notamment une évaluation de la perte de chiffre d'affaires liée à l'application de ces dispositions, ainsi que des résultats en matière de lutte contre la propagation de l'épidémie de Covid-19 des dispositifs mis en œuvre en application du même I et des articles 2 et 5 12 de la présente loi ».

Le Conseil constitutionnel, saisi par le premier Ministre et par trois différentes saisines parlementaires, avec la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021²⁶ a validé la structure fondamentale du passe sanitaire renouvelé, comme il était fortement prévisible, à la lumière de sa jurisprudence antérieure²⁷. Dans le même temps, la décision contient trois réserves interprétatives²⁸ et surtout deux déclarations d'inconstitutionnalité : la première concernant la disposition sur le licenciement des seuls travailleurs à durée déterminée ou de mission, qui avait créé, de façon macroscopique, « une différence de traitement entre les salariés selon la nature de leur contrat de travail qui est sans lien avec l'objectif poursuivi »²⁹ ; la deuxième relative à la disposition sur l'isolement automatique d'une personne faisant l'objet d'un test de dépistage positif à la Covid-19, isolement déterminé par la loi sans aucune appréciation sur la situation personnelle de l'individu privé de la liberté, de la part de l'autorité administrative ou judiciaire³⁰.

4. Sur la mise en balance (impossible) entre la protection contre le Covid-19 et l'atteinte à l'exercice des libertés fondamentales

La décision du Conseil constitutionnel objet de ce commentaire s'inscrit dans une mécanique implacable mise en marche dès le mois de mars 2020. Au-delà des raisons, qui jus-

²⁶ Sur la décision du 5 août 2021 voir, de façon favorable à l'arrêt, P. COSTANZO, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, II et s., P. DEROSIER, dans l'interview de A. Le Corre, *Passe sanitaire : « La protection de la santé est devenu un principe cardinal pour le Conseil constitutionnel »*, cit., 1 et s. et l'EDITORIAL, *Passe sanitaire : le droit, rien que le droit*, cit.; voir tandis que de façon très critique, S. BENZINA, *La « petite » décision du Conseil constitutionnel relative au « pass sanitaire »*, cit., 1 et s. Voir aussi G. GRASSO, *Il passe sanitaire e i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti nella decisione n° 2021-824 DC del 5 agosto 2021 del Conseil constitutionnel*, in *DPCE online*, 3/2021, 2819 ss.

²⁷ Voir S. BENZINA, *La « petite » décision du Conseil constitutionnel relative au « pass sanitaire »*, cit., 2.

²⁸ Ces trois réserves d'interprétation ont concerné en particulier : les modalités de contrôle de la détention du passe sanitaire, qui doit être mis en œuvre « qu'en se fondant sur des critères excluant toute discrimination de quelque nature que ce soit entre les personnes » ; les obligations sanitaires nécessaires à l'exécution d'office d'une mesure d'éloignement dont il fait objet un étranger poursuivi qui « doivent être entendu des tests de dépistage de la Covid-19 », en affirmant en outre qu'il appartient dans tout cas au juge pénal de vérifier la réalité du refus opposé par l'étranger et son intention de se soustraire effectivement à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement ; la prolongation de la durée de conservation maximale de la collecte de certains données de santé relatives aux personnes ayant fait l'objet d'un test de dépistage, qui doit s'effectuer en conformité avec les exigences de nécessité et de confidentialité, affirmées dans une précédente décision du Conseil constitutionnel.

²⁹ Point 78 de la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021.

³⁰ Points 115 et 116 de la décision n. 2021-824 DC du 5 août 2021.

tifient la restriction drastique de l'exercice des libertés fondamentales³¹, l'état d'exception commandé par le virus « a pris le dessus sur tout le reste »³².

L'atteinte massive à l'exercice des libertés fondamentales est la caractéristique principale des mesures soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. Depuis plus d'un an, les décisions de justice rendues dans le cadre de procédures d'urgence démontrent la difficulté pour le juge constitutionnel de procéder à une mise en balance qui, en fin de compte, s'avère impossible. Même si les restrictions provoquent, au premier abord, un effet de choc, il convient d'avoir une approche critique plus nuancée. Les différences entre les personnes vaccinées, non-vaccinées et encore celle ayant guéri du Covid-19, en particulier, peuvent justifier une diversité de traitement sans que l'on porte atteinte au principe d'égalité garanti notamment par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³³. Cette solution n'est guère nouvelle, elle se trouve tant dans les constructions jurisprudentielles du juge administratif³⁴ que dans les décisions du Conseil constitutionnel : l'égalité de traitement ne signifie pas l'identité de traitement et, dans certaines hypothèses, des différences objectives de situations justifient un traitement différent. Les mesures restreignant l'exercice de libertés fondamentales collectives ou individuelles élémentaires doivent être appuyées par des justifications solides afin d'être proportionnées³⁵ au but de valeur constitutionnelle poursuivi qui est la protection de la santé publique, et donc du droit à la vie qui ne doit cependant pas devenir, comme on l'a déjà souligné au paragraphe 2, un « super droit fondamental »³⁶, un droit fondamental au carré, qui balayerait toutes les autres libertés et les sacrifierait sur l'autel ultime d'une valeur absolue.

Le 12 mai 2021, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a par ailleurs livré un avis sur le projet de loi de mise en place d'un passe sanitaire conditionnant l'accès à certains événements ou établissements impliquant de grands rassemblements

³¹ S'agissant de la France, on préfère employer l'expression « libertés fondamentales ». L'expression « droits fondamentaux » est intimement liée à l'Allemagne et à son histoire et l'entreprise d'import de la traduction, un peu hâtive, ne sied probablement pas à la teneur des *Grundrechte*. Voir, sur les différences entre ces expressions, O. JOUANJAN, *Une origine des 'droits fondamentaux' en Allemagne : le moment 1848*, in *Revue du droit public*, 2012, 766 et s., pour qui « les droits fondamentaux » sont un « événement linguistique » dans l'Allemagne composite du 19^e siècle.

³² Voir U. VOLKMANN, *Editorial. Nachrichten aus dem Home Office*, in *Der Staat*, vol. 59, 2020, 1-2.

³³ « [...] [La loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. [...] ».

³⁴ Il suffit de penser à la célèbre formule donnée par le Conseil d'État (CE, Sect., 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, Rec., 274) : « Considérant que la fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure ». Voir encore Conseil constitutionnel, décision n° 1996-375 DC, 9 avril 1996, Rec., 60.

³⁵ Sur les failles du contrôle de proportionnalité (qui se limite à une erreur manifeste d'appréciation) opéré par le Conseil constitutionnel : T. HOCHMANN, *Un succès d'exportation : la conception allemande du contrôle de proportionnalité*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2021, 805-809.

³⁶ Voir H.M. HEINIG, T. KINGREEN, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, U. VOLKMANN, H. WISSMANN, *Why Constitution Matters – Verfassungsrechtswissenschaft in Zeiten der Corona-Krise*, in *Juristen Zeitung*, 2020, 864 : « Selbstverständlich ist das Recht auf Leben kein 'Supergrundrecht' ».

de personnes, quelques semaines avant la décision du Conseil constitutionnel du 31 mai 2021, qui émet des réserves importantes quant à la « divulgation d'informations relatives à l'état de santé des personnes » et explique que « la possibilité d'accéder aux lieux de sociabilité sans avoir à prouver son état de santé fait partie des garanties apportées à l'exercice des libertés et participe à dessiner une frontière raisonnable entre ce qui relève de la responsabilité individuelle et du contrôle social ». La Commission alerte par ailleurs sur le « risque de créer un phénomène d'accoutumance préjudiciable qui pourrait conduire à justifier [...] que l'accès à un cinéma soit conditionné à la preuve que la personne n'est pas porteuse de certaines pathologies, autres que la Covid ». L'avis accentue l'atteinte lourde à plusieurs droits et libertés constitutionnellement garantis : le droit à la vie privée, la liberté d'aller et de venir, la liberté d'entreprendre. Cette atteinte « ne saurait être admissible que si le Gouvernement peut s'appuyer sur des éléments suffisamment pertinents et probants pour garantir qu'un tel dispositif sera nécessaire à la gestion de la crise sanitaire ». Toutefois, cette mise en garde s'étiole très vite lorsqu'elle se trouve confrontée à la situation d'exception : « la crise sanitaire actuelle, martèle la Commission, semble pouvoir justifier la mise en œuvre d'un tel dispositif [...] limité à la durée strictement nécessaire à la réponse à la situation sanitaire exceptionnelle, compte tenu des paramètres épidémiologiques pertinents disponibles, et devra, en tout état de cause, prendre fin dès que cette nécessité disparaîtra »³⁷.

Au regard des mesures de la loi faisant l'objet de la décision du 31 mai 2021, la seule réserve émise par le Conseil constitutionnel laisse toutefois un goût d'inachevé : elle concerne le système national de données de santé qui, conformément à l'article L. 1461-4 du Code de la santé publique, ne contient « ni les noms et prénoms des personnes, ni leur numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques, ni leur adresse ». En conséquence, « s'agissant des données transférées en application des dispositions contestées, sauf à méconnaître le droit au respect de la vie privée, cette exclusion doit également s'étendre aux coordonnées de contact téléphonique ou électronique des intéressés »³⁸. La restriction de l'exercice des libertés fondamentales n'est pas remise en cause ni même déclarée (partiellement) inconstitutionnelle. Le Conseil n'a vu aucun problème de proportionnalité des mesures contenues dans la loi, mesures qui ont prolongé jusqu'à vingt ans la durée maximale de conservation des données à caractère personnel relatives à la santé des personnes atteintes par le Covid-19 ou des personnes en contact avec elles, et n'a trouvé que seule la transmission de contacts téléphoniques et adresses électroniques pourrait être en conflit avec le droit à la vie privée.

³⁷ Délibération n. 2021-054 du 12 mai 2021 (demande d'avis n. 21008691) : in https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/deliberation_2021-054_du_12_mai_2021_portant_avis_sur_le_projet_de_mise_en_place_dun_passe_sanitaire.pdf.

³⁸ Point 31 de la décision n. 2021-819 DC du 31 mai 2021.

Dans un avis au Parlement du 20 juillet 2021, concernant le projet de loi de modification de la loi n. 2021-689, objet de la décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021³⁹, la Défenseure des droits a également exprimé des réticences sur le passe sanitaire, en estimant que certains éléments « n'apparaissent pas proportionnés à l'objectif de sauvegarde de la santé publique qu'elles poursuivent » en soulignant entre-autres le danger de discriminations dans l'emploi⁴⁰ pesant sur les salariés⁴¹. Encore postérieur à la décision du Conseil constitutionnel du 31 mai 2021, l'avis sur le projet de loi relatif à l'adaptation de nos outils de gestion de la crise sanitaire rendu par le Conseil d'État le 19 juillet 2021 finit par ancrer le passe sanitaire dans le paysage du droit français⁴².

La présentation d'un document attestant d'une immunité vaccinale ou naturelle est l'élément objectif qui permettrait d'autoriser ses détenteurs à avoir accès à des établissements ou activités dont les personnes non-vaccinées ou n'ayant jamais contracté le Covid-19 seraient privées. Si la non-vaccination est « un souhait »⁴³, « il serait alors possible d'imaginer le cas dans lequel il relèverait de la liberté de conscience [...] et, dans ce cas précis, un cadre spécifique pourrait être alors envisagé pour que le quotidien des non-vaccinés ne soit pas entravé par des tests virologiques quasi quotidiens »⁴⁴. Le Conseil constitutionnel a validé la loi relative à la gestion de sortie de la crise sanitaire et son article 1^{er} portant sur le passe sanitaire. Mais la lumière verte n'est que de façade : le recours des députés et la teneur de la décision laissent penser que tout est plus complexe⁴⁵. Les Sages soulignent expressément que leur décision ne se limite qu'aux questions posées dans le recours. Il n'est pas exclu qu'à l'avenir d'autres questions soient posées auxquelles le Conseil pourrait apporter une réponse différente en remettant en cause sinon le principe même du passe sanitaire au moins les effets de cet instrument juridique tant critiqué. La décision n° 2021-824 DC du 5 août 2021 semble confirmer la structure du passe sanitaire mais ne clôt pas toutes les interrogations relatives à son caractère attentatoire des libertés. Le 9 novembre 2021 le Conseil constitutionnel continue sa réflexion sur ces mesures problématiques en

³⁹ Voir sur ce point, *supra*, le paragraphe 3.

⁴⁰ Voir sur ce point, très concise, E. GRAUJEMANN, *Sort de la protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail des salariés soumis à l'obligation vaccinale ou au passe sanitaire*, in *La Semaine Juridique Sociale*, n. 36, 2021, act. 376. La loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 prévoit des garanties (d'ordre public) de protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail des salariés qui n'auront pas respecté l'obligation vaccinale, mais il n'existe pas de disposition équivalente concernant les salariés soumis à l'obligation de présenter un passe sanitaire.

⁴¹ Défenseur des Droits, *Avis 21-11 du 20 juillet 2021 relatif au projet de loi sur la gestion de la crise sanitaire*, in https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=39976.

⁴² CE, Commission permanente, Sect. sociale, Avis n°403.629, 19 juillet 2021, in <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-gestion-de-la-crise-sanitaire>.

⁴³ Commission des lois à l'Assemblée nationale, *Rapport sur le projet de loi, après engagement de la procédure accélérée, relatif à la gestion de la crise sanitaire* n. 4386, n. 4389, 13.

⁴⁴ C. RICHAUD, *Réflexions dans l'urgence sur la constitutionnalité de l'extension du 'passe sanitaire'*, in *La Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n. 30-34, 2021, act. 485.

⁴⁵ M. BORNHAUSER, *Le passe sanitaire : un colosse aux pieds d'Argile ?*, in *Revue pratique de la prospective et de l'innovation*, n. 1, 2021, dossier 4.

décidant que la possibilité pour les directeurs des établissements d'enseignement scolaire d'accéder à des informations médicales relatives aux élèves et de procéder à leur traitement porte une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée⁴⁶. Cependant, cette décision doit être nuancée. C'est surtout la possibilité pour des personnes habilitées par les directeurs d'établissements scolaires d'avoir accès aux données médicales des élèves qui est ciblée par le Conseil constitutionnel : « les informations médicales [...] sont donc susceptibles d'être communiquées à un grand nombre de personnes, dont l'habilitation n'est subordonnée à aucun critère ni assortie d'aucune garantie relative à la protection du secret médical »⁴⁷. On comprend alors que ce n'est pas l'accès, mais l'accès étendu à ces informations qui est constitutif d'une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée.

5. Conclusion et perspectives de droit allemand et italien

Au début de la crise sanitaire, la France n'a pas pris le chemin de l'Allemagne qui paraissait, au printemps 2020, plus souple et davantage respectueuse des libertés⁴⁸, surtout en comparaison avec la situation extrême dans laquelle ont été plongés les Français : couvre-feu, attestation dérogatoire de sortie, fermeture de tout commerce jugé non-essentiel, accompagnés d'une inflation législative et décrétole qui a laissé pantois plus d'un juriste, cherchant à comprendre le fonctionnement d'un droit exceptionnel qui s'est intégré dans le quotidien au point d'inverser les notions de normalité et d'exception. Dans les temps troubles de gestion de la crise sanitaire, la République fédérale était désignée comme exemple à suivre. Cet état de grâce n'a pas duré, et, à l'autonome 2020, l'outre-Rhin a également sombré : fermetures, restrictions radicales et panique. Les digues ont cédé : la loi sur les maladies infectieuses transmissibles chez l'être humain a été modifiée quatre fois afin de pérenniser les mesures « anti-corona ». Ces modifications ont fait l'objet de vives critiques en raison des compétences importantes laissées au pouvoir réglementaire, de l'intensité et l'automatisme de certaines mesures. Pour n'en citer que quelques-unes : le § 28a de la loi prévoit ainsi à côté de l'obligation du port du masque et de la distanciation sociale, « l'interdiction ou la restriction » de voyages, notamment touristiques, d'événements sportifs, de réunions ou rassemblements culturels et religieux, le § 28b introduit le mécanisme du « frein d'urgence » (*Notbremse*) qui vise à doter les autorités publiques de la marge de manœuvre nécessaire en vue de tenter d'arrêter la propagation d'une vague

⁴⁶ Conseil constitutionnel, décision n. 2021-828 DC du 9 novembre 2021, sur la loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire, *JORF* n° 0263, texte n. 2.

⁴⁷ Point 39 de la décision n. 2021-828 DC du 9 novembre 2021.

⁴⁸ Sur ce point, voir M. KORDEVA, P. COSSALTER, *Le Covid-19 et le droit public allemand*, in *Revue française de droit administratif*, 2020, 661-671.

pandémique. Cette disposition est spécifique car elle est générale : elle concerne la totalité du territoire fédéral et est qualifiée de « fédérale et uniforme »⁴⁹. Même s'il n'existe pas, pour l'instant, d'obligation vaccinale, les personnes non-vaccinées, non-testées ou qui ne sont pas en mesure de prouver leur rétablissement du Covid-19 se trouvent *de facto* dans une situation déséquilibrée par rapport à celles qui sont vaccinées ou rétablies. Dans certains Länder, comme Hambourg, le modèle « 2 G » (pour les personnes vaccinées et rétablies, *Geimpfte und Genesene*) est entré en vigueur le 28 août 2021 en permettant l'accès aux restaurants, cinémas, théâtres et autres établissements recevant du public aux seules personnes vaccinées ou rétablies et refusant cet accès à celles qui ne disposeraient que d'un test PCR ou antigénique négatif. Toutefois, les établissements restent libres de choisir d'adopter ce modèle restrictif ou d'autoriser les personnes testées à accéder aux endroits visés. D'autres régions, comme le Bade-Wurtemberg et la Bavière réfléchissent à adopter cette mesure afin de donner un coup d'accélérateur à la campagne vaccinale. Le dernier rempart pour ceux souhaitant contester ces restrictions reste le contrôle juridictionnel. Il convient de se demander si, dans un avenir très proche, à l'instar du Conseil constitutionnel français, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne validera les politiques massivement attentatoires aux droits fondamentaux en procédant à une hiérarchisation de valeurs constitutionnelles en posant le droit à la vie au sommet.

Pour ce qui concerne l'Italie, encore plus que la France, les mesures adoptées en particulier au début de la pandémie ont été très strictes, si seulement on pense au confinement rigide des mois de mars et avril 2020, et aussi dans les longs mois suivants. Ces mesures ont touché fortement la jouissance de nombreux droits et libertés fondamentaux, toujours avec le but de protéger la santé comme intérêt de la collectivité, selon ce qui est affirmé dans l'article 32 de la Constitution. L'assouplissement de ces prévisions a été très lent pendant la durée de la pandémie.

En Italie, la présentation au niveau européen de la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur le certificat vert numérique du 17 mars 2021 a ouvert un débat, objet d'un important travail parlementaire⁵⁰, concernant l'opportunité d'utiliser un dispositif similaire pour essayer de rétablir les conditions de vie ordinaire. Dans le même temps le décret-loi n. 44 du 1^{er} avril 2021 a fixé une obligation vaccinale pour tous ceux qui exercent une profession médicale et pour tous les professionnels qui travaillent dans les établissements sanitaires, socio-sanitaires et d'assistance sociale, une obligation vaccinale qui a été déjà validée dans ces principes généraux dans l'arrêt n. 5 de 2018 de la Cour constitutionnelle, bien avant l'explosion de la pandémie. La mise en œuvre concrète du « green pass », institué par le décret-loi n. 52 du 22 avril 2021, reste en cours d'évolution (il

⁴⁹ Pour le texte synoptique (allemand-français) de la loi allemande sur les maladies infectieuses : <https://www.bijus.eu/?p=13318>.

⁵⁰ Voir aussi G. GRASSO, « *Certificato verde digitale* », « *Passaporto vaccinale* » e diritto costituzionale: prime considerazioni, cit., 234 et s.

suffit de voir en particulier l'extension des effets du document produits par le décret-loi n. 105 du 23 juillet 2021, par le décret-loi n. 111 du 6 août 2021, par le décret-loi n. 122 du 10 septembre 2021 et par le décret-loi n. 127 du 21 septembre 2021). La présentation de ce dispositif conditionne désormais, de façon obligatoire, de nombreuses activités, concernant aussi la jouissance de plusieurs droits et libertés fondamentaux, comme le droit au travail. Entre principe constitutionnel de solidarité, protection de la santé contre le Covid-19 et exercice (et respect) des droits fondamentaux des citoyens se jouent, au moins en Italie, tous les défis actuels et futurs du « green pass » : on verra dans les mois à venir, si, comme il a été préconisé en doctrine, les conclusions de la justice constitutionnelle française, examinés dans ce commentaire, pourront également anticiper celles de la Cour constitutionnelle italienne sur le thème de l'obligation vaccinale⁵¹.

⁵¹ Pour reprendre le titre de l'article de P. COSTANZO, *La giustizia costituzionale francese può precorrere quella italiana in tema di obbligo vaccinale?*, cit.